

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

ANO XXVI • Nº 51 • 2022

法 律 學 院 學 報



NÚMERO 51, ANO XXVI, 2022

DIRECTOR

Tong Io Cheng

SUBDIRECTORES

Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan e Iau Teng Pio

DIRECTOR EXECUTIVO

Manuel M. E. Trigo

ADJUNTO DO DIRECTOR EXECUTIVO

Miguel Quental

CONSELHO EDITORIAL

Tong Io Cheng, Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan, Iau Teng Pio, Manuel Trigo, Liu Gao Long, Paulo Canelas de Castro, Muruga Perumal Ramaswamy, Miguel Lemos, Teresa Sousa Robalo, João Ilhão Moreira, Ng Kei Kei, Chu Lam Lam, Ma Zhe, Jiang Yi Wa, Hugo Fonseca, Iong Man Teng, Tou Wai Fong e Miguel Quental

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO

António de Jesus Pedro, Carlos Alberto Gameiro de Campos Lobo, Dário Moura Vicente
Manuel Trigo, Wang Kunjie e Fan Xiaoding

PROPRIEDADE

Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO

Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

ENDEREÇO

Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau,
Avenida da Universidade, Faculdade de Direito (E32), Taipa, Macau, China
Email para receber a apresentação de artigos
boletim.fl@um.edu.mo

PERIODICIDADE

Semestral

DATA DE PUBLICAÇÃO

Junho de 2022

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO

Jimmy Label Co.

TIRAGEM

500 Exemplares

ISSN n° 0873-9854

Condições de colaboração: O Boletim da Faculdade de Direito está aberto à colaboração dos interessados sem prejuízo da apreciação dos trabalhos a publicar pelo Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

ÍNDICE

Nota de Abertura	13
Estatuto Editorial.....	15

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

Desinformação, liberdade e responsabilidade <i>Dário Moura Vicente</i>	19
Lei n.º 16/2021: Aspectos de continuidade e aspectos de mudança na lei migratória de Macau (I Parte) <i>António de Jesus Pedro</i>	37

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO SELECIONADOS POR REVISÃO POR PARES

Towards a greener future: a review of EU's circular economy action plans <i>Wang Kunjie</i>	93
O Regime da falta de consciência da declaração no Código Civil de Macau: um passo decisivo para a objetivação <i>Xiaoding Fan</i>	111

VÁRIA

Algumas questões sobre a separação de facto como causa de divórcio no regime em vigor em Macau <i>Manuel Trigo</i>	133
O regime da identidade de género na perspectiva dos direitos fundamentais na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) <i>Carlos Alberto Gameiro de Campos Lobo</i>	183

VIDA DA FACULDADE

Notícias dos Mestrados e Doutoramentos	265
Actividades do Centro de Estudos Jurídicos	280
Actividades do Instituto de Estudos Jurídicos Avançados	281

NOTA DE ABERTURA



O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, que com este vai no seu número 51 e conta com mais de duas décadas e meia de existência, é, hoje, uma referência na publicação do conhecimento jurídico em Macau e, cada vez mais, um repositório histórico incortornável da trajetória do Direito de Macau. Ao longo deste tempo, o Boletim tem servido como uma plataforma importante de partilha de conhecimento e debate de ideias, incluindo contribuições de professores e estudantes da Universidade de Macau, mas também de outros profissionais de Direito em Macau e, ocasionalmente, de outros pontos do mundo, especialmente dos países de língua portuguesa.

Num contexto de crescimento exponencial da Universidade de Macau nos rankings mundiais, especialmente na última década, figurando na última publicação, pela primeira vez, entre as 200 melhores universidades do mundo (posição 193)¹, o Boletim também abraça o compromisso de elevação dos seus padrões académicos. Com efeito, desde o número 48 deste Boletim que se incluem publicações com revisão de pares, o que, sem dúvidas, contribui para a elevação da qualidade dos artigos publicados e para elevação do estatuto do Boletim, mas também, crucialmente, proporciona aos autores uma plataforma que permite a partilha do saber jurídico com os benefícios inerentes à publicação sob este processo de revisão de pares, eventualmente útil para o seu desenvolvimento profissional ou académico.

A consistência, reputação e crescimento do Boletim não são produto do acaso, mas do empenho incansável de uma equipa liderada pelo seu Director Executivo, Professor Manuel Trigo, a quem endereçamos o nosso apreço. Uma palavra de agradecimento se deve igualmente aos outros membros do Conselho Executivo e do Conselho Editorial, bem assim aos colaboradores, especialmente deste número, mas também dos números anteriores, e revisores, cujo empenho e dedicação tem sido fundamentais para o sucesso contínuo deste projeto académico.

Esperamos que este Boletim continue a inspirar a pesquisa, o debate de ideias e o crescimento da doutrina jurídica, atraindo cada vez mais interesse na

1 Times Higher Education, *World University Rankings* (<https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/2024/world-ranking>).

leitura e publicação por parte dos professores, estudantes, dos que praticam o Direito, não só em Macau, mas também no mundo lusófono.

Aos leitores deste número, os nossos votos de uma frutuosa jornada pelo conjunto valioso de artigos que aqui se apresentam.

Macau, 30 de Junho de 2022

Wei Dan



ESTATUTO EDITORIAL

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU



O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Chinesa 澳門大學法律學院學報, e em Língua Inglesa Bulletin of the Faculty of Law, é uma revista jurídica académica, de periodicidade semestral, em Língua Portuguesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Chinesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Chinesa, quando especialmente for decidida caso a caso, em face da disponibilidade de textos originais ou traduções para a Língua Inglesa, será feita em volumes separados.

A estrutura do Boletim compreende, em regra, e segundo a ordem seguinte, várias secções, respectivamente: Artigos de Autores Convidados; Artigos seleccionados por revisão por pares; Estudos de pós-graduação seleccionados por revisão por pares; Vária; e Vida da Faculdade. Admite-se a publicação concentrada em algumas secções, bem assim o seu desenvolvimento em subsecções e, excepcionalmente, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação, bem como à divulgação de estudos seleccionados preparados com base em comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá incluir outros estudos, convidando à participação os membros da comunidade jurídica local e das comunidades do exterior, em especial, da China e dos Países de Língua Portuguesa.

O Boletim da Faculdade de Direito rege-se pela autonomia académica e editorial e pela regra da retribuição da publicação dos artigos nele incluídos, sem prejuízo de, na impossibilidade de retribuição, poder prosseguir com a gratuitidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

Além de ser um fórum académico para estudos jurídicos, o Boletim visa publicar artigos, estudos, comentários e recensões sobre uma ampla variedade

de questões jurídicas, a partir do posicionamento único do Direito de Macau. O Boletim está aberto a contribuições com temas que apresentem questões jurídicas na perspectiva do direito comparado, com especial importância internacional ou regional, a fim de incentivar o diálogo e o intercâmbio das comunidades jurídicas entre Macau e os círculos jurídicos internacionais e regionais, promovendo, ao mesmo tempo, a especialização e a excelência da investigação jurídica em Macau.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende especialmente contribuir para dar continuidade e promover o desenvolvimento do Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e da investigação jurídica em Língua Portuguesa em Macau, na China e nos Países de Língua Portuguesa.

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

DESINFORMAÇÃO, LIBERDADE E RESPONSABILIDADE

Dário Moura Vicente*

*Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa
Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual*

Resumo: A desinformação, amplamente potenciada pelo advento da Internet e das redes sociais, constitui hoje um dos desafios mais sérios ao funcionamento regular dos sistemas democráticos. Nas sociedades baseadas na liberdade de expressão, a proteção contra a desinformação levanta, todavia, complexos problemas de conciliação de valores, que os desenvolvimentos recentes da legislação portuguesa evidenciam. O presente artigo visa dar nota desses problemas e ainda da forma como tem sido disciplinado na legislação europeia e portuguesa o recurso neste contexto à responsabilidade civil como forma possível de tutela contra a desinformação.

Palavras-chave: Desinformação; isenções de responsabilidade; liberdade de expressão; responsabilidade civil; serviços digitais.

* O presente texto corresponde, com pequenos desenvolvimentos, às palestras que proferi em outubro e novembro de 2022 nas Universidades de Münster, Coimbra e Federal do Paraná. Agradeço, respetivamente, aos Professores Thomas Hoeren, Mafalda Miranda Barbosa e Marcos Wachowicz os honrosos convites que me dirigiram para o efeito. Dedico este trabalho, em saudosos memórias, ao Mestre que me introduziu na temática do Direito da Sociedade da Informação: o Professor José de Oliveira Ascensão.

I. Posição do problema

A respeito da denominada sociedade da informação escreveu Oliveira Ascensão, num texto publicado no dealbar do novo século:

“Estamos numa altura em que se abrem possibilidades espantosas – que aliás o homem pode aproveitar ou não aproveitar, e até aproveitar mal.”¹

Entre as manifestações mais nítidas desta última alternativa conta-se o fenómeno, hoje mais do que nunca na ordem do dia, da *desinformação*. Tomá-la-emos aqui como a criação, apresentação e divulgação de informações comprovadamente falsas ou enganadoras, com fins lucrativos ou com o intuito de iludir os seus destinatários, as quais podem causar prejuízo a interesses públicos.

A desinformação não se confunde, importa notá-lo, com os conteúdos ilegais veiculados pelos meios de comunicação social, nos quais se incluem, entre muitos outros, o discurso de ódio, a instigação à prática de crimes, a pornografia de menores e a reprodução não autorizada de obras e prestações protegidas por direitos de autor e conexos. Embora a desinformação possa integrar tais conteúdos, ela compreende tipicamente outros não abrangidos por quaisquer proibições legais específicas, posto que falsos ou enganosos.

Em rigor, não se cuida aqui de um fenómeno novo: a desinformação existe provavelmente desde que nas comunidades humanas se disputa o poder e o domínio sobre recursos escassos. Mas o advento da Internet e das redes sociais aumentou exponencialmente a escala em que ela é praticada e os danos que pode causar à sociedade em geral e aos indivíduos que a integram².

Alguns eventos recentes revelam o potencial nocivo da desinformação disseminada através daqueles meios de comunicação. Estão neste caso, entre muitos outros, o referendo sobre a *Brexit* de 2016³, as eleições presidenciais norte-

1 Cfr. “E agora? Pesquisa do futuro próximo”, reproduzido em *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*, Coimbra, 2001, pp. 45 ss. (p. 65).

2 Ver ARIANA EXPÓSITO GÁZQUEZ, “La (des)información en la red”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 2022, pp. 259 ss.

3 Em que ganhou notoriedade a declaração de Gisela Stuart, Líder do *Vote Leave*, à *BBC Radio 4*, em abril de 2016, segundo a qual “[e]very week we send £350m to Brussels... I would spend it on the NHS”, definida como “potencialmente enganadora” em 21 de abril de 2016 pelo Presidente da Autoridade de Estatística do Reino Unido.

americanas de 2016⁴ e 2020⁵, a oposição movida em vários países às campanhas de vacinação contra a Covid 19⁶ e a invasão militar da Ucrânia pela Rússia em 2022⁷.

II. Os valores em jogo. Em especial, a liberdade de expressão

Pergunta-se, todavia: como regular a desinformação? A interrogação não é de fácil resposta, uma vez que se defrontam nesta matéria valores essenciais do Estado de Direito.

Entre estes avulta a liberdade de expressão, consagrada na Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁸, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁹ e nas Constituições dos respetivos Estados-Membros¹⁰.

Não menos relevantes são, contudo, a integridade do processo democrático, que a história recente comprova ser gravemente prejudicada pela disseminação sistemática e em larga escala de desinformação; a segurança nacional, potencialmente enfraquecida por decisões e políticas públicas baseadas em informações falsas ou deturpadas; e o consentimento livre e esclarecido dos cidadãos no exercício dos seus direitos e liberdades cívicas, potencialmente viciado pela desinformação¹¹.

4 A respeito da qual Colin Stretch, *General Counsel* do Facebook, admitiu em depoimento perante o Comité Judiciário do Congresso norte-americano em 30 de outubro de 2017 que “[p]osts from Russian-backed Facebook accounts from January 2015 to August 2017, by Facebook’s estimation, reached potentially half of the 250 million Americans who are eligible to vote”.

5 Recorde-se, a este propósito, a declaração de Donald Trump no *Twitter*, em 29 de novembro de 2020: “No way we lost this election!”.

6 Sobre a qual não faltaram afirmações como “[t]he Covid-19 vaccines are designed to make us into genetically modified organisms” (citada por Jack Goodman e Flora Carmichael em “Coronavirus: False and misleading claims about vaccines debunked”, *BBC News*, 26 de julho de 2020).

7 Mencione-se, por muitas, a declaração proferida em 1 de março de 2022 por Sergey Lavrov, Ministro dos Negócios Estrangeiros da Rússia, em discurso perante o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas: “The Russian special military operation in Ukraine seeks to save people, demilitarize and denazify this state in order to prevent such things from happening again”.

8 Artigo 10.º.

9 Artigo 11.º.

10 Como é o caso da Constituição portuguesa: cfr. o artigo 37.º.

11 Ver a este respeito, assimilando a desinformação nas sociedades contemporâneas às sombras projetadas na parede da caverna na conhecida alegoria de Platão, IOLANDA RODRIGUES DE BRITO, “The world of shadows of disinformation: the emerging technological caves”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2022, pp. 365 ss.

A regulação jurídica da desinformação há de assim obter-se mediante a ponderação da relevância relativa nos casos singulares destes valores e dos princípios que os exprimem normativamente; sendo que nenhum deles tem caráter absoluto e o primeiro não constitui um fim em si mesmo, antes tem caráter instrumental relativamente à efetivação da soberania popular e do princípio democrático¹². Daqui, aliás, que o Tribunal Constitucional português haja reconhecido que o domínio de proteção da liberdade de expressão cessa “onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional”¹³.

Na referida ponderação importa, por isso, além do mais, assegurar que o princípio democrático não seja desvirtuado através do exercício abusivo da liberdade de expressão mediante práticas de desinformação – um risco real nas democracias liberais, como o demonstram os exemplos acima referidos e o notara já Hannah Arendt há mais de 70 anos:

*“A propaganda é um, e possivelmente o mais importante, instrumento do totalitarismo para lidar com o mundo não-totalitário.”*¹⁴

III. O Plano de Ação Europeu Contra a Desinformação

Foi no contexto de algumas das experiências a que fizemos alusão acima que a União Europeia adotou em 2018 o *Plano de Ação Europeu Contra a Desinformação*¹⁵.

Este documento, reconhecendo a ameaça que a desinformação representa relativamente aos processos democráticos e a outros bens públicos, como o ambiente ou a saúde e segurança dos cidadãos da União, enuncia como seu objetivo fundamental formular uma resposta coordenada à desinformação, articulada em torno de quatro pilares: a melhoria das capacidades das instituições da União para detetar, analisar e denunciar a desinformação; o reforço da coordenação e das respostas comuns à desinformação; a mobilização do setor privado para o combate à desinformação; e a sensibilização das pessoas e o reforço da resiliência

12 Veja-se, sobre o ponto, JÓNATAS MACHADO, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, 2002, pp. 79.

13 Acórdão n.º 81/84, *Diário da República*, II série, n.º 26, de 31 de janeiro de 1985, pp. 1025 ss.

14 Cfr. *The Origins of Totalitarianism*, Orlando, etc., 1951, p. 344 (tradução da nossa responsabilidade).

15 Documento JOIN (2018) 36 final, de 5 de dezembro de 2018.

da sociedade.

Cada um destes pilares se desdobra, por seu turno, em distintas linhas de ação a cargo das instituições da União Europeia e dos Estados-Membros, que visam mitigar os riscos da desinformação.

O plano é, em todo o caso, um texto programático, do qual não se extraem regras diretamente aplicáveis às situações da vida suscetíveis de serem caracterizadas como atos de desinformação. Ele é antes a expressão de uma política, que carece de concretização em instrumentos jurídicos de âmbito europeu ou nacional. É destes últimos que cuidaremos em seguida.

IV. A Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital

Entre os diplomas legais adotados pelos Estados-Membros da União Europeia com incidência na matéria em apreço sobressai a *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital*, aprovada durante a presidência portuguesa da União pela Lei n.º 27/2021, de 17 de maio.

Consagram-se nesse diploma legal vários direitos individuais relacionados com o acesso e utilização de meios de comunicação digitais. Entre eles destacam-se: *a)* O direito de acesso ao ambiente digital, por força do qual o Estado é responsável por promover a criação de uma tarifa social de acesso aos serviços de Internet aplicável aos utilizadores economicamente vulneráveis; *b)* A garantia de acesso e uso da Internet, em razão da qual é proibida a interrupção intencional do acesso à Internet, parcial ou total, ou a limitação da disseminação de informação ou outros conteúdos, salvo nos casos previstos na lei; *c)* O direito à privacidade no ambiente digital, que determina que todos tenham o direito de comunicar eletronicamente usando a criptografia e outras formas de proteção da identidade ou que evitem a recolha de dados pessoais; *d)* A subordinação das utilizações da inteligência artificial e de robôs ao respeito pelos direitos fundamentais; *e)* O direito à neutralidade da Internet, que determina que o conteúdo transmitido e recebido no ambiente digital não esteja sujeito a discriminação, restrição ou interferência em relação ao remetente, ao destinatário, ao tipo ou conteúdo da informação; *f)* O direito ao esquecimento; *g)* O direito à cibersegurança; *h)* O direito à liberdade criativa e à proteção de conteúdos no ambiente digital; e *i)* O direito à proteção contra a geolocalização abusiva.

Várias disposições da Carta afiguram-se, como já foi observado¹⁶, redundantes à luz da Constituição e da lei ordinária, que regula, por exemplo,

16 Cfr. DOMINGOS SOARES FARINHO, “The Portuguese Charter of Human Rights in the Digital Age: a Legal Appraisal”, *Revista Española de la Transparencia*, 2021, pp. 85 ss. (p. 91).

a proteção de dados pessoais e os direitos de autor e conexos contra as suas utilizações abusivas no meio digital. É certo que, de acordo com o artigo 16.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, os direitos fundamentais nela consagrados não excluem outros, constantes da lei ordinária ou de regras de Direito Internacional. No entanto, a maioria dos direitos fundamentais acolhidos na Constituição são extensivos ao ambiente digital. Uma regulamentação específica do exercício desses direitos neste âmbito não se afigura, pois, estritamente necessária.

V. O direito à proteção contra a desinformação

Uma exceção a essa redundância achava-se, porém, contida na redação original do artigo 6.º da Carta, que consagrava o direito à proteção contra a desinformação. Definiu-a o n.º 2 desse preceito nos seguintes termos:

“qualquer narrativa comprovadamente falsa ou enganadora criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente o público, e que seja suscetível de causar um prejuízo público, nomeadamente ameaça aos processos políticos democráticos, aos processos de elaboração de políticas públicas e a bens públicos.”

Na desinformação incluir-se-ia, de acordo com o n.º 3, “a utilização de textos ou vídeos manipulados ou fabricados, bem como práticas de inundação de caixas de correio eletrónico e a utilização de redes de seguidores fictícios”.

Nos termos n.º 1 do artigo 6.º, o Estado deveria assegurar o cumprimento em Portugal do Plano de Ação Europeu Contra a Desinformação, a fim de proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, *de jure* ou *de facto*, que produzam, reproduzam ou divulguem narrativa considerada como desinformação.

Além disso, todos teriam, de acordo com o n.º 5, o direito de apresentar queixas contra as entidades que praticam os atos referidos no artigo 6.º da Carta, e de as ver apreciadas pela Entidade Reguladora para a Comunicação Social. Seriam aplicáveis nesses casos, igualmente em conformidade com o n.º 5, os meios de ação referidos no artigo 21.º da Carta (que disciplina a ação popular para defesa do disposto nela) e as disposições da Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, que criou a referida Entidade, relativas a queixas e sanções.

O Estado foi ainda incumbido, nos termos do n.º 6, de apoiar a criação de estruturas de verificação de factos por órgãos de comunicação social devidamente registados e de incentivar a atribuição de selos de qualidade por entidades fidedignas dotadas do estatuto de utilidade pública.

VI. Questões de constitucionalidade. A revisão da Carta

Admitindo que, nos termos do artigo 6.º da Carta, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social se encontraria legitimada a ordenar a retificação ou eliminação de informações por si classificadas como desinformação, seria permitida por aquela disposição uma restrição, de alcance razoavelmente indefinido, à liberdade de expressão.

Sucedem que, nos termos do artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição, uma tal restrição – como a de quaisquer outros direitos fundamentais –, por não se encontrar expressamente prevista na Constituição, só é permitida dentro de apertadas condições¹⁷. Entre estas sobressaem a exigência de que as restrições aos direitos fundamentais se justifiquem pela necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; de que as mesmas sejam proporcionadas; de que tais restrições se encontrem definidas na lei; e de que não diminuam a extensão e o conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias.

Não surpreende por isso que, a 29 de julho de 2021, o Presidente da República tenha requerido ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade do artigo 6.º da Carta¹⁸. Entre os motivos da possível inconstitucionalidade desse preceito invocados pelo Presidente da República destaca-se a deficiente definição legal do conceito de desinformação. Segundo o Presidente, os conceitos utilizados na lei para este efeito seriam demasiado vagos e indeterminados, podendo, em razão disso, restringir o conteúdo da liberdade de expressão de forma desproporcionada, em violação do artigo 18.º da Constituição e da reserva lei parlamentar neste estabelecida. O artigo 6.º envolveria, por outro lado, o risco de censura: a utilização de conceitos vagos e indeterminados para definir desinformação poderia, com efeito, ter um resultado censório, que também seria inconstitucional. Finalmente, observou-se no requerimento de fiscalização da constitucionalidade do preceito em causa que este não indicava qual o âmbito de atuação e as atribuições das estruturas a que caberia supervisionar a verificação da veracidade dos factos relatados nos meios de comunicação social a fim de conferir “selos de qualidade”.

A 18 de maio de 2022, a Provedora de Justiça solicitou também ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade do artigo 6.º, n.ºs 5 e 6, da Carta¹⁹. Consoante se aduz no respetivo requerimento:

17 Ver, para uma discussão aprofundada do tema, JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, especialmente pp. 289 ss.

18 Veja-se o texto do requerimento em <https://www.presidencia.pt>.

19 O texto do requerimento encontra-se disponível em <https://www.provedor-jus.pt>.

“[D]esacompanhada de critérios legais da sua atuação, de uma especificação das medidas concretas que, neste domínio, poderá adotar; bem como de uma arquitetura especificamente desenhada para o controlo do exercício desses novos poderes que minimamente protegesse e acautelasse ainda o exercício da liberdade de expressão e de informação, a previsão legal da intervenção da ERC [Entidade Reguladora para a Comunicação Social] no domínio do combate à desinformação é intolerável em Estado de direito democrático.”²⁰

Por outro lado, sublinhou a Provedora, “a lei não estabelece quaisquer garantias ou salvaguardas para contrariar a tendência para que as estruturas de verificação de factos, uma vez beneficiando de apoios por parte do Estado, qualquer que seja a sua natureza, estejam em condições de garantir a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos, designadamente através de requisitos de transparência e de diligência devida nos procedimentos e metodologias adotados, na obrigatoriedade de elaboração de relatórios e de outros mecanismos de escrutínio e de prestação de contas, ou na garantia de apertidarismo, de imparcialidade e de igualdade na aplicação de técnicas de *fact-checking*”²¹.

A 17 de junho de 2022, a Iniciativa Liberal propôs ao Parlamento a revogação do artigo 6.º, com base nos riscos de instituição de censura que este alegadamente implicava²². Na mesma data, o Partido Socialista apresentou uma proposta de alteração mais limitada, que veio a ser aprovada pelo Parlamento²³. Foi na sequência dessas iniciativas que veio a ser adotada a Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto, que alterou a Lei n.º 27/2021. O n.º 1 do artigo 6.º da Carta passou, em resultado dessa alteração, a dispor como se segue:

“O Estado assegura o cumprimento em Portugal do Plano Europeu de Ação contra a Desinformação, por forma a proteger a sociedade contra pessoas singulares ou coletivas, de jure ou de facto, que produzam, reproduzam ou difundam narrativa considerada desinformação.”

Todos os restantes números do artigo 6.º foram revogados. A epígrafe do

20 N.º 57.

21 N.º 66.

22 Projeto de Lei n.º 179/XV/1.ª, disponível em <https://www.parlamento.pt>.

23 Projeto de Lei n.º 180/XV/1.ª, disponível em <https://www.parlamento.pt>.

preceito mantém a referência a um “direito à proteção contra a desinformação”. Mas o atual n.º 1 consagra, no máximo, um dever do Estado de proteger a sociedade contra a desinformação. Não é, assim, atribuído pela norma em apreço qualquer conteúdo específico ao referido direito. Além disso, não são previstos meios específicos para assegurar a sua tutela. Nomeadamente, nenhuma entidade estadual foi encarregue de controlar e sancionar atos específicos de desinformação. A atual situação da lei portuguesa a este respeito é, assim, fundamentalmente a mesma que existia antes de a Carta ter sido adotada.

VII. Autorregulação como alternativa?

A tutela privada contra a desinformação é, no entanto, em princípio permitida. Os prestadores de serviços da sociedade da informação, mormente aqueles que prestam serviços de alojamento virtual em plataformas *online*, armazenando nelas e difundindo ao público informações produzidas pelos destinatários desses serviços, podem, por isso, adotar as suas próprias políticas a este respeito, não raro constantes dos respetivos “termos e condições”. Trata-se aqui de importantes formas de autorregulação da atividade desenvolvida por esses agentes económicos.

Não deixa, todavia, de suscitar fundadas dúvidas a medida em que será possível assegurar uma proteção efetiva contra a desinformação se esta incumbência do Estado for delegada nos prestadores de serviços da sociedade da informação – até porque parece estar longe de se ter formado um consenso entre os titulares das empresas que os exploram quanto à admissibilidade e ao alcance de um controlo do exercício da liberdade de expressão através das referidas políticas²⁴.

Mesmo quando esse controlo tem sido implementado pelas empresas que operam plataformas *online* e redes sociais, podem as cláusulas contratuais gerais que o consagram mostrar-se desconformes com regras nucleares do sistema jurídico, como o ilustra um acórdão recentemente proferido pelo Tribunal Federal alemão²⁵. Aí se decidiu que o fornecedor de uma rede social tem, em princípio, o direito de exigir que os utilizadores da sua rede respeitem normas de comunicação objetivas e verificáveis que excedam os requisitos legais, podendo reservar-se o direito de tomar certas medidas em caso de violação dessas normas, incluindo a

24 Como o evidencia a conhecida exclamação de Elon Musk após ter adquirido a empresa proprietária de uma conhecida rede social: “The bird is freed” (*Twitter*, 28 de outubro de 2022).

25 Acórdão de 29 de julho de 2021, proc. III ZR 179/20, disponível em <https://juris.bundesgerichtshof.de>.

eliminação de contributos individuais e o bloqueio do acesso à rede. No entanto, o Tribunal acrescentou a este respeito:

“[O] fornecedor da rede social deve comprometer-se nos seus termos e condições a informar o utilizador da remoção do seu contributo, pelo menos imediatamente a seguir, e de um eventual bloqueio da sua conta de utilizador com antecedência, a informá-lo da razão para tal e a dar-lhe a oportunidade de fazer uma contradecaração, a qual é seguida de uma nova decisão com a possibilidade de tornar o contributo removido novamente acessível. Se não houver qualquer cláusula neste sentido nos termos e condições, estes são ineficazes nos termos do § 307 parágrafo 1, frase 1, do Código Civil.”²⁶

Ora, era precisamente isso o que sucedia no caso decidido pelo acórdão, em que se apurou que os Termos e Condições do *Facebook* não consignavam semelhante possibilidade.

VIII. Responsabilidade civil por desinformação?

E poderá a responsabilidade civil ser invocada a este respeito?

O artigo 37.º, n.º 4, da Constituição portuguesa consagra o princípio conforme o qual a todas as pessoas é assegurado, além do direito de resposta e de retificação, o de serem indemnizadas pelos danos sofridos em razão de infrações cometidas no exercício da liberdade de expressão. Mas um pedido indemnizatório por tais danos só pode ser tido como procedente se estiverem preenchidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil.

Ora, à luz do disposto no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil português, apenas são atos ilícitos geradores de responsabilidade civil: *a)* A violação de um direito subjetivo de outrem (por exemplo, um direito de personalidade); *b)* A violação de uma disposição legal de proteção (a qual deve proteger especificamente interesses privados, como acontece, por exemplo, com regras sobre concorrência ilegal, e não apenas interesses públicos); e *c)* O abuso de direito, cuja ilicitude se encontra prevista no artigo 334.º do Código Civil²⁷.

26 Determina esse preceito: “As estipulações constantes de termos e condições gerais são inválidas se prejudicarem irrazoavelmente o parceiro contratual do utilizador, contrariamente às exigências de boa-fé” (tradução da nossa responsabilidade).

27 *Vide*, por muitos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Coimbra, 2003,

Salvo na medida em que possa descortinar-se nela um exercício abusivo da liberdade de expressão²⁸, a desinformação, tomada na aceção acima referida, dificilmente se enquadrará em qualquer destas categorias.

Designadamente, não parece possível qualificar a desinformação, para os efeitos da primeira modalidade de ilicitude prevista no artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil, como a violação de um direito subjetivo à proteção contra a desinformação – que, como se viu acima, a revisão da *Carta Portuguesa dos Direitos Humanos na Era Digital*, levada a cabo pela Lei n.º 15/2022, de 11 de agosto, erradicou desse texto normativo.

Mas ainda que porventura assim não fosse, importa ter presente que a Lei portuguesa do Comércio Eletrónico (Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro), que transpôs a Diretiva da União Europeia sobre a mesma matéria²⁹, consagra importantes isenções de responsabilidade em benefício dos prestadores de serviços da sociedade da informação que alojem nas suas infraestruturas conteúdos lesivos.

Assim, em razão do disposto no artigo 12.º daquele diploma legal, os prestadores intermediários de serviços em rede não estão sujeitos a uma obrigação geral de vigilância sobre as informações que transmitem ou armazenam ou de investigação de eventuais ilícitos praticados no seu âmbito; e nos termos do artigo 16.º, n.º 1, o prestador intermediário do serviço de armazenagem em servidor só é responsável pela informação que armazena se tiver conhecimento de atividade ou informação cuja ilicitude for manifesta e não retirar ou impossibilitar logo o acesso a essa informação.

Reflete-se aqui a regra fundamental que, há um quarto de século, governa esta matéria além-Atlântico e da qual já se disse constituir “uma das ferramentas mais valiosas para proteger a liberdade de expressão e a inovação na Internet”³⁰,

pp. 533 ss. Formulando reservas quanto à terceira modalidade de ilicitude mencionada no texto, veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. VIII, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 454 ss. Numa perspetiva comparada, veja-se o nosso *Direito Comparado*, vol. II, Coimbra, 2019 (reimpressão), pp. 406 ss.

28 Como o admite MAFALDA MIRANDA BARBOSA nas situações em que “estão em causa factos manifesta e conscientemente falsos, difundidos para obtenção de uma vantagem à custa do sacrifício do esclarecimento alheio”: cfr “*Fake news e fact-checkers: uma perspetiva jurídico-civilística*”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2021, pp. 733 ss. (p. 761). No sentido de que a liberdade de expressão, apesar de não exigir a verdade dos factos expressos ou a correção lógica dos raciocínios, “não permite, contudo, o ato consciente de enganar outrem”, vide ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Responsabilidade Civil e liberdade de expressão”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2021, pp. 63 ss. (p. 76).

29 Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

30 Tal o ponto de vista expresso, por exemplo, pela Electronic Frontier Foundation: cfr. <https://www.eff.org/issues/cda230>.

ainda que, paradoxalmente, se encontre inserida num diploma originariamente destinado a limitar essa liberdade – a secção 230 do *Communications Decency Act* norte-americano, nos termos da qual:

*“Nenhum fornecedor ou utilizador de um serviço informático interativo será tratado como editor ou difusor de qualquer informação fornecida por outro fornecedor de conteúdos informativos.”*³¹

Esta disposição teve eco, no que diz respeito às infrações aos direitos de autor, no *Digital Millennium Copyright Act* norte-americano, adotado em 1998, cuja secção 512 protege os fornecedores de serviços de Internet contra a responsabilidade decorrente da disponibilização em linha de material protegido por direitos de autor, acrescentando-lhe um mecanismo de notificação e retirada nos termos do qual esses fornecedores de serviços não serão responsáveis por violação de direitos de autor devido ao armazenamento, sob a direção de um utilizador, de material alojado num sistema ou rede controlado ou operado pelo ou para o fornecedor de serviços, se este: (a) não tiver conhecimento efetivo de que o material está em infração, nem de factos ou circunstâncias que tornem manifesta a infração, ou ao obter tal conhecimento atuar prontamente para remover ou desativar o acesso ao material; (b) não receber benefícios financeiros diretamente atribuíveis à infração; e (c) após a notificação da alegada infração reagir prontamente a fim de remover ou impossibilitar o acesso ao material alegadamente em infração ou objeto da atividade ilícita.

Este *knowledge-based approach* quanto à responsabilidade civil dos fornecedores de serviços de alojamento de conteúdos achou acolhimento na mencionada Diretiva europeia do Comércio Eletrónico, cujo artigo 14.º, n.º 1, dispõe que:

“Em caso de prestação de um serviço da sociedade da informação que consista no armazenamento de informações prestadas por um destinatário do serviço, os Estados-Membros velarão por que a responsabilidade do prestador do serviço não possa ser invocada no que respeita à informação armazenada a pedido de um destinatário do serviço, desde que: (a) O prestador não tenha conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal e, no que se refere a uma ação de indemnização por perdas e danos, não tenha conhecimento de factos ou de circunstâncias que evidenciam a atividade ou

31 Tradução da nossa responsabilidade.

informação ilegal, ou (b) O prestador, a partir do momento em que tenha conhecimento da ilicitude, atue com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações.”

Nem sempre pacificamente aceite³², a regra em apreço justifica-se, todavia, como notámos noutro lugar³³, pela necessidade de viabilizar a própria Internet e o desenvolvimento do comércio eletrónico, que ficariam significativamente comprometidos se os provedores dos serviços em causa houvessem de responder ilimitadamente pelos danos causados pelos conteúdos que alojam nos seus servidores, mas que não controlam³⁴.

A proteção contra a desinformação por via da responsabilidade civil dos prestadores desses serviços acha-se assim excluída, num largo espectro de situações, em Portugal e em vários outros países.

IX. O Regulamento dos Serviços Digitais da União Europeia e a desinformação

Tem interesse, a este propósito, indagar se o recente Regulamento dos Serviços Digitais da União Europeia³⁵, que será aplicável a partir de 17 de fevereiro de 2024, alterará a situação descrita.

Este ato jurídico europeu visa também combater a desinformação³⁶. Contudo, preservam-se nele, ainda que alteradas, algumas das isenções de responsabilidade previstas na Diretiva sobre o comércio eletrónico, cujos artigos 12.º a 15.º são substituídos pelos artigos 4.º, 5.º, 6.º e 8.º do Regulamento, nos termos do artigo 89.º deste.

32 Veja-se, por exemplo, a interrogação de ANTÓNIO ARAÚJO no *Diário de Notícias* de 6 de novembro de 2022: “A questão não é de liberdade de expressão ou censura, como pretendem Elon Musk e outros falsos “libertários” como ele. A questão é, isso sim, de responsabilidade: será admissível que uma empresa comercial difunda mentiras à escala planetária, espalhe o ódio por milhões, lucre biliões com isso, e não seja responsabilizada?”.

33 Cfr. *Problemática internacional da sociedade da informação*, Coimbra, 2005, p. 321.

34 Ver sobre o ponto, na literatura mais recente, Folkert Wilman, «The EU’s system of knowledge-based liability for hosting service providers in respect of illegal user content – between the e-Commerce Directive and the Digital Services Act», *JIPITEC – Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, vol. 12 (2021) pp. 3 ss.; e Pedro de Miguel Asensio, *Derecho Privado de Internet*, 6.ª ed., Madrid, 2022, pp. 294 ss.

35 Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais e que altera a Diretiva 2000/31/CE.

36 Haja vista, nomeadamente, aos considerandos 2, 9, 69, 83, 84, 88, 95, 104, 106 e 108.

Tal o propósito do artigo 6.º, n.º 1, nos termos do qual o prestador de serviços de alojamento virtual não será responsável pelas informações que armazenar a pedido dos destinatários dos seus serviços, contanto que: *a)* Não tenha conhecimento de factos ou circunstâncias que evidenciem a ilicitude do seu conteúdo; ou *b)* A partir do momento em que tenha conhecimento dessa ilicitude, atue com diligência a fim de suprimir ou desativar o acesso a tais conteúdos³⁷.

Por seu turno, o artigo 8.º do Regulamento estabelece que não será imposta aos referidos prestadores qualquer obrigação geral de controlar as informações que transmitem ou armazenam, nem de procurar ativamente factos ou circunstâncias que indiquem ilicitudes.

No entanto, o Regulamento consagra uma série de novos deveres acessórios dos prestadores de serviços em causa, que procuram mitigar os riscos de as suas infraestruturas serem utilizadas para fins de desinformação³⁸.

Entre estes sobressai o de os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão e de motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão identificarem, analisarem e avaliarem diligentemente todos os *riscos sistémicos* decorrentes, na União Europeia, da conceção ou do funcionamento do seu serviço e dos seus sistemas relacionados, incluindo os sistemas algorítmicos, ou decorrentes da utilização dos seus serviços (consignado no artigo 34.º, n.º 1). Esta avaliação de riscos inclui, de acordo com a alínea *c)* do mesmo preceito, “quaisquer efeitos negativos reais ou previsíveis no discurso cívico e nos processos eleitorais, bem como na segurança pública”.

Por força do artigo 35.º, n.º 1, os mesmos fornecedores de serviços devem adotar *medidas de atenuação* razoáveis, proporcionadas e eficazes, adaptadas aos riscos sistémicos específicos identificados nos termos do artigo 34.º, tendo especialmente em conta o impacto de tais medidas nos direitos fundamentais. Estas medidas podem incluir, segundo a alínea *c)*, “processos de moderação de conteúdos [...] e, se for caso disso, a rápida supressão dos conteúdos notificados ou a rápida desativação do acesso aos mesmos”. Os prestadores de serviços devem, no entanto, nos termos do n.º 1 do artigo 14.º, incluir nos seus termos e condições informações sobre quaisquer restrições que imponham à utilização dos seus serviços no que respeita às informações prestadas pelos respetivos destinatários, nomeadamente quaisquer políticas, procedimentos, medidas ou instrumentos

37 Ver, sobre as disposições do Regulamento relativas à responsabilidade dos prestadores de serviços de alojamento virtual, Pedro de Miguel Asensio, *Manual de derecho de las nuevas tecnologías: Derecho digital*, Cizur Menor, 2023, pp. 69 ss.; Luis Menezes Leitão, *Digital Services Act (DSA). O Regulamento europeu 2022/2065 sobre serviços digitais*, Coimbra, 2023, pp. 21 ss.

38 Ver, sobre o ponto, JORIS VAN HOBOKEN e RONAN Ó FATHAIGH, “Regulating Disinformation in Europe: Implications for Speech and Privacy”, *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2021, pp. 9 ss. (pp. 15 ss.).

utilizados para efeitos de moderação de conteúdos.

Por outro lado, nos termos do artigo 45.º, n.º 1, do Regulamento, a Comissão e o Comité Europeu dos Serviços Digitais incentivam e facilitam a elaboração de códigos de conduta facultativos a nível da União para contribuir para a correta aplicação do mesmo, tendo em conta, em particular, os desafios específicos da resposta aos diferentes tipos de conteúdos ilegais e riscos sistémicos. Encontra-se assim consagrado no Regulamento um *modelo de correção* em matéria de desinformação. Com vista a implementá-lo, foi adotado em 2022 um *Código de Conduta Reforçado sobre Desinformação*³⁹.

O Regulamento acolhe ainda importantes medidas tendentes a assegurar o cumprimento dos deveres de conduta nele impostos aos prestadores de serviços da sociedade da informação. Nesse sentido, de acordo com o artigo 49.º, compete aos Estados-Membros designar uma ou mais autoridades responsáveis pela supervisão dos prestadores de serviços intermediários e pela execução do Regulamento; e o artigo 74.º, n.º 1, habilita a Comissão Europeia a impor coimas aos fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão ou do motor de pesquisa em linha de muito grande dimensão de valor até 6 % do seu volume de negócios anual total a nível mundial no exercício anterior, se concluir que esses fornecedores, deliberadamente ou por negligência, infringe as disposições do regulamento, não respeitam uma decisão que ordene medidas provisórias nos termos do artigo 70.º ou não cumprem um compromisso por si assumido, tornado vinculativo mediante decisão da Comissão Europeia adotada nos termos do artigo 71.º.

Não obstante a referida isenção de responsabilidade no que respeita às informações transmitidas ou armazenadas a pedido de um destinatário do serviço, os prestadores de serviços intermediários são responsáveis, como se salienta no considerando 121 do Regulamento, pelos danos causados aos destinatários dos respetivos serviços pela violação dos deveres de conduta nele estabelecidos. A indemnização desses danos é estabelecida nos termos da legislação nacional aplicável, a determinar segundo as regras de conflitos de leis comuns. Entre estas avultam as que constam do Regulamento de Roma II, que submete em princípio essa responsabilidade à lei do país onde ocorreu o dano⁴⁰.

39 Disponível em <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>.

40 Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais, artigo 4.º, n.º 1, segundo o qual: “Salvo disposição em contrário do presente regulamento, a lei aplicável às obrigações extracontratuais decorrentes da responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco é a lei do país onde ocorre o dano, independentemente do país onde tenha ocorrido o facto que deu origem ao dano e independentemente do país ou países onde ocorram as consequências indiretas desse facto”. Ver, sobre o tema, o nosso estudo “Responsabilidade civil por ilícitos comunicacionais transfronteiras:

Entre nós, na medida em que as disposições do Regulamento dos Serviços Digitais – nomeadamente as relativas a moderação de conteúdos – possam qualificar-se como normas de proteção de interesses privados, a sua violação pode originar a responsabilidade civil dos prestadores de serviços perante os destinatários dos seus serviços.

X. Conclusões

As sociedades abertas são particularmente vulneráveis à desinformação, o que tem um enorme potencial de comprometer os processos democráticos. Contudo, nestas mesmas sociedades a regulação legal da desinformação levanta, como decorre do exposto, problemas difíceis no tocante à conciliação da liberdade de expressão com a proteção dos interesses públicos e privados por ela afetados.

Os recentes desenvolvimentos na legislação portuguesa refletem estas dificuldades. Em qualquer caso, foi dada primazia nela à liberdade de expressão; as restrições a esta permanecem excecionais.

Um direito subjetivo à proteção contra a desinformação está, assim, longe de se encontrar efetivamente reconhecido no Direito em vigor e menos ainda de ser suscetível de tutela por via da responsabilidade civil.

Salvo quando compreenda informação ilegal, a desinformação dificilmente se enquadra, com efeito, nas categorias de ilicitude previstas na lei portuguesa como fundamentos possíveis de responsabilidade civil; e de todo o modo valem quanto aos prestadores intermediários de serviços da sociedade da informação que a veiculem as isenções de responsabilidade em que, há mais de duas décadas, assenta o regime jurídico do comércio eletrónico.

Apenas na medida em que as disposições do Regulamento dos Serviços Digitais possam qualificar-se como normas de proteção de interesses privados será a violação dos deveres de diligência nele consignados suscetível de originar a responsabilidade civil dos prestadores de serviços, e tão-somente perante os destinatários destes.

Na União Europeia, a proteção contra a desinformação parece assim estar hoje largamente dependente do cumprimento pelos prestadores de serviços da sociedade da informação dos seus deveres de diligência relativamente aos conteúdos que divulguem e, em especial, da sua capacidade de autoavaliarem os “riscos sistémicos” inerentes à respetiva atividade e de tomarem medidas preventivas para atenuá-los, nomeadamente através de procedimentos de

desenvolvimentos recentes”, *Revista de Direito da Responsabilidade*, 2021, pp. 798 ss.

moderação de conteúdos, bem como da capacidade dos organismos públicos competentes de controlarem e sancionarem o não cumprimento de tais deveres.

Se esta será uma resposta suficientemente robusta aos desafios atualmente colocados pela desinformação às sociedades democráticas constitui, por ora, uma questão em aberto.



LEI N.º 16/2021: ASPECTOS DE CONTINUIDADE E ASPECTOS DE MUDANÇA NA LEI MIGRATÓRIA DE MACAU (I PARTE)

António de Jesus Pedro*

Jurista. Assessor do Secretário para a Segurança do Governo da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China

Resumo: A Lei n.º 16/2021 congregou num único diploma o regime jurídico do controlo de migração e das autorizações de permanência e residência na Região Administrativa Especial de Macau, revogando as anteriores Leis n.ºs 4/2003 e 6/2004. Como se procurará demonstrar, de seguida, o novo regime jurídico, em vigor desde 15.11.2021, não representa uma ruptura com a legislação anterior; ao contrário, consagra uma continuidade global das soluções normativas em aspectos estruturantes, aqui e ali, com algumas *nuances* e ajustamentos ou com algumas inovações, em ordem a conseguir os objectivos previamente estabelecidos. A Lei n.º 16/2021 corrige algumas soluções ou omissões questionáveis da lei anterior (*não sanção das saídas ilegais; o uso do conceito processual criminal “fortes indícios” para efeitos securitários; tipificação do crime de acolhimento*), introduz numerosas melhorias e clarificações de ordem jurídica (*notificações, controlo de entradas e saídas de menores*), densifica o princípio da legalidade e a dimensão

* Responsável jurídico pela elaboração do documento de Consulta Pública, bem como do texto da Proposta de lei que viria a ser a Lei n.º 16/2021, da respectiva Nota Justificativa e, ainda, da regulamentação complementar. Para isso, contou com contributos valiosos de uma equipa muito dedicada de outros colaboradores, incluindo técnicos e tradutores, mas, em especial, da Dra. Cheong Han, 張嫻, assessora do Secretário para a Segurança, bem como da Dra. Ng Sou Peng 伍素萍 e Lao Ka Weng 劉家榮, 2.º Comandante e Subintendente, respectivamente, do Corpo de Polícia de Segurança Pública.

garantística da legislação em diversos aspectos (*fundamentos de recusa de entrada, fundamentos da revogação de autorização de residência*) e, para resolver problemas importantes de ordem prática, acolhe soluções inovadoras tais como a regulação do acesso a documentos e dados confidenciais, a figura da retenção do passaporte e as previsões sobre suspensão do prazo máximo de detenção de pessoas em situação de imigração ilegal, e, também, uma impactante inovação quanto ao conceito de residência habitual, para efeitos da lei migratória.

Em termos gerais, a Lei n.º 16/2021 parece ter resultado num regime equilibrado, que respeita a Lei Básica e que corresponde às necessidades actuais de desenvolvimento da RAEM.

Palavras-Chave: Regime jurídico; controlo; migração; permanência; residência; ruptura; continuidade; inovações; fortes indícios; efeitos securitários; tipificação; crime de acolhimento; notificações; controlo de entradas e saídas de menores; legalidade; recusa de entrada; revogação de autorização; acesso a documentos; dados confidenciais; retenção do passaporte; imigração ilegal; residência habitual; lei migratória.

INTRODUÇÃO

O Governo da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) apresentou, em Janeiro de 2021, a Proposta de lei intitulada “*Regime jurídico do controlo de migração e das autorizações de permanência e residência na Região Administrativa Especial de Macau*”.

Na elaboração da Proposta de lei, foi avaliado e ponderado o Relatório Final da Consulta Pública realizada entre 8 de Maio e 6 de Junho de 2018 ¹.

Depois dos normais trabalhos de avaliação e discussão, em Julho de 2021, foi apresentada, pelo Governo, uma versão alternativa que, em parte, reflectiu as opiniões recolhidas, tanto no plenário da Assembleia Legislativa como nas reuniões com a respectiva 3.ª Comissão Permanente. No final de Julho de 2021, esta Comissão emitiu o Parecer N.º 4/VI/2021 ², no qual concluiu, afinal que a versão final da Proposta de lei reunia os requisitos necessários para apreciação e votação, na especialidade, pelo Plenário.

1 Disponível na Internet, na versão em língua portuguesa, em:
<https://www.gov.mo/pt/consulta-de-politicas/regime-juridico-dos-controlos-de-migracao-e-das-autorizacoes-de-permanencia-e-residencia-na-raem-consulta-publica/>

2 Disponível na Internet, na versão em língua portuguesa, em:
<https://www.al.gov.mo/uploads/attachment/2021-07/271006103b7c8b0395.pdf>

O debate e votação em plenário ocorreu em 5 de Agosto de 2021, tendo a Lei, após as formalidades legais, sido publicada no Boletim Oficial n.º 33, I Série, de 16 de Agosto de 2021.

Conforme o respectivo artigo 106.º³, a nova lei migratória entrou em vigor 90 dias após a sua publicação (*ou seja, em 15 de Novembro de 2021*), com excepção:

- do artigo 97.º, que introduziu um regime transitório especial para certos procedimentos administrativos de autorização de residência pendentes e que produziu efeitos a partir da data da publicação (16 de Agosto de 2021); e

- dos artigos 60.º e 61.º, relativos a novas obrigações para operadores de transportes aéreos e de estabelecimentos hoteleiros, bem as correspondentes previsões em matéria de infracções administrativas, que só produziram efeitos um ano após a data da entrada em vigor da lei (*16 de Novembro de 2022*).

Razões gerais da alteração legal

Como se referia na respectiva Nota Justificativa, “*Volvida mais de uma década sobre a implementação da Lei n.º 4/2003 (Princípios gerais do regime de entrada, permanência e autorização de residência) e da Lei n.º 6/2004 (Lei da Imigração Ilegal e da Expulsão), bem como dos respectivos diplomas complementares, algumas normas constantes destes diplomas legais já não se adequam à realidade do desenvolvimento social, pelo que se impõe proceder às alterações e ajustamentos necessários.*”.

A proposta de lei visava a resolução de “*problemas e dificuldades encontrados nas tarefas diárias dos serviços de migração, aproveitando-se a oportunidade de alteração legislativa para introduzir aperfeiçoamento técnico-jurídico do regime e encontrar melhores soluções no âmbito da articulação com a legislação da RAEM e da harmonização da política criminal.*”.

As causas dessa desadaptação à *realidade do desenvolvimento social* são fáceis de perceber, face ao referido no ponto 1.1. do documento de Consulta Pública⁴, em especial na parte em que refere: “*Desde a publicação e implementação dos*

3 Salvo indicação em contrário, os números dos artigos no texto sem outra indicação referem-se à Lei n.º 16/2021.

4 Disponível na Internet, na versão em língua portuguesa, em: <https://www.gov.mo/pt/wp-content/uploads/sites/3/2018/05/Regime-jur%C3%ADdico-dos-controlos-de-migra%C3%A7%C3%A3o-e-das-autoriza%C3%A7%C3%B5es-de-perman%C3%Aancia-e-resid%C3%Aancia-Documento-de-consulta.pdf>.

diplomas supra mencionados, a situação socioeconómica da RAEM registou uma mudança vertiginosa, nomeadamente, com o implemento da política de turistas individuais e desenvolvimento do sector de jogos, o número de visitantes aumentou incessantemente. Em 2005, o número total de visitantes foi de 18.711.187 pessoas. Todavia, em 2012, esse número aumentou em cerca de 10 milhões, cifrando-se, em 2017, em mais de 32 milhões de visitantes, ou seja, um aumento de cerca de 74%, em 12 anos.

O grande número de visitantes tem efeitos muito importantes na vertente de melhoria do ambiente económico da RAEM, mas também conduz à atracção da imigração ilegal e emprego irregular, bem como o exercício de actividades que se afastam da finalidade turística, até à prática de infracções criminais, prejudicando a segurança e ordem pública da RAEM.

Para além disso, no contexto global do planeta, têm-se agravado os perigos decorrentes do terrorismo e da criminalidade altamente organizada transnacional, que se dedica não só ao tráfico de estupefacientes, mas também ao tráfico humano, à imigração ilegal e outros tipos de crimes muito graves, pelo que não pode ser negligenciado o impacto social destes fenómenos criminais.”

Com efeito, dos dados sucintamente referidos fácil é concluir que, por comparação com o início do século XXI, Macau se tornou uma Região menos pacata. A prosperidade gerou factores importantes de pressão sobre a sociedade, decorrente de fenómenos de ordem económica como a atracção da imigração ilegal (migrantes económicos) e a fenómenos de ordem social associados, tais como os chamados casamentos e contratos de trabalho falsos.

Por outro lado, as estatísticas de controlo vinham revelando um aumento muito significativo das situações de imigração ilegal relativas a entradas fora dos postos fronteiriços (*imigração ilegal originária*) e a situações de excesso de permanência (*imigração ilegal superveniente*). Essas situações atingiram um pico, em 2015, tendo diminuído um pouco, em 2016 e 2017, em consequência dos esforços das autoridades públicas envolvidas e do investimento realizado em recursos humanos e materiais, incluindo em sistema de videovigilância.

No entanto, os poderes públicos perceberam que era necessário que os esforços e os investimentos realizados para o combate à migração ilegal fossem complementados e coadjuvados por uma actualização do quadro legal existente, por forma a obter-se um melhor efeito de sinergia.

Assim, pode dizer-se, claramente, que a razão geral, principal, da iniciativa de alteração legal foi a desadaptação das normas vigentes às realidades práticas.

Entretanto, o impulso daí decorrente foi aproveitado para prosseguir outros objectivos, a saber:

- Necessidade de melhorar a compreensão do regime legal por parte

dos cidadãos e dos operadores jurídicos, tornando a lei mais clara e acessível e potencialmente menos geradora de conflitualidade judicial, quer por via de melhor técnica jurídica, quer por via da eliminação da dispersão normativa;

- Obrigação de considerar e adaptar a legislação vigente, que era de 2003 e 2004, às alterações legais supervenientes;
- Necessidade de adaptar as soluções legais existentes às circunstâncias específicas da movimentação de pessoas através das fronteiras e da questão da imigração ilegal, designadamente pelo impacto potencial sobre o emprego local e sobre a tranquilidade pública;
- Conveniência de conciliar o objectivo do Décimo Terceiro Plano Quinquenal da República Popular da China “Macau - centro internacional de turismo e lazer”, que implica maior abertura à movimentação de pessoas, com o objectivo “Macau - cidade segura”, que implica mecanismos de controlo e prevenção mais completos e afinados;
- Necessidade de melhorar os mecanismos e instrumentos de controlo para assegurar melhor enquadramento prático e legal à prevenção do terrorismo e outra criminalidade muito grave.

Eliminação da dispersão normativa, simplificação das fontes normativas

Como se referiu no ponto 3.6. do Documento de Consulta Pública, um dos objectivos da nova legislação deveria ser o da eliminação da dispersão normativa porque *“a existência de duas leis principais e outros dois diplomas complementares relacionados com a mesma matéria tem levantado algumas dificuldades de interpretação e compreensão do regime legal”*.

Ora, a Lei n.º 16/2021 conseguiu esse objectivo, na medida em que abrange, no seu objecto, as matérias que eram reguladas nas Leis n.ºs 4/2003 e 6/2004. A Lei n.º 4/2003 estabelecia os princípios gerais do regime de entrada, permanência e autorização de residência, enquanto que a Lei n.º 6/2004 continha o regime legal de detenção e expulsão de não-residentes para prevenir e combater a imigração ilegal, bem como o correspondente regime penal e processual penal.

As Leis n.ºs 6/2004 e 4/2003 estavam intimamente ligadas, em aspectos importantíssimos, o que era visível, designadamente, na remissão que a Lei n.º 6/2004 fazia para a Lei n.º 4/2003 quanto aos fundamentos da interdição de entrada, bem como no facto de que a Lei n.º 6/2004 dispunha sobre a revogação da autorização de permanência, sendo certo que a autorização de permanência

era matéria essencial da Lei n.º 4/2003.

Por isso, não surpreendeu que a Comissão Permanente da Assembleia Legislativa que, em 2004, apreciou o projecto que culminou na Lei n.º 6/2004 tivesse lamentado, na altura, a ausência de unificação.

Mas a separação do regime legal em duas leis tinha razões históricas: a Lei n.º 4/2003 revogou e sucedeu ao Decreto-Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro (*Regime geral de entrada, permanência e fixação de residência em Macau*), que continha normas de natureza preponderantemente administrativa; e a Lei n.º 6/2004 revogou e sucedeu à Lei n.º 2/90/M, de 30 de Abril (*Lei da Imigração clandestina*), que continha normas de natureza preponderantemente securitária (*detenção, expulsão*) e coerciva (*penal*).

Ora, sucedeu que o objectivo de eliminação da dispersão normativa se ficou por aqui.

O Regulamento Administrativo n.º 38/2021, publicado no Boletim Oficial, I Série, n.º 45/2021, de 8 de Agosto, teve de ser denominado de “*Regulamentação principal do regime jurídico do controlo de migração e das autorizações de permanência e residência na Região Administrativa Especial de Macau*”⁵, porque, na verdade, foi opção legislativa que a disciplina aplicável aos operadores de transportes aéreos e de estabelecimentos hoteleiros, bem as correspondentes previsões em matéria de infracções administrativas, só entrassem em vigor um anos depois da entrada em vigor da própria Lei, para dar maior tempo de preparação a esses operadores, em termos materiais e operacionais, face às suas novas obrigações legais.

Isso implicou que as regras complementares relativas ao Sistema de Informação Antecipada de Passageiros e as regras complementares relativas ao Sistema Electrónico de Comunicação de Hospedagem de Não Residentes, já previstas nos artigos 68.º e 101.º, alínea 4), tivessem sido postergadas para 2022. Essas regras complementares viriam a ser publicadas em 31 de Outubro de 2022 (*Boletim Oficial n.º 44/2022*), através dos Regulamentos Administrativos n.ºs 47/2022 e 48/2022.

Ou seja, na prática, na legislação anterior, existiam 2 regulamentos administrativos: o Regulamento Administrativo n.º 5/2003 (*Regulamento sobre a entrada, permanência e autorização de residência*) e o Regulamento Administrativo n.º 18/2003 (*Modelo do título especial de permanência*);

5 O título do projecto contém a expressão “regulamentação principal”, o que constituiu uma inovação terminológica e causou alguma surpresa. O objectivo é o de qualquer destinatário ou qualquer leitor deste diploma poder ter a oportunidade de perceber, muito facilmente, que ele não constitui a única fonte de regulamentação complementar da Lei n.º 16/2021. Pelas mesmas razões, sugerimos também essa expressão, recentemente, quanto à regulamentação da Lei n.º 12/2022 (regime jurídico do controlo de substâncias perigosas).

posteriormente à Lei n.º 16/2021, porém, passaram a existir 3 regulamentos administrativos.

*

Acresce que, de acordo com o respectivo artigo 3.º, a Lei n.º 16/2021 não prejudicou a vigência de “*regimes especiais constantes de instrumentos de direito internacional aplicáveis na RAEM e de demais legislação da mesma*”, sendo que, nesses regimes especiais, se deveriam incluir, forçosamente, a Lei n.º 1/2004 (*Regime de reconhecimento e perda do estatuto de refugiado*) e o Regulamento Administrativo n.º 3/2005 (*Regime de fixação de residência temporária de investidores, quadros dirigentes e técnicos especializados*);

Aliás, embora pleonasticamente ⁶, o legislador fez questão de sublinhar, no artigo 104.º, que “*O Regulamento Administrativo n.º 3/2005 (Regime de fixação de residência temporária de investidores, quadros dirigentes e técnicos especializados) e o Regulamento Administrativo n.º 7/2007 continuam a produzir efeitos jurídicos até à sua alteração, suspensão ou revogação através de diplomas legais.*”.

Por opção política, a autorização de residência por investimento ou qualificação profissional, por razões de tradição e de lógica, manter-se-á como um regime especial, separado. De facto, este regime, teoricamente, é mais propenso a sofrer adaptações / variações, por razões de conjuntura; por outro lado, em termos de orgânica do Governo, é aplicado, na prática, no âmbito da Secretaria para a Economia e Finanças e não âmbito da Secretaria para a Segurança.

O Regulamento Administrativo n.º 3/2005 foi emitido ao abrigo do artigo 15.º da Lei n.º 4/2003 e a especialidade de regime resulta bem evidente do respectivo artigo 23.º, que manda aplicar subsidiariamente o regime da Lei n.º 4/2003 em tudo o que esse Regulamento Administrativo não prevê.

Naturalmente, o Regulamento Administrativo n.º 3/2005, após a entrada em vigor da Lei n.º 16/2021 teve que passar a ser interpretado e aplicado à luz dessa Lei, por esta ter passado a definir o novo o regime geral de entrada, permanência e fixação de residência da RAEM, substituindo a Lei n.º 4/2003. O artigo 23.º desse Regulamento Administrativo, em concreto, teve que ser objecto de interpretação actualista, em conformidade, aliás, com o artigo 102.º, segundo o qual “*As remissões existentes em outros diplomas para as disposições da legislação ora*

6 Dizemos “pleonasticamente”, porque a subsistência desse regime especial já decorreria necessariamente deste artigo 3.º conjugado com o artigo 32.º. E, em caso de excesso de cautela, sempre bastaria acrescentar simplesmente no artigo 3.º, “... *designadamente o regime de fixação de residência temporária de investidores, quadros dirigentes e técnicos especializados*”. Ganharia o princípio da simplicidade legística.

*revogada consideram-se feitas para as correspondentes disposições da presente lei ou dos diplomas complementares referidos no artigo anterior.”*⁷.

Assim, nesse artigo 23.º do Regulamento Administrativo n.º 3/2005, onde se lê: “*É subsidiariamente aplicável aos interessados que requeram autorização de residência temporária nos termos do presente diploma o regime geral de entrada, permanência e fixação de residência na Região Administrativa Especial de Macau.*” deverá passar a ler-se: “*É subsidiariamente aplicável aos interessados que requeram autorização de residência temporária nos termos do presente diploma o regime geral estabelecido na Lei n.º 16/2021 (Regime jurídico dos controlos de migração e das autorizações de residência e permanência na RAEM).*”.

Todavia, após 1 de Julho de 2023, data da entrada em vigor da Lei n.º 7/2023 (*Regime jurídico de captação de quadros qualificados*), o Regulamento Administrativo n.º 3/2005 passou a aplicar-se, apenas, a titulares de projectos de investimento, em apreciação nos competentes serviços da Administração, que sejam considerados relevantes para a RAEM, bem como a titulares de investimentos que sejam considerados relevantes para a RAEM e a adquirentes de bens imóveis, em determinadas circunstâncias⁸.

O referido Regulamento Administrativo deixou de aplicar-se a “*quadros dirigentes e técnicos especializados*”, conforme estava previsto na alínea 3) do respectivo artigo 1.º, porque, nesta matéria, passou a reger a citada Lei n.º 7/2023 e o Regulamento Administrativo n.º 19/2023 (*Regulamentação do regime jurídico de captação de quadros qualificados*).

*

Para além do que ficou referido, sublinha-se que se manteve a tradicional dispersão normativa associada a razões de ordem prática (*maior maleabilidade de alteração* ⁹) e consubstanciada em despachos do Chefe do Executivo:

7 O mesmo se pode dizer relativamente a outras normas jurídicas: por exemplo, o artigo 4.º da Lei n.º 21/2009 (*Lei da contratação de trabalhadores não residentes*) e o n.º 1 do artigo 15.º do Regulamento Administrativo n.º 18/2010 (*Regulamentação da Lei da contratação de trabalhadores não residentes*) têm que passar a ser aplicados por referência à Lei n.º 16/2021.

8 Quanto a adquirentes de bens imóveis, o Regulamento Administrativo n.º 7/2007, que ainda se encontra em vigor, determinou a suspensão da eficácia dos artigos 1.º, alínea 4), e 3.º do Regulamento Administrativo n.º 3/2005.

9 Embora, na prática, esta maleabilidade de alteração nem sempre seja consequente, pois existem frequentes e numerosos exemplos de despachos regulamentares externos que permanecem inalterados por excessivo tempo, a tal ponto de ficarem desfasados da realidade económica (e da inflação).

- Despacho do Chefe do Executivo n.º 167/2021, que define os meios de subsistência exigíveis a cidadãos não residentes para efeitos de entrada e permanência na Região Administrativa Especial de Macau;
- Despacho do Chefe do Executivo n.º 173/2021, relativo às taxas previstas no Regulamento Administrativo n.º 38/2021;
- Despacho do Chefe do Executivo n.º 174/2021, que aprova os modelos a que se refere o 45.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021.

1. ASPECTOS DE CONTINUIDADE

1.1. Principais aspectos de continuidade

Aquando da discussão pública da proposta de lei que viria a culminar na Lei n.º 16/2021, e já depois, aquando da apreciação da mesma na Assembleia Legislativa, foi frequentemente repetida a ideia de que o Governo não tinha a intenção de introduzir uma “revolução” na lei migratória. A iniciativa legislativa visava essencialmente resolver alguns problemas de ordem prática, preencher algumas lacunas, ajustar alguns aspectos de política criminal e melhorar a compreensibilidade da lei, melhorando a sistemática legal e diminuindo a dispersão legislativa. Quanto a tudo o resto, o que tinha funcionado bem, na legislação a revogar, deveria manter-se.

Esta ideia é feliz na medida em que expressa bem que a Lei n.º 16/2021 não representa uma ruptura com a legislação anterior; ao contrário, ela consagrou uma continuidade global das soluções normativas em aspectos estruturantes, aqui e ali, com algumas *nuances* e ajustamentos ou com algumas inovações, em ordem a conseguir os objectivos estabelecidos, incluindo os referidos supra.

Claro que, em certas matérias, será discutível afirmar (*sobretudo para um não jurista*) que uma determinada alteração constitui um mero ajustamento ou, alternativamente, que constitui uma verdadeira inovação.

Um bom exemplo desta dicotomia pode ser o caso dos artigos 4.º (*Elementos classificados obtidos sob reserva de confidencialidade*) e 7.º (*Nulidade de autorizações*). Não temos dúvidas de que o artigo 4.º representa uma inovação; mas, quanto ao artigo 7.º é questionável se estamos perante um ajustamento ou uma inovação.

Na nossa abordagem, privilegiámos a vertente estritamente jurídica. Por isso, entendemos o artigo 7.º como um ajustamento, uma clarificação do regime jurídico. Em bom rigor, esta solução preconizada no artigo 7.º já seria defensável, e aplicável, com fundamento nos artigos 123.º e 124.º do Código do Procedimento Administrativo nas elaborações doutrinária e jurisprudencial associadas.

Nesta mesma linha se insere o caso do artigo 19.º (Retenção de documentos). Em bom rigor, trata-se, juridicamente, de um ajustamento, porque os serviços de controlo migratório já podiam adoptar esta prática, antes da Lei n.º 16/2021, com recurso a várias normas conjugadas de outros diplomas legais. Todavia, este ajustamento traz inequívoca clarificação jurídica, facilitando a aplicação da lei e a sua melhor compreensão pelos destinatários, em geral.

Com esta ressalva, prossigamos, então, a análise dos aspectos de continuidade.

1.1.1. Controlos migratórios

Um exemplo do que acabámos justamente de dizer respeita aos controlos fronteiriços de migração: eles não só se mantêm (continuidade global), como tendem a tornar-se mais eficazes e amplos, por via de alguns ajustamentos e inovações introduzidos.

De entre as *nuances* ou ajustamentos, neste domínio, alguns têm uma relevância relativamente limitada: está neste caso a flexibilização dos controlos de migração, em situações especiais, fora dos postos fronteiriços (*cf.* n.º 2 do artigo 15.º e os n.ºs 5 e 6 do Despacho do Chefe do Executivo n.º 173/2021).

Outros casos de ajustamento, porém, revelam-se mais importantes, sendo de destacar os que respeitam aos métodos biométricos de controlo de migração (*alternativos aos tradicionais métodos documentais*) e a melhor coordenação dos órgãos de controlo migratório com a autoridade marítima¹⁰. Pela via sancionatória, também concorrem para uma maior eficácia e abrangência dos controlos de migração a sanção administrativa das saídas irregulares e a inovação em matéria penal prevista no artigo 80.º.

Esses ajustamentos e inovações mais relevantes serão analisados mais detalhadamente adiante, nos campos próprios da parte 1 ou 2, consoante aplicável.

1.1.2. Autorização de permanência, autorização especial de permanência e autorização de residência

O n.º 1 do artigo 47.º determina que “*São consideradas em situação de imigração ilegal as pessoas que se encontrem na RAEM, não estando autorizadas a nela permanecer ou residir, e que tenham entrado em qualquer das seguintes*

10 Como resulta agora inequivocamente do n.º 3 do artigo 15.º, um dos pressupostos da emissão do desembaraço, pela autoridade marítima (*cf.* os Regulamentos Administrativos n.ºs 30/2018 e 14/2013), no futuro, será, necessariamente, o ter-se procedido ao controlo de migração do pessoal a bordo, salvo tratando-se de embarcações isentas. Apenas como nota de comparação, e para melhor compreensão deste assunto, observamos que, em Portugal, estão isentos de desembaraço da autoridade migratória as embarcações de tráfego local, de pesca local e costeira e os rebocadores e embarcações auxiliares locais ou costeiras.

circunstâncias:” Desta norma resulta, afinal, que as pessoas só podem estar legalmente na RAEM se possuírem um título próprio, que lhes permita aqui permanecer (*as autorizações de permanências*) ou residir (*as autorizações de residência temporária ou o título de residente permanente*).

Ora, igualmente numa linha de continuidade, a Lei n.º 16/2021 mantém as três figuras existentes para as autorizações: uma totalmente precária, a autorização de permanência comum; outra precária, mas mais estável, a autorização especial de permanência; e a terceira, a autorização de residência não permanente, conferindo o direito temporário a residir e um estatuto que, a prazo, pode conduzir à residência permanente, à concessão do título de residente permanente.

Dos aspectos mais relevantes de diferenças de regime jurídico, apontam-se a recusa de entrada, que não pode ser oposta a residentes (*veja-se a expressa referência a não residentes nos artigos 23.º e 24.º*), bem como as soluções relacionadas com a revogação e com os prazos de abandono.

Assim, quanto aos prazos de abandono, tratando-se de autorizações de permanência, o artigo 35.º determina que, se o visado for titular de autorização especial de permanência há mais de seis meses, o prazo não pode ser inferior a 15 dias, a não ser que a revogação tenha fundamento em razões de perigo para a segurança ou ordem públicas da RAEM (*neste caso, o prazo será de 8 dias*).

Tratando-se de autorização especial de permanência que ainda não tenha atingido a duração de seis meses ou de autorização de permanência comum, o prazo não pode ser superior a dois dias (*como na legislação anterior*).

Tratando-se de autorização de residência, o artigo 44.º determina que o prazo de abandono é de, pelo menos, 30 dias.

Ressalva-se, em qualquer caso, que, se a pessoa cuja autorização de permanência ou de residência for revogada constituir grave ameaça para a segurança ou ordem públicas, pode ser ordenado o seu abandono imediato.

Quanto aos prazos de 8, 15 e 30 dias acima referidos, sublinha-se que são prazos mínimos, pelo que os visados podem sempre requerer uma extensão desses prazos, desde que fundamentem adequadamente.

Quanto aos fundamentos da revogação e respectiva amplitude, como se vê pela confrontação do artigo 35.º com o n.º 2 do artigo 43.º, existe uma significativa diferença de regime, sendo óbvias as características mais garantísticas conferidas aos titulares de autorizações de residência.

Por conterem aspectos significativos de inovação, esses regimes serão analisados mais em detalhe adiante, na parte 2.

*

Quanto à autorização de permanência, um dos aspectos que suscitou



especial atenção foi o das prorrogações das autorizações de permanência comuns. O n.º 1 do 29.º prevê que o prazo da autorização de permanência pode ser prorrogado por várias vezes, até ao limite máximo acumulado de 90 dias. Ora, sobre este preceito, levantaram-se algumas dúvidas, designadamente se este prazo de 90 dias inclui o período inicial de autorização de permanência, o que acontece se a prorrogação não for concedida e, ainda, se seria um prazo máximo adequado às necessidades reais.

Como resulta da letra da lei, pode ser concedida prorrogação da autorização de permanência na RAEM, uma ou mais vezes, e isto quer dizer que poderá ser prorrogado mais 90 dias após o termo do prazo original de permanência (*ou seja, não inclui o período inicial de autorização de permanência*).

Além disso, como explicitamente refere o máximo da prorrogação é de 90 dias, acumulados, sem prejuízo da exceção prevista no n.º 2 deste mesmo artigo 29.º. De acordo com este preceito, a prorrogação da autorização de permanência pode ser concedida a requerentes de autorização de residência até a decisão tomada pela Administração sobre esse pedido, uma vez que o processo de apreciação do pedido de autorização de residência pode ter uma duração superior a 90 dias. Nestes casos, não é aplicável a restrição “até ao máximo de 90 dias acumulados” referida no n.º 1.

Quanto à adequação, foi observado que, em face do historial prático, o prazo de 90 dias estabelecido é suficiente para resolver a maioria das situações que levam a que os não residentes peçam prorrogações e que, em situações limite, existe a possibilidade de autorização excepcional, ao abrigo do artigo 11.º, designadamente em casos de força maior ou situações de cariz humanitário.

Por outro lado, a alínea 1) do n.º 2 do artigo 30.º, prevê que a prorrogação da autorização de permanência pode ser recusada quando o interessado invocar a situação de falta de passaporte ou documento de viagem, e a mesma se mantenha há mais de 60 dias.

Esta solução legal deveu-se à percepção de que, realmente, pode acontecer que a pessoa extravie o seu documento de viagem, depois de entrar na RAEM; mas, se a falta do documento de viagem puder ser usada sem limite temporal como fundamento de pedido de prorrogação, isso pode dar origem a abusos. Por isso, esta disposição legitima a autoridade a recusar a prorrogação sempre que a pessoa em causa não demonstrar uma dificuldade real de obter novo passaporte ou documento de viagem e serve como mecanismo dissuasor de práticas de falsa invocação de falta de perda de passaporte para obtenção de maior prazo de permanência.

Quanto à consequência da recusa de prorrogação, ela implica que a pessoa pode incorrer na situação de imigração ilegal, por excesso de permanência, já que o título de que dispunha para permanecer na RAEM caduca. Essa situação

de imigração ilegal tem as sérias consequências previstas na lei para esse efeito (*cf.*, em especial, os artigos 47.º e 48.º).

1.1.3. A discricionarietà ampla concedida à autoridade migratória

Em matéria de atribuição da autorização de residência, a Lei n.º 16/2021 consagra igualmente uma orientação de continuidade global, pois continua a cometer à autoridade migratória uma ampla discricionarietà, quanto à decisão. Isso é visível quer no artigo 11.º (*decisões sobre situações excepcionais*)¹¹, quer no artigo 38.º (*decisões sobre situações correntes*).

A opção de continuidade é lógica e coerente, dada a natureza dos interesses que estão prioritariamente em jogo, ou seja, os interesses de não-residentes em circular, permanecer ou residir na RAEM, contrapostos aos interesses públicos da RAEM na tranquilidade e segurança dos seus residentes, bem como da sustentabilidade dos recursos públicos.

Mantém-se, porém, uma excepção à discricionarietà idêntica à da lei anterior e que se relaciona com os cidadãos chineses residentes no interior da China: é que o Chefe do Executivo só pode conceder-lhes autorização de residência na RAEM se estes comprovarem, mediante documento próprio emitido pelas autoridades da República Popular da China, que estão autorizados a fixar residência em Macau¹².

Por outro lado, neste domínio, importa esclarecer uma confusão frequente: é que, como já resultava do artigo 9.º da Lei n.º 4/2003, as diversas realidades mencionadas nas alíneas do n.º 2 do artigo 38.º não são *requisitos*, de cuja verificação individualizada, ou não, resulte uma decisão vinculada.

Os aspectos especificados nas diversas alíneas do n.º 2 do artigo 38.º são “apenas” aspectos que o Chefe do Executivo deve ponderar na sua decisão; a isso o obriga a lei. Mas a Lei n.º 16/2021 segue o critério constante da lei anterior, referindo só aspectos de ordem subjectiva, directamente relacionados com a pessoa interessada. Os aspectos puramente objectivos, e de contexto, como a densidade demográfica e o encargo para o cofre público da RAEM e para a sociedade, devem, obviamente, merecer também ponderação pelo Chefe do Executivo, mas não carecem de ser mencionados. A apreciação é sempre feita considerando a situação de uma perspectiva global, e no exercício do amplo poder discricionário previsto na lei.

*

11 Que não inova, pois acolhe disciplina que já constava do artigo 11.º da Lei n.º 4/2003.

12 Conforme já se estipulava no n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 4/2003, conjugado com o artigo 19.º do Regulamento Administrativo 5/2003.

À luz do que ficou referido, fica óbvio que a inserção do critério da valoração de maiores qualificações académicas, profissionais (*alínea 3) do n.º 2 do artigo 38.º*) não afecta muito a discricionariedade.

Já a alínea 9) do n.º 2 do artigo 38.º é mais impactante, porque obriga o Chefe do Executivo a considerar, no processo decisório de uma autorização de residência, todos os factores, todas as diversas circunstâncias, previstas nos artigos 23.º e 24.º, susceptíveis de ser usados pelas autoridades para fundamentar uma eventual recusa de entrada.

Assim, por exemplo, o Chefe do Executivo tanto pode / deve ponderar o facto de a pessoa requerente ser suspeita de conotações ao crime transnacional, incluindo terrorismo internacional (*alínea 3) do n.º 1 do artigo 23.º*)¹³, como a circunstância de a pessoa requerente, de facto ou previsivelmente, não possuir meios de subsistência adequados ao nível de vida na RAEM (*alínea 4) do artigo 24.º*).

*

Ainda quanto ao n.º 2 do artigo 38.º, deve destacar-se que a substituição da expressão “antecedentes criminais” pela expressão “*quaisquer decisões, visando o requerente, proferidas em processos criminais*” (*alínea 8) do n.º 2 do artigo 38.º*) é muito significativa.

Quanto a esta questão, e concretamente quanto ao tempo durante o qual serão relevantes os antecedentes criminais, deve referir-se que não haverá razão para afastar a jurisprudência dos Tribunais Superiores de Macau, no domínio da Lei n.º 4/2003: “Para a lei não é particularmente relevante o tempo decorrido desde a prática de crimes e as condenações. Na óptica do legislador, as condenações criminais anteriores, bem como os fortes indícios de terem praticado ou de se prepararem para a prática de quaisquer crimes susceptíveis de ser motivo de recusa da entrada dos não residentes na RAEM (art.º 4.º, n.º 2, al. d) da Lei n.º 4/2003:), constituem sempre motivo de alarme para a ordem e segurança públicas da Região. Em princípio, os interesses públicos de tranquilidade prevalecem sobre os interesses individuais de interessados de entrar e residir na Região. Ou seja, *os antecedentes criminais, seja qual for o período já decorrido depois da condenação, são sempre o factor a considerar na apreciação do pedido de autorização de residência.*” (cfr. Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 19 de Janeiro de 2014, Processo n.º 827/2012, relator João Gil de Oliveira).

13 Ou seja, a pessoa em causa pode não ter sido condenada em nenhuma jurisdição por esse crime. Sem embargo, também aqui se deverão aplicar as exigências de existência, actualidade e pertinência quanto a essas suspeitas de conotação (*vide adiante, no ponto 2.1.1., as considerações tecidas sobre o acesso a dados confidenciais nos processos administrativos, previsto no artigo 4.º*).

Por outro lado, os antecedentes criminais eram um dos aspectos de apreciação obrigatória pelo Chefe do Executivo, sendo que, não obstante a existência desses antecedentes, ele podia decidir atribuir ou não atribuir a residência. Era seu poder discricionário. Tudo dependia da apreciação casuística, avaliando-se o grau de gravidade e a natureza do crime em causa, o número de crimes, há quanto tempo o crime ou crimes foram cometidos, se implicou realmente privação de liberdade ou se a condenação foi em pena de prisão suspensa, se a conduta em causa, no caso de condenação no exterior, configurava igualmente crime à luz da lei da RAEM, etc..

Ora, quanto a esta vertente, a autoridade migratória vinha adoptando um entendimento segundo o qual a noção e alcance do conceito jurídico comum, normal (*não o conceito vulgar*), de “antecedentes criminais” era o expressamente consignado na lei, especificamente no Decreto-Lei n.º 27/96/M, de 3 de Junho.

Com efeito, segundo o artigo 1.º do aludido Decreto-Lei, “*a identificação criminal tem por objecto a recolha, tratamento e conservação ordenada dos extractos das decisões criminais proferidas por tribunais que pertençam à organização judiciária de Macau contra todos os individuos neles acusados, com o fim de permitir o conhecimento dos seus antecedentes criminais.*” E, da conjugação dos artigos 2.º e 3.º do mesmo Decreto-Lei n.º 27/96/M, parecia claramente de inferir que antecedentes criminais seriam todas as seguintes decisões criminais proferidas sobre uma determinada pessoa, sujeitas a *registo criminal* ¹⁴. Se o legislador, na alínea 1) do n.º 2 do artigo 9.º, da Lei n.º 4/2003, tivesse querido referir antecedentes criminais no sentido de “condenações criminais (transitadas em julgado)” poderia tê-lo claramente feito referindo, como faz no artigo 4º, n.º 2, da mesma Lei n.º 4/2003, quando determina que “pode ser recusada a entrada dos não-residentes na RAEM em virtude de (...) terem sido *condenados* em pena privativa de liberdade, na RAEM ou no exterior.”

Todavia, os tribunais entendiam diferentemente, vendo na expressão “antecedentes criminais” a exigência de *condenações* criminais. Esta era uma interpretação restritiva, incompatível com o contexto da decisão sobre o acolhimento, ou não, de um novo membro na comunidade, em que é de exigir que não existam dúvidas de que se trata de pessoa honesta.

Esta querela é agora resolvida pela Lei n.º 16/2021.

*

14 Incluindo, como se refere expressamente no artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 27/96/M, os despachos de pronúncia ou decisões equivalentes, as decisões que revoguem os despachos de pronúncia ou decisões equivalentes e as decisões absolutórias, nos casos em que tenha havido despacho de pronúncia ou decisão equivalente.

Um outro aspecto gerador de litigiosidade, nos planos administrativo e judicial, no domínio da lei anterior, referia-se a pedidos de autorização de residência formulados por progenitores não residentes que invocavam pretender reunir-se com os seus filhos que são residentes permanentes.

A autoridade migratória seguia uma orientação constante e reiterada segundo a qual são de aprovar, por regra, os pedidos de fixação de residência para que os filhos menores possam reunir-se com os pais que possuem o estatuto de residentes permanentes, mas não são de aprovar os casos contrários (*isto é, os pedidos de fixação de residência para que os pais não residentes permanentes possam juntar-se a filho menor, residente permanente*), a não ser em casos excepcionais, devidamente fundamentados, designadamente por motivos humanitários.

O racional subjacente a este entendimento da autoridade migratória assenta, em primeiro lugar, no facto de que os menores não têm vontade juridicamente autónoma, dependem dos pais para sobreviver; por isso, a Administração deve autorizar o pedido de reunião familiar de menor não residente ao seu pai e/ou mãe residente da RAEM. Nestes casos, a junção dos menores aos seus pais representa, até, uma consequência lógica e necessária, pois a lei civil de Macau reconhece e impõe aos pais o poder-dever de cuidar dos seus filhos e este poder-dever, para ser normal e plenamente exercido implica, em regra, a proximidade física do menor.

Todavia, quanto à situação contrária, não tem sentido lógico dizer que os pais se reúnem aos filhos menores, porque, salvo nas excepções que resultem de determinação judicial, os filhos menores só estão onde os pais determinarem que eles estejam. Na verdade, os pais não residentes têm toda a autonomia jurídica para viverem onde bem lhes aprouver, ou seja, em Macau ou em qualquer outro sítio do exterior que mais convenha aos seus interesses pessoais. E, assim, salvo casos excepcionais, os filhos menores, ainda que titulares de Bilhete de Identidade de residente da RAEM, devem segui-los.

Por outro lado, a lei da RAEM não reconhece que as pessoas não residentes que sejam progenitores de um menor residente de Macau tenham necessariamente o direito, também eles, à residência na Região. Aliás, o legislador é muito cuidadoso na forma como estabelece o regime legal da concessão de residência, pois sabe que a atribuição desse estatuto é susceptível de, nomeadamente, gerar encargos públicos, interferir na gestão social quotidiana e gerar pressão sobre o sistema de prestações públicas. E, assim, a questão reconduz-se, uma vez mais ao poder discricionário das autoridades administrativas¹⁵.

15 Como se pode ler no Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 29 de Setembro de 2016, Processo 858/2015, “*A leitura da doutrina autorizada permite-nos encontrar a regra sem excepção, no sentido de que qualquer ordenamento jurídico, soberano ou autónomo, reconhece que é discricionário o poder de decidir – deferir ou recusar – pedido de nacionalização ou de autorização de residência, e que a carência de cuidar familiares tenros, idosos ou doentes, só por si, não conduz vinculativa e*

Ora, relativamente a este aspecto controvertido, a Lei n.º 16/2021 nada inova.

1.1.4. Medidas securitárias: recusa de entrada, revogação de autorização de permanência ou residência, interdição de entrada, detenção e expulsão

1.1.4.1. Considerações gerais. Figuras próximas

Quanto à matéria da tipologia de medidas securitárias, a Lei n.º 16/2021 consagra igualmente uma orientação de continuidade global, pois mantêm-se as 5 figuras de medidas securitárias existentes, a saber, recusa de entrada, revogação de autorização de permanência ou de residência, interdição de entrada, detenção e expulsão.

Não obstante esta orientação de continuidade global, também no domínio das medidas securitárias são introduzidos ajustamentos e inovações, designadamente por via das melhorias jurídicas a propósito da interdição de entrada, do mecanismo da retenção de passaporte e da figura dos impedimentos de entrada por 3 meses, automaticamente, *ope legis*, após a revogação da autorização de permanência.

Tal como já se verificava na lei anterior, as medidas de detenção e de interdição de entrada têm sempre carácter securitário, mas as de revogação de autorização de permanência ou residência nem sempre terão esse carácter¹⁶. Na verdade, o carácter securitário está necessariamente ligado à prevenção de perigo para interesses públicos e isso não se verifica, necessariamente, quando ocorrem revogações ao abrigo da sublínea (4) da alínea 1) e da alínea 3) do n.º 2 do artigo 35.º ou da alínea 3) do n.º 2 do artigo 43.º. Nestes casos específicos, o que justifica a revogação, a maioria das vezes, é o decaimento de pressupostos fundamentais que estiveram na base da autorização.

Aliás, a este propósito, convém distinguir as medidas securitárias (migratórias) de outras figuras próximas.

Assim, a ordem de abandono não é medida securitária, em si, mas mero complemento ou consequência da situação de imigração ilegal em que a pessoa tenha incorrido ou da aplicação de medida securitária.

Por outro lado, a Lei n.º 16/2021 prevê várias situações de impedimentos,

necessariamente à concessão da nacionalidade ou da autorização de residência.”.

16 Jurisprudencialmente, não existem hesitações quanto ao carácter securitário da medida de revogação de autorização de residência, em geral: vide, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 6 de Dezembro de 2018, Processo nº 193/2018, Relator Cândido de Pinho: “A desistência de queixa num processo penal não apaga os factos, não elimina a realidade, nem extingue os indícios que sugiram a prática de algum ilícito. Por isso, o arquivamento do processo penal com aquele fundamento não conduz necessariamente ao arquivamento do procedimento administrativo em que esteja em causa a aplicação de alguma medida securitária, como é, designadamente, a revogação de autorização de residência na RAEM.”.

no n.º 4 do artigo 31.º, na alínea 2) do n.º 2 do artigo 45.º, na alínea 3) do artigo 48.º, na n.º 2 do artigo 49.º e na alínea 2) do n.º 1 do artigo 58.º.

Esses impedimentos representam imposições ablatórias com objectivos dissuasores em substituição ou em complemento das multas aplicáveis ou simplesmente por razões de racionalidade administrativa (*alínea 2) do n.º 2 do artigo 45.º*) e operacional (*alínea 3) do artigo 48.º*). Eles não têm em vista, como as medidas securitárias, a prevenção de perigo para interesses públicos; visam alcançar outros objectivos.

Nessa medida, as epígrafes dos artigos 12.º (*Perdão e redução de sanções, impedimentos ou medidas*) e 58.º (*Interdição e impedimento*) estão coerentes; ao contrário, a epígrafe “Medidas securitárias”, do artigo 48.º, não é correcta, e tem de ser entendida como “Medidas securitárias e impedimento”.

Por outro lado, para um não jurista, pode haver confusão entre “medidas de segurança” e “medidas securitárias”. As medidas de segurança, em sentido rigoroso, técnico-jurídico, são as previstas nos artigos 83.º e seguintes do Código Penal e que respeitam a pessoas que são inimputáveis, mas que são perigosas pois cometeram actos qualificáveis como crimes; essas medidas implicam a privação da respectiva liberdade, em Macau. As medidas securitárias não têm esta finalidade de privação da liberdade, em si; a detenção, quando absolutamente necessária, não tem lugar em estabelecimentos especiais (*cura, tratamento ou segurança*) e visa apenas assegurar a expulsão (*a pessoa ficará livre, no exterior*).

*

Finalmente, deve ter-se em boa atenção que a expulsão, enquanto medida securitária aplicada nos termos da Lei n.º 16/2021, nada tem a ver com a expulsão judicial, isto é, aquela que pode ser aplicada pelos tribunais em conexão com a punição de determinados crimes, a título de pena acessória.

Assim, por exemplo, segundo a alínea 3) do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 2/2009 (Lei relativa à defesa da segurança do Estado), conforme alterada pela Lei n.º 8/2023 e republicada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 79/2023, “*A quem for condenado por qualquer dos crimes previstos no presente capítulo, atenta a gravidade do facto e a idoneidade cívica do agente, podem ser aplicadas as seguintes penas acessórias: (...) 3) Expulsão ou proibição de entrar na RAEM por um período de 5 a 15 anos, quando não residente*”; e, segundo a subalínea (7) da alínea 1) do n.º 1 do artigo 21.º da Lei n.º 17/2009 (Proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas) “*Em caso de condenação por crimes previstos na presente lei, o tribunal pode, atenta a gravidade do facto e a sua projecção na idoneidade cívica do agente, aplicar as seguintes penas acessórias: 1) Nos crimes previstos nos artigos 7.º a 9.º, (7)*

Expulsão ou proibição de entrada na RAEM, quando não residente, por um período de 5 a 10 anos.”

A expulsão judicial / interdição judicial de entrada, enquanto pena acessória, é da competência dos tribunais. Ao tribunal é conferido o poder de avaliar a personalidade do agente e todos os demais aspectos que a lei manda avaliar ¹⁷, e, se assim considerar justificado, aplicar-lhe essas penas acessórias.

Mas a expulsão securitária não é da competência dos tribunais, pois não lhes cabe avaliar se determinado indivíduo não residente representa um perigo para a segurança ou ordem públicas da RAEM: a expulsão securitária é uma medida de natureza policial-securitária, de competência executiva, exercida pelos órgãos e entidades próprios da Administração, cabendo aos Tribunais avaliar se, em cada caso de exercício e concretização dessa competência, a Administração respeitou a lei ¹⁸.

Naturalmente, por óbvias razões de harmonia do sistema jurídico, se o tribunal aplicar a um não residente a pena acessória de expulsão e proibição de entrada, parece que, em regra, já não se justificará a aplicação de medida securitária de idênticas consequências práticas, por parte da autoridade migratória. No entanto, podemos conceber situações da vida real em que possa haver pena principal de prisão e posterior expulsão judicial de uma pessoa condenada por participar em associação criminosa, por exemplo, mas sem aplicação de proibição de entrada; neste caso, parece que a autoridade administrativa poderá aplicar, complementarmente, a medida securitária de interdição de entrada.

1.1.4.2. Interdição de entrada

Quanto à medida de interdição de entrada, ela é aplicável em dois grandes tipos de circunstâncias:

- situações de imigração ilegal e de outras condutas especialmente censuráveis (trabalho ilegal);
- situações de perigosidade.

Existem 3 tipos de medidas de interdição de entrada:

¹⁷ Cfr., em especial, os artigos 64.º e 65.º do Código Penal.

¹⁸ Vide, por todos, o Acórdão 775/2018, do TSI, votado por unanimidade. Como a entidade recorrida aí expressivamente argumentou “(...) *uma coisa não tem a ver com a outra: as sanções penais constituem reacções públicas aos crimes em si; a revogação de autorização de permanência, no entanto, não representa uma consequência directa da prática do crime pelo qual o Recorrente foi condenado: representa, isso sim, uma medida policial de prevenção tomada em consequência da análise de personalidade e situação pessoal de um não-residente da RAEM, que se encontra na Região ao abrigo de um estatuto precário.*”.

- a medida puramente preventiva: artigo 26.º, destinada a evitar previsíveis e sucessivos actos de recusa de entrada;
- a medida de interdição de entrada não automática, subsequente à revogação de autorização de permanência (*n.º 1 do artigo 36.º*) ou, em certos casos, da extinção da autorização de residência (*n.º 3 do artigo 44.º*) e, em geral, a quem é encontrado em situação de imigração ilegal (*alínea 3) do artigo 48.º*);
- a medida de interdição de entrada, de aplicação automática, a quem é encontrado em situação de imigração ilegal por excesso de permanência (*alínea 3) do artigo 48.º e alínea 1) do n.º 1 do artigo 58.º*).

A interdição de entrada, portanto, não é de aplicação automática, na generalidade dos casos, como decorre do uso da expressão “pode” no n.º 1 do artigo 26.º, no artigo 36.º e no n.º 4 do artigo 43.º. Por isso, em teoria, poderá acontecer, por exemplo, que exista expulsão sem interdição de entrada.

As regras deste artigo sobre um princípio geral de proporcionalidade e sobre o modo uniformizador de iniciar a contagem do prazo de interdição são comuns às diversas figuras; por isso estão colocados na parte geral da Lei n.º 16/2021.

*

Durante o período de vigência das medidas de interdição de entrada, a entrada não será permitida, qualquer que seja a finalidade invocada, a não ser em casos excepcionais: por exemplo, quando seja concedida ao visado uma autorização excepcional ao abrigo do artigo 11.º ou para cumprir uma obrigação judicial.

Em regra, depois da data de termo da interdição de entrada, a pessoa pode entrar como turista, se não tiverem ocorrido, entretanto, ou chegado ao conhecimento da autoridade migratória, factos susceptíveis de inviabilizar essa entrada.

Quanto às dúvidas que frequentemente se levantavam, em termos práticos, sobre a contagem dos períodos de interdição de entrada, ficam resolvidas por via do n.º 2 do artigo 8.º.

*

Relativamente à medida de interdição de entrada, como em relação à medida de recusa de entrada, aliás, é frequentemente alegado que, quando aplicada ao abrigo da alínea 2) do n.º 2 do artigo 23.º, conjugada com os artigos 26.º ou 35.º e 36.º (*ou seja, nos casos em que a autoridade migratória acredita ter sérias razões para crer que os visados praticaram actos tipificados como crimes*) existirá uma violação do princípio da presunção de inocência.

Ora, é certo que, no âmbito do direito penal, a conduta criminosa, de grande desvalor ético intrínseco e contrária aos valores fundamentais da sociedade que é indiciariamente imputada a uma determinada pessoas, é necessariamente apreciada no âmbito de todo um procedimento complexo – o *processo penal* - tendo em vista a confirmação, ou não, em julgamento, através de sentença, se essa conduta realmente se verificou e em que medida e em que termos é que deve ser criminalmente sancionada. Até ao trânsito em julgado de tal sentença, o arguido tem direito à protecção que decorre do princípio da presunção de inocência.

Todavia, quando se trata da aplicação de medidas securitárias, não estamos no âmbito de um processo penal. Apesar de, frequentemente, e no essencial, estarem em causa os mesmos factos, estamos no âmbito de procedimento administrativo conducente à aplicação das medidas securitárias previstas na lei migratória; não está em causa a atribuição de responsabilidade penal à pessoa visada.

No conjunto dos normativos que regulam a entrada e permanência de não-residentes, está subjacente o interesse da tranquilidade securitária da RAEM e dos seus residentes, não são os interesses fundamentais de que cuida o direito criminal.

E a lei estabelece que, para que o interesse da tranquilidade securitária da RAEM possa estar em perigo por determinado não-residente, basta que existam razões sérias de que esse não-residente cometeu um crime. Aliás, se não fosse assim, não faria qualquer sentido lógico a própria existência das duas alíneas no n.º 2 do artigo 23.º, uma delas pressupondo a condenação judicial e a outra não ¹⁹ ²⁰.

19 Segundo uma lógica que já constava do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003 e sobre o qual o Tribunal de Segunda Instância (cfr. Acórdão de 26 de Julho 2018, Processo n.º 484/2017) já tinha claramente considerado que “ (...) o recorrente verbera o juízo administrativo sobre a atribuída prática de crimes, escudando-se na inexistência de acusação e julgamento penal. Mas este argumento afigura-se-nos irrelevante. A ponderação, por parte da Administração, no exercício da sua actividade, de realidades e conceitos ligados ao cometimento de crimes, como sejam a prática ou a preparação de crimes, a existência de indícios ou de fortes indícios, é uma tarefa que o legislador, no âmbito do seu poder de conformação, comete à Administração, porque indispensável à actividade administrativa na prossecução do interesse público. *O facto de realidades e conceitos atinentes à prática de crimes merecerem, por via de regra, tratamento em sede judicial, não impede que a Administração, adentro das suas competências, possa lidar com os mesmos conceitos e realidades. Se assim não fosse, ficaria a Administração condicionada por um necessário julgamento penal, que nem sempre tem lugar - basta atentar nos crimes particulares e semi-públicos, cuja prossecução está dependente de iniciativas reservadas para os ofendidos - e, por vezes, conhece dilações manifestamente incompatíveis com uma defesa célere do interesse público em matéria administrativa. O que interessa é que o juízo administrativo sobre a existência de crime ou de indícios não assente em erro.*”

20 No mesmo sentido, no sumário do Acórdão de 29 de Outubro de 2015 (Processo n.º 94/2015) consta que “II. A constatação da existência de fortes indícios de o recorrente ter praticado crime insere-se nos poderes discricionários da Administração, não sindicável pelos tribunais, salvo havendo erro grosseiro e manifesto. III. *Não se torna necessário que os factos demonstrem*

A verificação / confirmação da existência dessas razões sérias, nos termos da Lei n.º 16/2021, é cometida ao Chefe do Executivo, a autoridade administrativa máxima da RAEM, com possibilidade de delegação, que pode aplicar ao não-residente visado uma medida de revogação da autorização de permanência e uma medida de interdição de entrada, por um determinado período de tempo.

A medida de interdição de entrada consiste, portanto, numa medida que tem consequência desfavorável para a pessoa visada, pois que se traduz na privação, através de acto de autoridade pública, do seu acesso e circulação na RAEM. Todavia, sendo embora um acto desfavorável, não é um acto punitivo porque não visa a aplicação de uma sanção (de uma multa, de privação de liberdade, etc.), nem é, obviamente, um acto judicial, proferido em sede de processo penal; é, tão somente um acto administrativo desfavorável, sem natureza punitiva ²¹.

Ou seja, nestes casos de aplicação de medidas securitárias, os visados não são condenados, não são punidos. O que sucede é que lhes é imposta uma limitação, de natureza meramente preventiva, de entrar na RAEM, o que poderá, eventualmente, representar uma inconveniência para eles, mas apenas isso. Deixa intocado o seu estatuto jurídico, e, designadamente, a sua liberdade.

*

Ainda neste domínio, é frequente ver alegado que as condenações susceptíveis de relevar para efeitos de recusa de entrada ou revogação de autorização permanência, bem como as subsequentes medidas de interdição de entrada, não podem ser condenações em crimes “menores”, como, por exemplo, os crimes previstos na lei rodoviária, nem as situações em que o tribunal tenha decidido condenar, mas aplicando pena suspensa e ou pena de multa. Ora, obviamente, onde a lei não distingue, não deve o intérprete e o aplicador distinguir, pelo que este argumento tem sido sistematicamente repudiado, quer no âmbito administrativo, quer no âmbito judicial.

Na verdade, a “localização” de um determinado tipo penal no Código Penal, ou fora dele, é frequentemente uma questão tão somente de legística, de oportunidade legislativa, etc., e não tem a ver com a censurabilidade / danosidade

inequivocamente o cometimento de um crime definitivamente julgado, bastando a existência dos referidos indícios para que a norma do artigo 4º, n.º 2, alínea 3), da Lei nº 4/2003 se possa aplicar, “ex vi” artigo 12.º, n.º 3, da Lei n.º 6/2004.”.

No futuro, esta avaliação jurisprudencial manter-se-á válida, actualizando-se as referências legais e ao conceito de “razões sérias”, em vez de “fortes indícios”.

21 Similar, nessa medida, a muitos outros actos administrativos, que acarretam consequências desfavoráveis para o particular, mas que não têm natureza punitiva: rejeição liminar de requerimento; revogação de licença; recusa de autorização, etc...

social de determinada conduta tipificada como crime; logo, essa questão não releva em sede de apreciação da aplicação de medidas securitárias.

Por outro lado, quanto à questão da não condenação em pena de prisão efectiva, veja-se, a título de melhor exemplo, as considerações tiradas pelo Tribunal de Última Instância (*Acórdão de 21 de Outubro de 2020, Processo n.º 84/2020, Relator Dias Azedo*) na parte em que concede que “... não se ignora que se possa considerar que a “pena” (de multa) aplicada possa significar que a conduta do recorrente, embora com relevância criminal, tenha, quer do ponto de vista da “acção” quer do ponto de vista do “resultado”, um desvalor “baixo”...”, para depois esclarecer que isso não pode servir de fundamento para se sindicar a decisão administrativa pois “... são diferentes as finalidades que presidem ao julgamento penal e à intervenção administrativa, avultando ali razões de protecção do bem jurídico realização da justiça e de ressocialização do agente, e aqui motivos de índole preventiva e securitária aliados à defesa da ordem e da segurança públicas...”.

*

Por último, quando à exigência legal que que a interdição de entrada ordenada pelos motivos previstos no n.º 2 do artigo 23.º deve fundar-se na existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas da RAEM, o sentido e alcance dessa norma mantém-se como no domínio da lei anterior (*cf. n.º 3 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004*). Mantém-se plenamente actual, portanto, a jurisprudência do Tribunal de Última Instância, quanto a esta questão – *cf. o Acórdão de 19 de Novembro de 2014 (Processo n.º 28/2014)*, cujo sumário refere “(...) 4. Quanto à “existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas”, exigida no n.º 3 do art.º 12.º da Lei n.º 6/2004 como fundamento para interdição de entrada, afigura-se-nos que a sua avaliação cabe no âmbito do poder discricionário da Administração, insindicável pelo tribunal. 5. É conferida à Administração uma margem de livre apreciação sobre se, perante a situação concreta, deve formular um juízo de prognose positivo quanto à existência de perigo efectivo para a segurança ou ordem públicas.”.

*

A medida de interdição de entrada aplicada por consequência da revogação de autorização de permanência (*n.º 1 do artigo 36º*) não é inovadora, na medida em que isso já estava previsto na lei anterior (*cf. a alínea 2) do n.º 2 do artigo 12.º, conjugado com o n.º 1 do artigo 11.º, ambos da Lei n.º 6/2004*).

Ora, em relação a estas previsões legais, levantava-se frequentemente

a questão de saber se, no caso de o visado não ter contestado a revogação de autorização de permanência, o acto primário, poderia, ainda assim, impugnar o acto consequente, o acto de interdição de entrada, depois de notificado do mesmo.

Conforme jurisprudência que nos parece bem fundamentada²², foi entendimento do Tribunal de Segunda Instância “ (...) *que, apesar de se haver firmado na ordem jurídica o acto de revogação da autorização de permanência, nada impede que, no presente recurso contencioso, o recorrente possa vir sindicá-la a correcção dos pressupostos daquele acto, na medida em que eles acabam por ser causais da interdição agora em escrutínio. Se assim não fosse, o recorrente, por não haver atacado a revogação da autorização de permanência, ficaria despido de tutela jurisdicional efectiva quanto ao acto de interdição, que é um acto novo e diverso, o qual, embora surja em decorrência daquela revogação, não constitui um seu efeito necessário.*”.

1.1.4.3. Recusa de entrada

No desenho do novo regime legal, prosseguiram-se objectivos de clarificação dos fundamentos e bases legais de actuação da autoridade migratória. Assim, quanto às regras relativas à recusa de entrada, o assunto passa a ser regulado apenas no novo regime jurídico, tendo sido revogado o artigo 33.º da Lei 6/97/M, de 30 de Julho (Lei da criminalidade organizada).

Além disso, é agora feita a afirmação expressa de dois princípios essenciais nesta matéria: o princípio de existência de pessoas não admissíveis, que, aliás, é um conceito já existente, no artigo 17.º da Lei n.º 9/2002 (*Lei de Bases da Segurança Interna da Região Administrativa Especial de Macau*); e o princípio de possibilidade de recusa de entrada na RAEM, em geral, a pessoas que constituam perigo para a ordem ou segurança públicas.

O artigo 23.º, por razões de transparência, “pedagogia” jurídica e homenagem ao princípio da legalidade, define a enumeração (*não taxativa, é certo, mas delimitativa*) dos fundamentos de recusa de entrada. Por outro lado, afirma uma lógica, reflectida nos artigos 35.º e 43.º, segundo a qual existem dois tipos de situações: aquelas em que a recusa de entrada é obrigatória (n.º 1); e aquelas em que a recusa de entrada depende de avaliação do caso concreto pela autoridade migratória (n.º 2).

As pessoas consideradas não admissíveis são aquelas pessoas não residentes relativamente às quais a autoridade migratória dispõe do dever / poder de recusar a entrada na RAEM.

Este dever / poder está condicionado:

22 Acórdão de 26 de Julho de 2018, do Tribunal de Segunda Instância (Processo n.º 484/2017).

- em primeiro lugar, a situação de não admissibilidade tem que ter fundamento na lei;
- em segundo lugar, o acto administrativo de recusa tem de ser fundamentado, mediante os devidos fundamentos de facto e de direito;
- em terceiro, o acto administrativo está sujeito a controlo jurisdicional, podendo os tribunais anulá-lo, se considerarem que não respeitam a legalidade.

De entre os casos em que a recusa é obrigatória está um que levantou dúvidas aquando da discussão pública: o da alínea 4) do n.º 1 do artigo 23.º, relativo à ameaça para a segurança interna²³. Como foi oportunamente esclarecido pelo Governo, merecendo subsequente concordância da Assembleia Legislativa, *“A ameaça à segurança interna” engloba diversas actuações susceptíveis de fazerem perigar a estabilidade e bem-estar da sociedade, por isso, não é possível fazer uma enumeração na lei. Em todos os países do mundo, existem normas semelhantes em matéria de migração, a fim de garantir a segurança e a estabilidade da sociedade. Na prática, sobre cada caso concreto, a decisão do Corpo de Polícia de Segurança Pública baseia-se na análise das referidas informações e dos factos objectivos, observando rigorosamente as disposições da lei. O abuso de poder é evitado nos termos da lei, em geral, quer através das leis criminais, quer através da tutela jurisdicional, e ainda, através de outros variados mecanismos de fiscalização.”*

Comparativamente com Portugal, este motivo de recusa de entrada está também previsto, de modo compatível com as diversas Directivas comunitárias relevantes. O artigo 32.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (*Regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*), permite às autoridades recusar a entrada a cidadão estrangeiro que constitua perigo ou grave ameaça para determinados interesses fundamentais da sociedade. Segundo a alínea d) do n.º 1 desse preceito, *“A entrada em território português é recusada aos cidadãos estrangeiros que: d) Constitua perigo ou grave ameaça para a ordem pública, a segurança nacional, a saúde pública ou para as relações internacionais de Estados membros da União Europeia, bem como de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação.”*

*

23 Esta previsão não se confunde com alínea 4) do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 9/2002, porque esta norma da Lei n.º 9/2002 respeita a operações materiais de polícia e, como é sabido, as operações materiais de polícia não carecem de ser precedidas de acto administrativo formal.

Quanto ao fundamento da alínea 2) do n.º 2 do artigo 23.º, foi questionado se, para este efeito, deveria ter-se em conta qualquer pena ou medida de segurança privativa da liberdade, sem ter em conta uma pena mínima ou um prazo de prescrição. A resposta foi no sentido de que se manteria a solução legal e prática anteriores: o que releva é que se trate de uma violação de normas fundamentais das sociedades, corporizadas, em regra, em leis criminais.

Eventualmente, tratando-se de crime de menor gravidade (*isto é, punível com pena de prisão de menos de 3 anos*), ele poderá deixar de ser relevante mais rapidamente, com o decurso do tempo, após a sua prática, mas a intenção legislativa foi a de manter suficiente margem de discricionariedade de decisão à autoridade administrativa.

*

O n.º 3 do artigo 23.º preconiza que, quando um magistrado do Ministério Público profere acusação pública contra alguém, deve presumir-se existir uma razão séria para crer que esse alguém cometeu o crime em causa. Esta solução é meramente “utilitária”²⁴, na medida em que visa tornar mais expedita a actuação da autoridade de migração, facilitando o trabalho de fundamentação, nos casos de acusação crime pela autoridade judiciária, podendo a autoridade migratória remeter pura e simplesmente para os termos do despacho acusatório. Trata-se de uma presunção (*de existência de razão séria*), que o visado pode, se quiser, procurar ilidir.

*

No artigo 24.º, são sistematizados os motivos de recusa de entrada, num total de 13 alíneas, que não estão relacionados com a perigosidade da pessoa em causa.

As primeiras 4 alíneas deste preceito têm correspondência directa com a lei anterior (*alíneas 1) e 4) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 4/2003*).

De entre estas merece destaque a clarificação introduzida quanto aos meios de subsistência, definidos, nos termo da alínea 6) do artigo 2.º, como os “*recursos que sejam suficientes para satisfazer, de forma contínua, as necessidades essenciais do não residente e, quando seja o caso, dos membros do seu agregado*”

24 Em bom rigor, não configura uma verdadeira inovação, pois a lei anterior já previa que podia ser recusada a entrada de não-residente na RAEM em relação ao qual existissem fortes indícios de ter praticado ou de se preparar para a prática de quaisquer crimes; e quando o Ministério Público profere acusação pública, deve presumir-se (*não inilidivelmente, claro*) que se fundamenta, bem, na existência de fortes indícios.

familiar, designadamente para alimentação, alojamento e cuidados de saúde e higiene.”.

A regulamentação operada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 167/2021 trouxe muito maior objectividade e clareza nesta matéria. Em termos gerais, pode dizer-se que a verificação dos meios de subsistência é fácil de fazer, quando seja exigida pela autoridade migratória, pois, nos termos do citado Despacho presume-se que dispõem de adequados recursos os interessados que comprovem a posse de numerário, instrumentos negociáveis ao portador, no montante de 5 000 patacas, até 7 dias de permanência; de 10 000 patacas, acima de 7 e até 14 dias de permanência; de 15 000 patacas, acima de 14 e até 21 dias de permanência; e, finalmente, de 20 000 patacas, acima de 21 dias de permanência.

Uma outra regra que facilita a verificação é a que consta da alínea 1) do n.º 6 do mesmo Despacho n.º 167/2021, segundo a qual a autoridade migratória (*neste caso, especificamente, o Corpo de Polícia de Segurança Pública – CPSP*) pode dispensar ou reduzir os montantes acima referidos quando o interessado demonstre ser titular de cartão de crédito emitido por instituição financeira autorizada, da RAEM ou do exterior ²⁵.

Quanto às demais alíneas do artigo 24.º, e como já assinalámos noutros exemplos, não se tratam de verdadeiras inovações, no sentido material, pois, na ausência destas disposições seria possível, ainda que de forma mais trabalhosa, mais rebuscada, conseguir a mesma solução jurídica. Mas o objectivo é duplo:

conseguir objectos de melhoria jurídica e clarificação, por forma a tornar mais fácil a compreensão da lei por aplicadores da mesma e seus destinatários;

permitir à autoridade migratória meios legais mais simples e expeditos de utilizar para fundamentar a sua actuação.

*

Durante a permanência no posto de migração, o não residente a quem seja recusada a entrada beneficia de direito expressamente consignados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 25.º, o qual corresponde materialmente ao artigo 5.º da Lei n.º 4/2003.

Caso tenham necessidade, essas pessoas podem pedir a assistência de intérprete. Os trabalhadores públicos, nos postos de migração, têm demonstrado capacidade para prestar apoio na interpretação em língua inglesa, com o

25 O Despacho referido *não especifica* se a autoridade migratória, para além da confirmação da autenticidade, da titularidade e da validade (prazo) do cartão pode exigir a confirmação do respectivo saldo disponível. Atenta a finalidade, a *ratio* legal, parece que a autoridade migratória tem legitimidade para, se assim o entender, dependendo das circunstâncias do caso concreto, exigir a confirmação da existência de saldo disponível, ainda que não necessariamente coincidentes com os escalões de montantes fixados para o numerário ou equivalente.

consentimento dos interessados. No entanto, se a pessoa em causa solicitar a prestação da tradução por um terceiro, bem como nos casos em que a pessoa não fale a língua inglesa, os serviços de migração convidam intérpretes que constam numa lista própria, fornecida pelo Gabinete do Secretário para a Segurança, a prestar o apoio solicitado. Sendo necessário, é também possível à pessoa em causa obter o apoio por parte de pessoal consular dos respectivos países.

A mesma liberdade se aplica relativamente ao apoio jurídico. Os interessados podem solicitar o apoio de advogado, ou do seu conhecimento, ou com base numa lista de advogados disponíveis para o efeito, fornecida pela Associação dos Advogados de Macau.

1.1.5. A opção pela não criminalização da imigração ilegal, em si

Ao contrário de muitas outras jurisdições, na Ásia e no mundo, incluindo a China Interior, a RAEM optou por manter a não criminalização da imigração ilegal, seguindo a sua longa tradição, e à semelhança, por exemplo, de Portugal, Angola, Cabo Verde, Moçambique e São Tomé e Príncipe ²⁶.

Isto significa que, se alguém, nomeadamente um migrante económico, entrar ilegalmente através de uma praia, por exemplo, não será criminalizado, mas “apenas” sujeito às medidas securitárias correspondentes à situação de imigração ilegal em que incorreu. Uma dessas medidas será a detenção inicial (máxima de 48 horas), seguida da retenção de passaporte ²⁷; posteriormente a expulsão, se necessária; e, por regra, a interdição de entrada.

Todavia, se essa mesma pessoa, após a primeira situação, tornar a entrar ilegalmente, através dos postos normais de entrada, dentro do prazo de interdição de entrada comete o crime de violação de medida de interdição de entrada (*n.º 1 do artigo 79.º*); se essa repetição ocorrer dentro do prazo de interdição de entrada, mas fora dos postos de migração (*ou através dos postos de migração, mas subtraindo-se ao controlo dos agentes da autoridade migratória*), a pessoa incorre no crime de entrada sem sujeição a controlo de migração (*artigo 80.º*). Em ambos os casos a pena de prisão é de 1 ano, mas, no caso de a conduta ser subsumível no artigo 80.º, a tentativa é punível.

26 Para uma recolha e visão global sobre esta matéria, no mundo, consultar o documento “Criminalization of Illegal Entry Around the World”, na página Homeland Security Digital Library: <https://www.hsdl.org/?view&did=829757>.

27 A não ser que se trate de pessoa que esteja em alguma das condições previstas nas 3 alíneas do n.º 1 do artigo 54.º (vide mais em detalhe, adiante, n.º 2.7.2.).

1.2. Aspectos relevantes de clarificação e de legitimação de práticas

1.2.1. Clarificação e melhorias jurídicas

A Lei n.º 16/2021 é abundante em exemplos de ajustamentos que têm por objectivo clarificação das soluções legais, ainda que não constituindo verdadeiras inovações.

Já anteriormente referimos o caso do artigo 24.º, no qual são sistematizados os motivos de recusa de entrada que não estão relacionados com a perigosidade da pessoa em causa.

Mas o artigo 20.º, que enuncia as condições padrão indispensáveis para se poder entrar na RAEM, também é um bom exemplo.

Deste artigo resulta claramente que, para poderem entrar legalmente na RAEM, todos os não residentes devem preencher, cumulativamente, 3 requisitos genéricos, sendo dois deles positivos (*ser titulares de passaporte, documento de viagem ou outro documento admitido para efeitos de controlo de migração e obter autorização de entrada*) e outro negativo (*inexistência de motivos para a correspondente recusa, de entre os previstos na lei, confirmada no momento da entrada efectiva na RAEM*).

Quando ao segundo requisito, a autorização em causa pode ser de dois tipos principais:

- emitida formalmente, com base em procedimento prévio, iniciado antes da chegada da pessoa interessada à RAEM; este procedimento prévio pode ser apresentado directamente à RAEM (*normal autorização prévia*) ou junto das Embaixadas/Consulados da RPC no estrangeiro (*procedimento de “visto”*), em ambos os casos mediante o preenchimento de formulários próprios;
- emitida à chegada, nos postos de migração, também formalmente ou, como sucede na esmagadora maioria dos casos, de forma tácita²⁸.

Adiante, vamos conferir específica atenção a aspectos de clarificação e melhoria jurídica que consideramos mais significativos.

É de sublinhar que estes aspectos de clarificação são importantes para todos os destinatários das normas, mas, em especial, para a autoridade migratória, porque, como é sabido, o princípio geral em matéria de actividade administrativa é o de que a Administração só pode agir em conformidade com o que está previsto na Lei, se estiver legitimada para isso, pela legislação vigente. Esta condicionante

28 Esta modalidade de autorização de entrada à chegada, nos postos de migração nem sempre é possível (vide, adiante, n.º 1.2.2.7.).

geral (*muito diferente dos particulares cidadãos que, em princípio, podem actuar conforme lhes aprouver, desde que a conduta não seja proibida ou restringida por lei*), confere decisiva importância à clarificação de situações controvertidas ou ambíguas.

1.2.1.1. As definições de “escala” e “trânsito”

Nas alíneas 3) e 4) do artigo 2.º, a Lei n.º 16/2021 corrige a inadequação do artigo 4.º do Regulamento Administrativo 5/2003, quanto às noções de “escala” e “trânsito”.

Os padrões internacionais distinguem entre:

- Escala: há entrada física, na jurisdição em causa, mas não entrada de migração; o viajante tem outro destino e não se mantém por mais de umas horas (*em regra, não mais de 24 horas*), para fazer o transbordo / ligação para outro meio de transporte para prosseguir viagem para o seu destino final, que não é Macau²⁹. Corresponde ao *air side transit*, na terminologia britânica;
- Trânsito, em sentido estrito: implica a passagem por um posto de controlo de migração, embora a jurisdição não seja o destino do viajante; o destino do não residente é outro país ou território, mas ele tem necessidade / conveniência em ficar por uns dias na jurisdição de trânsito (*em Macau, no caso*)³⁰. Corresponde ao *land side transit*, na terminologia britânica.

A definição legal de escala também implicava, necessariamente, definir o que são zonas de controlo de embarque e desembarque, o que foi feito (*alínea 2) do artigo 2.º*).

1.2.1.2. Ajustamentos decorrentes de normas legais posteriores a 2004

Alguns dos ajustamentos introduzidos pela Lei n.º 16/2021 relativamente ao direito anterior, resultam da necessidade de compatibilização com normas legais emitidas posteriormente a 2003/2004.

29 Assim, logicamente, alínea 6) do n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021 prevê expressamente a dispensa de visto e de autorização prévia de entrada relativamente a quem apenas passe em escala pela RAEM.

30 Segundo o n.º 3 do artigo 10.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021, os não residentes que entrem em trânsito podem permanecer na RAEM por um período de até sete dias.

Ora, a definição das águas territoriais da RAEM, pelo Decreto do Conselho de Estado da República Popular da China n.º 665 e Mapa da Divisão Administrativa da RAEM, ambos publicados no *Boletim Oficial da Região Administrativa Especial de Macau* pelo Aviso do Chefe do Executivo n.º 128/2015, implicou actualizar a noção de entrada e saída da RAEM (*alínea 1) do artigo 2.º*). Além disso, também é mencionada uma nova realidade: as áreas que, não integrando a RAEM, estão sob sua jurisdição, como acontece com o *campus* da Universidade de Macau, na Ilha de *Hengqin*.

Naturalmente, para quem entra na RAEM por via marítima ou aérea utilizando meios de transporte autorizados/controlados pelas autoridades públicas competentes, deve presumir-se que transpôs legalmente as linhas de demarcação: a questão da legalidade da sua entrada ou saída só se coloca no momento da passagem pelo posto de migração, se for o caso (*esta questão não é aplicável aos que passam na RAEM apenas em escala para outro destino*).

*

Um outro importante aspecto de clarificação jurídica teve lugar quanto à base de dados de migração. Na verdade, a Lei n.º 8/2005, que estabelece o regime geral em matéria de protecção dos dados pessoais, só entrou em vigor em 2006 (*cerca de 3 anos depois da Lei n.º 4/2003*).

A Lei n.º 16/2021 confere especial atenção a esta matéria, dedicando-lhe um capítulo em exclusivo (*capítulo VIII, compreendendo os artigos 63.º a 68.º*). Nela não é feita referência expressa nem à Lei n.º 8/2005, nem ao Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais³¹, por desnecessária³².

No novo regime legal, destacamos os seguintes aspectos, mais significativos:

- Consagração legal expressa da base de dados da autoridade de migração

31 O Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais, que foi criado pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 83/2007, funciona de forma autónoma, sob tutela do Chefe do Executivo. O GPDP é a autoridade pública a que se refere a Lei n.º 8/2005, exercendo as atribuições nela cometidas e responsabilizando-se pela fiscalização e coordenação do cumprimento e execução da referida lei, bem como pelo estabelecimento do regime de sigilo adequado e fiscalização da sua execução.

32 O mesmo se diga, aliás, quanto a uma disposição final específica sobre “direito subsidiário”. Na grande maioria dos casos, estas disposições são redundantes, quando apenas remetem para o Código de Procedimento Administrativo, para o Código Penal ou para outras leis gerais, em especial quando esses Códigos ou leis gerais já prevejam, elas próprias, que são de aplicação supletiva (*cf: o artigo 2.º do Código de Procedimento Administrativo e as numerosas referências que faz a “salvo disposição especial”, ou “salvo disposição em contrário”*). Assim, a Lei n.º 16/2021 define e estabelece diversos tipos penais, mas, obviamente, e bem, face ao artigo 8.º do Código Penal, não contém norma que preveja a aplicação subsidiária desse Código.

(artigo 63.º), das respectivas finalidades e de quem é responsável pelo tratamento dos dados pessoais (artigo 64.º), bem como dos termos admitidos de colaboração com outras entidades públicas, da RAEM ou do exterior (artigo 65.º);

- Previsão de que o pedido de visto, de autorização de entrada e permanência e de autorização de residência na RAEM, bem como das respectivas prorrogações e renovações, implica o consentimento do interessado para que a autoridade de migração proceda ao tratamento dos seus dados pessoais, incluindo os dados biométricos (n.º 1 do artigo 66.º);
- Obrigação legal de a autoridade de migração divulgar adequadamente que efectua o tratamento de dados pessoais, designadamente publicitando-o através das páginas oficiais na Internet e fazendo inserir o correspondente aviso em todos os impressos de formulários disponibilizados aos cidadãos (n.ºs 2 e 3 do artigo 66.º).

A previsão do n.º 1 do artigo 66.º causou alguma resistência de opiniões, mas o argumento decisivo foi no sentido de que, em princípio, as pessoas que se propõem viajar para um determinado país ou região, sabem que têm que cumprir as leis desse país / região. É do senso comum.

Se têm dúvidas sobre se pretendem ou não cumprir algumas das leis desse país / região, o ónus é delas, ou seja, elas é que têm a obrigação de se informar previamente, em especial se pretendem beneficiar de entrada na RAEM sem um procedimento de autorização / visto prévio.

Se cumprirem esse ónus normal e lógico, as pessoas ficam a conhecer, concretamente quanto a esta questão, o n.º 1 do artigo 66.º, segundo o qual “*O pedido de visto, de autorização de entrada e permanência e de autorização de residência na RAEM, bem como das respectivas renovações e prorrogações, equivale ao consentimento do interessado para que a autoridade migratória proceda ao tratamento dos seus dados pessoais, incluindo os dados relativos a elementos biométricos.*”. Aliás, ficam a saber também que, segundo a alínea 7) do artigo 24.º, pode ser recusada a entrada na RAEM aos não residentes que se oponham ao tratamento dos seus dados pessoais pela autoridade migratória.

*

Quanto ao regime do artigo 67.º, sobre acesso e oposição a dados classificados de secretos ou confidenciais constantes da base de dados, está em causa uma inovação material e de grande originalidade, pelo que a abordaremos, mais em detalhe, no ponto 2.

1.2.1.3. O regime de nulidade das autorizações obtidas mediante meios fraudulentos

O objectivo do artigo 7.º é o de clarificar a questão da invalidade jurídica autorizações obtidas mediante meios fraudulentos, posto que o n.º 1 e a alínea c) do n.º 2 do artigo 122.º do Código do Procedimento Administrativo não são pacificamente aplicáveis quanto à consequência de nulidade para estas situações. Isto porque, na referida alínea c), a expressão “*constitua crime*” reporta-se ao acto administrativo. Ou seja, a lei tem em vista os casos em que o próprio acto administrativo é ou faz parte da conduta criminosa, sendo o agente o autor ou participante do acto. Por isso, no domínio da lei anterior, a nulidade já podia ser declarada, mas implicava um árduo caminho de fundamentação, partindo, apenas, da cláusula geral do n.º 1 do citado artigo 122.º do Código do Procedimento Administrativo.

Em Portugal, a questão foi resolvida em 2015, na medida em que a alínea correspondente a este preceito do Código do Procedimento Administrativo de Macau passou a referir “os atos cujo objeto ou conteúdo seja impossível, ininteligível ou constitua *ou seja determinado* pela prática de um crime;”. A expressão “*seja determinado*” é decisiva, neste contexto³³.

O objectivo da norma é, obviamente, evitar que a fraude seja compensatória para o defraudador. E, do n.º 2 do artigo 123.º do Código do Procedimento Administrativo, decorre a “possibilidade geral de conhecimento dos actos nulos”, o que significa que a *nulidade dos actos administrativos pode ser efectivada por qualquer operador jurídico, no sentido de que todos - tribunais, administração e particulares - podem (e, no caso das entidades públicas, devem) recusar-se a reconhecer-lhes eficácia. Assim, qualquer tribunal, mesmo que não administrativo, pode desaplicar um acto nulo; qualquer órgão ou agente da administração pode recusar-se a acatar um acto nulo.*

Mas, a lei obriga, ou não, a um procedimento de declaração de nulidade, albergando uma fase de audiência prévia, posto que está em causa a extinção de direitos expressamente reconhecidos por acto(s) anterior(es)?

O artigo 123.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo determina que: “O acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, *independentemente da declaração de nulidade.*”.

E, por isso, alguma doutrina, a propósito de idêntico preceito do Código do Procedimento Administrativo de Portugal, afirma a consequência da

33 Sobre este assunto, vide MIGUEL MARQUES FERREIRA LAGES, “Os novos casos de nulidade do ato administrativo”, Dissertação em Direito Administrativo, Universidade Católica, pp. 26 e seguintes. Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20423/1/Os%20Novos%20Casos%20de%20Nulidade%20do%20Ato%20Administrativo%20-%20Miguel%20Lages.pdf>.

“Desnecessidade de declaração jurisdicional ou administrativa” da nulidade, querendo isto significar que *“A efectivação da improdutividade jurídica decorrente da nulidade de um acto administrativo não depende de declaração pelos tribunais ou pela administração. O acto, jurisdicional ou administrativo, que verifique a nulidade de um acto administrativo pode justificar-se, designadamente por razões de segurança jurídica; mas, a existir, tem carácter meramente declarativo e não constitutivo da ineficácia daquele.”*³⁴

Sem embargo, é possível que as autoridades e os tribunais possam reconhecer a subsistência da autorização de residência, em casos excepcionais, quando já tenham decorrido 20 ou 30 anos sobre a fraude (*e o defraudador já se tenha tornado residente permanente há longo tempo*), por via do princípio da estabilidade jurídica, à semelhança da doutrina defendida por MARCELLO CAETANO, relativamente a actos nulos de provimento de funcionário público.

Ora, entendemos que, precisamente por causa de existirem situações excepcionais em que o Direito permite desconsiderar a nulidade, as *“razões de segurança jurídica”* referidas pela Doutrina e o princípio geral da boa fé (*que vincula a Administração, ainda que o particular não tenha observado esse princípio*) justificam sempre a instituição de um procedimento administrativo de declaração de nulidade, o qual implica, uma fase de audiência prévia.

Se a autoridade migratória ou outra entidade pública constatar que uma autorização de residência, por exemplo, foi obtida com base em documentos falsos, isso justificará a instauração de procedimento de declaração de nulidade (*a título autónomo ou como subprocedimento*). Naturalmente, quando definitivo, o acto administrativo que declare a nulidade produzirá efeitos *ex tunc*.

1.2.1.4. As finalidades de entrada de não residentes. Actividades de turismo e equiparadas

No domínio da lei anterior, era frequente referir-se o *visto de turista*, mas, na prática, e de um ponto de vista jurídico, o que isso significava? A resposta não era uniforme, mas a questão era de grande importância porque, já no domínio da lei anterior, a autorização de permanência na RAEM podia ser revogada quando a pessoa não residente manifestamente se desviasse dos fins que justificavam a autorização de permanência (*alínea 2) do artigo 11.º da Lei n.º 6/2004*).

Ora, qual a solução agora corporizada no artigo 21.º?

A Lei esclarece, segundo padrões internacionais, que se consideram compreendidas nas finalidades de turismo as visitas a sítios e monumentos, a realização de compras de objectos de uso pessoal e lembranças e a fruição de

34 MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO DE MATOS, Direito Administrativo Geral, Tomo III, Actividade administrativa, Editora Dom Quixote, 2007, Lisboa, p. 173.

actividades de jogo, entretenimento (*espectáculos, jogo de fortuna e azar*) e lazer (*frequentar um resort, uma piscina, praia, fazer desportos...*) e outras análogas.

O n.º 4 do mesmo artigo equipara a finalidades de turismo outras actividades que, de acordo com os padrões internacionais, não são actividades turísticas: visita a familiares e amigos; culto religioso, sem englobar missão; obtenção de tratamento médico, intervenções cirúrgicas e actos médicos, em geral; assistência a espectáculos, festivais, seminários, conferências, exposições, feiras, encontros académicos e outros eventos de natureza análoga; obtenção de formação e conhecimentos, através de cursos, oficinas (“*workshops*”) e acções análogas.

Estas são actividades que:

- 1) Costumam estar associadas a deslocações turísticas;
- 2) Não colocam, em si, especiais questões de segurança;
- 3) Não são susceptíveis de contender com as normas legais que protegem o trabalho local.

A equiparação legal é puramente funcional, para obter desburocratização (*dispensando, em regra, o procedimento de autorização formal prévia*) e de poupança de recursos afectos aos controlos de migração.

Fora das situações de turismo ou equiparadas, é necessário que o interessado obtenha autorização formal de entrada, mediante procedimento prévio (*o mais seguro para melhor evitar eventuais recusas de entrada*) ou no posto de migração. É o que deverá fazer um médico que venham praticar actos médicos, atletas que queiram participar num evento desportivo ou os artistas que se desloquem a Macau para executar uma *performance*.

A redacção do n.º 4 foi cuidadosamente preparada de forma a não incluir actividades que configurem trabalho ou actividades profissionais, em geral. Isso foi conseguido acentuando-se a ideia de “passivo”, pelas palavras “obtenção” e “assistência” (*não é “participação”, na versão em português*).

Assim, o orador de um seminário, conferência e o formador de um curso, não estão abrangidos pela definição de “assistência”; eles não estão a assistir, estão verdadeiramente a ser os sujeitos activos do evento.

O n.º 5 ao artigo 21.º permite que excepcionalmente se possa isentar quem intervenha em exposições, feiras, espectáculos, eventos desportivos, seminários, conferências ou outros eventos similares, do dever de declarar a finalidade da sua entrada na RAEM. Tal visa introduzir maior flexibilidade a este regime para melhorar e eficiência de gestão de eventos de maior dimensão.

É de sublinhar que, embora isso tenha sido suscitado aquando da Consulta Pública, e essas hipóteses tenham sido ponderadas, a Lei não equipara às finalidades de turismo nem “*a prospecção e celebração de negócios e dos correspondentes*

contactos, entrevistas, e similares”, nem “*o acompanhamento, promoção e fiscalização da implantação, consolidação ou reestruturação de estabelecimento comercial ou empresa ou projecto empresarial*”. Ou seja, também nestes casos terá que ser solicitada uma autorização de entrada com uma finalidade não turística.

Essas actividades não foram equiparadas a actividades turísticas, nem sequer foram incluídas no âmbito das autorizações especiais de permanência, dada a sensibilidade social associada, pois podem facilmente confundir-se com trabalho por conta própria ou independente. E o exercício pessoal e directo por parte do não residente de actividade em proveito próprio é algo que o artigo 3.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004 (*Proibição do trabalho ilegal*), faz depender de autorização prévia do Secretário para a Economia e Finanças.

1.2.1.5. Os fundamentos de recusa de saída

O artigo 27.º constitui um exemplo paradigmático de noma não inovadora, mas que tem grande utilidade clarificadora e informativa e que, juridicamente, cumpre um papel de enumeração (delimitativa) dos fundamentos de recusa de saída de pessoas não residentes.

As alíneas 1) e 3) justificam-se por questão de coerência lógica com idênticas previsões para a recusa de entrada.

A alínea 2) visa dar seqüência a uma sugestão do Instituto de Acção Social, tendo em vista a Convenção de Haia, de 25 de Outubro de 1980, sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças. O Instituto de Acção Social é a autoridade da RAEM designada para efeitos de aplicação da Convenção sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças (Portaria n.º 203/99/M, de 31 de Maio). Quando recebe notificação de instituição estrangeira congénere sobre casos de rapto de crianças, aquele Instituto articula com a autoridade migratória para lidar com o caso o obter a necessária cooperação.

As restantes alíneas procuram esclarecer outros motivos de recusa de saída, para melhor percepção deste tema pelos destinatários das normas.

Por outro lado, e quanto à alínea 4), sabemos que os órgãos de polícia criminal podem decretar medidas de polícia de acordo com artigo 17.º da Lei n.º 9/2002 (Lei de Segurança Interna) e, em termos mais gerais, de acordo com os Capítulos II (Medidas cautelares e de polícia) e III (Detenção), do Título I, Livro VI, Parte segunda, do Código de Processo Penal. As situações que podem originar a necessidade de decretar a recusa de saída terão como pressuposto a prática de crime, ainda que não necessariamente por não residente.

Assim, o Corpo de Polícia de Segurança Pública, enquanto órgão de polícia criminal e simultaneamente autoridade que faz aplicar a lei migratória, é a entidade que normalmente opera para deter as pessoas que pretendem sair da RAEM e são suspeitas da prática de crimes, não permitindo a sua saída até serem tomadas as

medidas adequadas, em regra definidas pelas autoridades competentes, como se refere no preceito.

Em regra, as autoridades competentes, no âmbito de um processo de investigação criminal, serão as autoridades judiciárias. No entanto, existem situações especiais, em que isso não acontece. Vide, por exemplo, o artigo 255.º do Código de Processo Penal, na parte em que se refere à autoridade de polícia criminal, que não é uma autoridade judiciária; no caso previsto no n.º 2 deste artigo, a recusa de saída poderá decorrer de uma determinação da autoridade de polícia criminal, para assegurar a presença, em acto de inquérito, de qualquer pessoa ³⁵.

Relativamente ainda à recusa de saída, aquando da consulta pública, foi feita sugestão no sentido de prever a recusa de saída aos devedores relapsos de impostos; a sugestão foi rejeitada, por se entender que essa eventual imposição deve ser discutida, avaliada e regulada expressamente nas leis fiscais, nos casos em que se justifique. Isso fica genericamente previsto, de forma aberta, na alínea 6) do artigo 27.º.

1.2.1.6. Relação entre regras de utilização dos postos de migração e do Regulamento Geral dos Espaços Públicos

Desde há muitas décadas que existe legislação que regula a utilização de espaços públicos. Isso é bem visível em face do artigo 8.º do Regulamento Administrativo n.º 28/2004 (*aprovou o Regulamento Geral dos Espaços Públicos*), que revogou os códigos de posturas municipais e outras normas de cariz municipal, com décadas de vigência.

Actualmente, é este o diploma legal unificador que está em vigor nesta matéria. Ele não está expressamente identificado na Lei n.º 16/2021, mas a designação genérica usada (“*legislação reguladora da utilização dos espaços públicos*”) é suficientemente clara para se perceber qual o diploma em causa.

A Lei n.º 16/2021 clarifica alguns aspectos da relação entre a lei migratória e a “*legislação reguladora da utilização dos espaços públicos*”.

Em primeiro lugar, logo no artigo 24.º, a respectiva alínea 10) determina que pode ser oposta a recusa de entrada aos não residentes que, nos postos de migração, por ocasião das formalidades de entrada, infringirem ou recusarem observar as normas de funcionamento do posto, afixadas no local, ou a legislação reguladora da utilização dos espaços públicos.

O sistema de afixação das regras em local visível das instalações públicas não levanta nenhum problema de ordem prática e já hoje é frequentemente utilizado.

35 Nestes casos, obviamente, a recusa de saída pode ser dirigida a cidadãos residentes.

Em segundo lugar, o n.º 2 do artigo 100.º prevê que compete ao Corpo de Polícia de Segurança Pública definir as regras de acesso e os demais aspectos operacionais e de utilização e funcionamento dos postos de migração. Esta norma é harmoniosa com a definição de instalações públicas constante da alínea 2) do artigo 2.º do Regulamento Administrativo n.º 28/2004, e com as regras constantes do artigo 3.º do mesmo diploma, pois, segundo este preceito legal, o acesso e uso de instalações públicas pode ser objecto de regras apenas publicitadas no local pela entidade pública administrante.

A publicitação na *internet*, na página electrónica do Corpo de Polícia de Segurança Pública, pode contribuir para melhorar e ampliar o conhecimento destas normas e, apenas por isso, foi incluída essa previsão.

De acordo com o n.º 3 do artigo 100.º, as condutas incumpridoras das normas de acesso e uso de instalações públicas (*concretamente, os postos de migração*) emitidas pelo Corpo de Polícia de Segurança Pública ao abrigo do artigo 3.º do Regulamento Geral dos Espaços Públicos, aprovado pelo Regulamento Administrativo n.º 28/2004, devem ser sancionáveis como as demais normas desse diploma, aplicando-se multas, à pessoas singulares, de 300 ou 600 patacas, no caso de infracções comuns; até 2.500 patacas, nos casos de infracções graves; e até 5.000 patacas, nos casos de infracções muito graves (*por exemplo, quando o infractor destrói algum equipamento*)³⁶.

Repare-se, no entanto, que os incumprimentos de determinadas regras de acesso e utilização podem ser sancionados segundo outras normas, eventualmente até penais³⁷: será o caso, por exemplo, da alínea 5) do n.º 1 do artigo 90.º, que prevê expressamente a infracção de acesso não autorizado a zonas de controlo de embarque e desembarque, bem como a zonas de acesso reservado ou condicionado dos postos de migração.

De resto, sempre haverá que aplicar, quando for o caso, o artigo 95.º (*Cumulação de infracções administrativas*) que prevê que quando a conduta constitua infracção administrativa sancionável nos termos da Lei n.º 16/2021 e de outra legislação, simultaneamente, o infractor é punido de acordo com a legislação que estabeleça multa de limite máximo mais elevado.

1.2.1.7. A renúncia à autorização de residência

A renúncia constitui um acto de declaração. Nos termos da lei geral, a

36 Cfr. artigos 45.º a 47.º do Regulamento Administrativo n.º 28/2004.

37 Por exemplo, num caso de destruição intencional de um equipamento. Neste caso, manda o artigo 8.º do Decreto-lei n.º 52/99/M que “Quando o mesmo facto constitua simultaneamente crime ou contravenção e infracção administrativa, o infractor é punido unicamente a título daqueles, sem prejuízo da aplicabilidade das sanções acessórias previstas para a infracção administrativa.”.

declaração tácita é admitida como modalidade de declaração negocial, a par da declaração expressa “*feita por palavras, escrito ou qualquer outro modo directo de manifestação de vontade*”, definindo-a a lei como aquela que “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam.” (*artigo 209.º, n.º 1, do Código Civil*). Por outro lado, o silêncio ou inanição podem valer como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído por lei (*artigo 210.º, n.º 1, do Código Civil*).

Ora, no n.º 2 do artigo 45.º, o legislador, em harmonia com a previsão geral da lei civil, clarificou que os comportamentos omissivos que equivalem a declarações de renúncia, a saber, o não pagamento da taxa de autorização de residência e não constituição da garantia por fiança, garantia bancária ou seguro-caução, bem como o não levantamento³⁸ do comprovativo de concessão da autorização de residência ou da respectiva renovação, no respectivo prazo de validade.

O objectivo foi o de conseguir maior clareza e segurança jurídicas, de uma forma mais expedita do que aquela que resultaria da aplicação do artigo 103.º do Código do Procedimento Administrativo.

1.2.1.8. A assunção de despesas pelo recambiamento de não residentes

A assunção de despesas pela RAEM, relativamente a recambiamento de não residentes, é matéria que a Lei n.º 16/2021 conferiu boa atenção, por necessidade de clarificação e de legitimação de práticas das autoridades administrativas.

Esta clarificação abrange tanto o recambiamento de pessoas em imigração ilegal (cfr. artigo 57.º), como o recambiamento de pessoas por carência económica (artigo 99.º).

Quanto ao recambiamento de pessoas em imigração ilegal que implique despesas para a RAEM, a opção (cfr. n.º 3 do artigo 57.º) foi no sentido de, nestes casos, ser aplicado um período *mínimo* de interdição de entrada de 8 anos (*logo, não é um período fixo*), tendo esta prazo merecido críticas por ser, alegadamente, excessivo. Ora, a prática, nestes casos, já de há muito vinha sendo no sentido de aplicar um período de interdição de 10 anos, porque, à censurabilidade intrínseca à situação de imigração ilegal, acrescem os prejuízos materiais para a RAEM. E, neste quadro, importa que a solução legal seja efectivamente dissuasora.

Quanto a eventual reembolso pelo visado, não existe prazo para reembolsar as despesas. O visado reembolsará quando entender; se quiser, até pode reembolsar a RAEM passados 15 anos. No entanto, o reembolso só terá efeitos práticos se for efectuado enquanto estiver em curso o prazo de interdição (*efeitos práticos, entenda-se, de diminuição do prazo inicialmente aplicado*).

38 Se levantar o comprovativo ou o utilizar para qualquer efeito (*por exemplo, para impugnar os termos ou condições em que a autorização foi concedida*), isso significará que a pessoa quer efectivamente prosseguir com o processo, o que inutiliza o pressuposto do *animus renunciandi*.

A duração normalmente aplicada é a duração que a autoridade competente normalmente aplica, em face dos critérios gerais que utiliza para o efeito³⁹, ou das regras referidas no artigo 57.º, quando a imigração ilegal respeitar a excesso de permanência.

*

No artigo 99.º, está prevista a situação a assunção de despesas pela RAEM relativamente a pessoas que não estão em situação de imigração ilegal, mas em que, por razões de conveniência prática e de consideração humanitária, pode haver lugar a custeamento das despesas de abandono da RAEM.

Este artigo deve ser conjugado com a alínea 5) do artigo 24.º, segundo a qual pode ser recusada a entrada na RAEM de não residentes, bem como os correspondentes pedidos de visto e autorização, em virtude de a RAEM ter anteriormente assumido as despesas do seu recambiamento, por comprovada carência de meios do próprio, quando esse facto tenha ocorrido *há menos de cinco anos*.

*

Uma situação conexas com esta é a dos casos de recusa de entrada a pessoa transportadas por operadores aéreos. Nestes casos, o artigo 62.º prevê que a responsabilidade pelas despesas é imputável aos operadores de transporte aéreo, sendo que este regime suscitou reservas quanto às situações em que o “operador de transporte” não tinha conhecimento de que a pessoa em causa seria impedida de entrar em Macau.

A intenção legislativa foi claramente definida no sentido de que os transportadores são empresários comerciais, que prosseguem normalmente o lucro. A ocorrência deste tipo de situações faz parte do risco do negócio. Não devem ser os contribuintes, a RAEM, a pagar os encargos decorrentes deste tipo de situações. Aliás, corresponde à prática internacional.

Como aspecto relevante do regime, destaca-se que o n.º 3 do artigo 99.º prevê que “*Quando a RAEM seja reembolsada da totalidade das despesas efectuadas nos termos do n.º 1, o período referido na alínea 5) do artigo 24.º pode ser reduzido.*” Segundo esta norma, o período de 5 anos de recusa de entrada previsto na alínea 5) do artigo 24.º pode ser reduzido para 4, para 3, para 2 anos, etc., dependendo do poder discricionário do Chefe do Executivo, em face das características de cada caso concreto.

39 Tendo sempre em mente a exigência de proporcionalidade expressamente imposta pelo n.º 1 do artigo 8.º.

1.2.2. Legitimação e clarificação de práticas das autoridades

1.2.2.1. Limite máximo da medida de interdição de entrada

No domínio da lei anterior, o n.º 4 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004 já dispunha que o período de interdição de entrada deveria ser proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam, mas a lei nada dizia sobre o limite máximo para a duração da medida de interdição de entrada.

Os tribunais da RAEM vinham aplicando o princípio de que cada acto de interdição de entrada não deve exceder 10 anos, por analogia com o limite máximo da interdição de entrada prevista na alínea l) do n.º 1 do artigo 18 da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho (*Lei da criminalidade organizada*).

Findo esse período, até pode ser que a Administração entenda aplicar novo período de 10 anos, mas tal terá que ter por base uma reavaliação, assente em elementos realmente existentes, actuais e pertinentes. Isto significa que a medida de interdição de entrada, enquanto medida administrativa securitária (*não sancionatória*) pode ser prolongada indefinidamente, se indefinidamente se mantiverem os pressupostos (*de perigosidade da pessoa, por exemplo*) que justificam a sua adopção. Na prática, estas situações são muito raras, só se aplicando em casos de criminalidade muito grave (*criminalidade organizada, ligações ao terrorismo ou a seitas, por exemplo*).

A Lei n.º 16/2021 acolheu a orientação jurisprudencial sobre este tema, pois o n.º 1 do artigo 8.º agora expressamente determina que “as medidas de interdição de entrada aplicadas ao abrigo da presente lei devem ter duração proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam, *tendo como limite máximo 10 anos, por cada acto da respectiva aplicação*”.

*

Quanto à concreta medida do período de interdição, é previsível que continuará a ser objecto de contestação pelos visados, tanto em sede de impugnação, administrativa como judicial. Mas, neste domínio, manter-se-á a perspectiva que os Tribunais, consistentemente, vêm afirmando, no sentido de que a autoridade migratória goza de poder discricionário para determinar, em concreto, essa duração, pelo que apenas em casos de erro manifesto ou total desrazoabilidade haverá lugar a censura judicial ⁴⁰.

40 Como se sumariza no Acórdão de 31 de Julho de 2018, do Tribunal de Última Instância (Processo n.º 46/2018): “(...) 3. *Ao Tribunal não compete dizer se o período de interdição de entrada fixado ao recorrente foi ou não proporcional à gravidade, perigosidade ou censurabilidade dos actos que a determinam, se tal período foi o que o Tribunal teria aplicado se a lei lhe cometesse tal atribuição. Essa é uma avaliação que cabe exclusivamente à Administração.* 4. *O papel*

1.2.2.2. Reavaliação de medidas securitárias aplicadas

O artigo 10.º da Lei n.º 16/2021 clarifica e põe em forma de lei uma prática que já era seguida pela autoridade migratória no âmbito da lei anterior.

Ele consagra um princípio de reavaliação das medidas securitárias aplicadas, impondo que a autoridade migratória deve reabrir o procedimento administrativo e reavaliar as medidas securitárias e outras decisões tomadas ao abrigo da lei em duas situações.

A primeira dessas situações tem a ver com as medidas securitárias aplicadas com base em razões sérias de prática de crime.

Se atentarmos em pormenor na letra da alínea 1) do artigo 10.º, facilmente se percebe que o legislador teve principalmente em vista uma harmonia com o artigo 259.º do Código de Processo Penal e que a sua opção foi no sentido de só tornar obrigatória a reavaliação se o arquivamento do processo penal tiver tido por base a confirmação de que o visado foi de facto alheio ao evento criminal em causa (*ou seja, os casos previstos no n.º 1 do artigo 259.º do Código de Processo Penal*).

Isto significa que, nos casos muito comuns de arquivamento do inquérito ao abrigo do n.º 2 do artigo 259.º do CPP (*em que o inquérito é arquivado se não tiver sido possível ao Ministério Público obter indícios suficientes da verificação de crime ou de quem foram os agentes*), a reavaliação não é obrigatória. Naturalmente, a autoridade migratória terá o dever de se pronunciar sobre a pretensão do visado, nos termos gerais, mas não terá a obrigação de proceder à reabertura formal do procedimento securitário.

Por outras palavras, o despacho do Ministério Público ou do Juiz de Instrução Criminal ou a sentença judicial só vinculam a autoridade administrativa, no procedimento administrativo securitário, se resultar dessas decisões que a conduta perigosa não existiu ou, se existiu, não foi o visado que foi o seu autor.⁴¹

As dúvidas que subsistirem no final da instrução criminal ou julgamento são necessariamente relevantes no domínio criminal, para efeitos de não condenação penal, por aplicação do princípio *in dubio pro reo*, mas não devem ser decisivas no domínio securitário.

do Tribunal é o de concluir se houve erro manifesto ou total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários, por violação do princípio da proporcionalidade ou outro. 5. E só o erro manifesto ou a total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários constituem uma forma de violação de lei que é judicialmente sindicável. (...)”

41 Cfr. o acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 6 de Dezembro de 2018, Processo n.º 193/2018, Relator Cândido de Pinho, já citado supra, na nota de pé de página n.º 17.

*

Quanto à alínea 2) do mesmo artigo 10.º, estão em causa situações muito comuns em que a decisão administrativa de aplicação da medida securitária deve ser relacionada com outra decisão administrativa proferida por órgão de outra entidade da Administração. Assim, se, por exemplo, foi aplicada medida de revogação de autorização de permanência e de interdição de entrada com fundamento em trabalho ilegal, mas uma posterior decisão definitiva da Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais concluir que a situação não era de qualificar como trabalho ilegal ⁴², então também aí, o procedimento securitário deverá ser reaberto.

Naturalmente, se a medida a reavaliar foi legalmente aplicada, respeitando os requisitos legais e devidamente fundamentada, em termos de facto, a revogação da medida securitária só produzirá efeitos *ex nunc*.

Além disso, importa sublinhar que a reabertura não é oficiosa, terá que ser o visado a requerê-la. A regra da não oficiosa da reavaliação é a mais harmoniosa com a regra geral em matéria procedimental e processual, no sentido de que os órgãos administrativos e judiciais só se pronunciam sobre o que é pedido pelos particulares. De resto, quanto às medidas de interdição de entrada, os visados são não residentes e não há que, necessariamente, presumir que os mesmos querem voltar à RAEM em todas as situações.

*

Finalmente, deve lembrar-se que o procedimento de reavaliação da medida securitária de revogação de autorização de permanência pode ser também de grande relevância em face do que dispõe o n.º 2 do artigo 46.º: *“não se aplica o disposto no número anterior (perda do tempo continuado para efeitos de aquisição da qualidade de residente permanente) se, no âmbito da reavaliação referida no artigo 10.º, for determinado considerar o tempo decorrido até à extinção e o interessado tiver readquirido entretanto a qualidade de residente não permanente.”*

⁴² Por exemplo, porque se tratou, afinal, de uma situação de excepção prevista no artigo 4.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2/004, nomeadamente de trabalho para efeitos de “... acordo entre empresas sediadas fora da RAEM, e pessoas singulares ou colectivas sediadas na RAEM para realização de obras ou serviços determinados e ocasionais, nomeadamente, quando haja necessidade de utilização de trabalhadores fora da RAEM para prestação de serviços de direcção, técnicos, de controlo de qualidade ou de fiscalização.”

1.2.2.3. Notificações aos interessados nos procedimentos administrativos

A questão das notificações é outro domínio em que a Lei n.º 16/2021 veio clarificar e pôr em forma de lei a prática que já era seguida pela autoridade migratória no âmbito da lei anterior. Trata-se de um regime clarificador, numa matéria em que sistematicamente se levantavam dúvidas.

A solução do artigo 13.º inspira-se no regime dos artigos 200.º a 202.º do Código de Processo Civil e em disposições de outras leis da RAEM que foram julgadas adaptadas ao caso: por exemplo, o artigo 24.º (Formas de comunicação) da Lei n.º 7/2013 (*Regime jurídico da promessa de transmissão de edifícios em construção*) e o artigo 36.º (*Notificações urgentes*) da Lei n.º 1/2004 (*Regime de reconhecimento e perda do estatuto de refugiado*).

Como nota de pormenor, esclarece-se que não se referem os editais porque quem não está na RAEM não lê os editais. Os editais são mais adequados quando não se conhece o paradeiro de quem está na RAEM. No caso de não residente é mais conveniente, prático e eficaz notificá-lo para a morada que o próprio indicou, como é a prática.

Especificamente quanto ao n.º 6 do artigo 13.º, o artigo 96.º do Código do Procedimento Administrativo já prevê as decisões urgentes, referindo expressamente que, nesses casos, não há lugar a audiência dos interessados. Naturalmente, o dever de fundamentação terá que ser integralmente cumprido e os correspondentes fundamentos de facto e de direito, ainda que sucintamente expressos, terão que ser transcritos no auto que o interessado deverá assinar e cuja cópia deverá ser entregue ao mesmo pelo Corpo de Polícia de Segurança Pública.

A maior diferença, relativamente à notificação normal, por correio, é que os efeitos jurídicos associados à notificação, principalmente os associados à eficácia do acto administrativo notificado, começam a produzir-se de forma mais rápida, dada a urgência associada à situação.

1.2.2.4. Controlos biométricos de identidade

A biometria é uma técnica que permite o uso de características biológicas a fim de reconhecer ou identificar pessoas através da impressão digital ou da leitura da retina e da íris. Também se pode utilizar a voz, o formato do rosto e a geometria da mão. Há ainda algumas características físicas que são ponderadas, noutras jurisdições, para uso no futuro, como o ADN (ácido desoxirribonucleico) e os odores do corpo.

Esta técnica permite diminuir muito acentuadamente as fraudes de identidade. Nessa medida, afigura-se ser um instrumento fundamental na contra a imigração ilegal e, também, contra agentes terroristas⁴³. No entanto, não existia na

43 Relativamente à União Europeia, e sobre as vantagens destes instrumentos de controlo

lei anterior inequívoca base legal quanto a estas técnicas para efeitos de controlo migratório, posto que a letra do n.º 1 do artigo 3.º da Lei n.º 4/2003 assentava no pressuposto do tradicional controlo documental de dados e fotografia.

A Lei n.º 16/2021 estabelece, neste domínio, uma clara tipicidade, não permitindo outros meios biométricos de controlo senão os indicados no n.º 3 do artigo 16.º, ou seja, as impressões digitais ou palmares, a configuração da íris ou retina ou as características faciais. Isso é bem evidente face ao uso da expressão “apenas é admissível”.

Aquando da preparação da lei, foram apontados os exemplos da Republica Popular da China, Japão, Coreia do Sul, Tailândia, Singapura, Índia, Canadá, Austrália, Estados Unidos da América, Reino Unido, Nova Zelândia e Holanda, sendo que todos eles aplicavam os métodos de verificação de impressões digitais ou palmares ou das características faciais. A Índia e Singapura aplicavam também a verificação da configuração da íris ou retina.

1.2.2.5. Controlo migratório dos menores e seu recambiamento

A questão do controlo migratório dos menores desacompanhados dos pais foi muito debatida na sociedade, porque a exigência de apresentação da declaração de autorização dos pais a todos os indivíduos que acompanham os menores na entrada/saída migratória era entendida como excessiva e inadequada à situação real de Macau.

No entanto, impunha-se uma solução legal, que tivesse em conta esta sensibilidade social, mas também, obviamente, as crescentes preocupações com a pornografia infantil, tráfico de pessoas, rapto de crianças, aqui se incluindo os associados a casos de divórcios litigiosos, etc..

Em termos de Direito Comparado, e relativamente aos Estados Unidos da América, a situação é algo estranha, como se extrai desta passagem extraída do site da Custom and Border Protection (Agency): *“Due to the increasing incidents of child abductions in disputed custody cases and as possible victims of child pornography, Customs and Border Protection (CBP) strongly recommends that unless the child is accompanied by both parents, the adult have a note from the child’s other parent (or, in the case of a child traveling with grandparents, uncles or aunts, sisters or brothers, friends, or in groups, a note signed by both parents) stating “I acknowledge that my wife/husband/etc. is traveling out of the country with my son/daughter/group. He/She/They has/have my permission to do so.”*

fronteiriço, é interessante ver a expressiva lista de objectivos constante do n. 1 do artigo 2.º do Regulamento (UE) 2019/817 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2019, e o contributo, para a consecução desses objectivos, do sistema partilhado de correspondências biométricas.

CBP also suggests that this note be notarized. While CBP may not ask to see this documentation, if we do ask, and you do not have it, you may be detained until the circumstances of the child traveling without both parents can be fully assessed. If there is no second parent with legal claims to the child (deceased, sole custody, etc.) any other relevant paperwork, such as a court decision, birth certificate naming only one parent, death certificate, etc., would be useful.”

Esta solução é algo estranha, como se disse, porque apenas se “recomenda” a apresentação de autorização dos pais, autenticada; mas, sendo uma recomendação, apenas, isso não permite às pessoas saberem de antemão, com segurança, qual o regime afinal aplicável.

Apesar de mais rígida, a solução seguida em muitos países europeus, tais como Áustria, Croácia, França, Lituânia, Portugal, Roménia e Espanha ⁴⁴, acaba por ser mais lógica, pois as pessoas sabem, de antemão, que é sempre necessária uma autorização formal dos pais ou tutores.

Quanto à RAEM, o entendimento dos serviços de migração era o de que, devido às características próprias de Macau como cidade fronteiriça com enorme movimentação de pessoas com as zonas vizinhas, não se deveria exigir a autorização dos pais relativamente aos menores desacompanhados deles.

Sobre este assunto, no Relatório Final da Consulta Pública sobre o novo “Regime jurídico dos controlos de migração e de autorização de residência e

44 Segundo a recolha de elementos comparados sobre estas jurisdições, obtida em 2018:

Austria: A notarised letter from parent, or legal guardian, authorizing travel.

Croatia: Young Persons travelling alone must be in possession of official permission from parents.

France: Special regulations apply to young persons of French nationality being less than 18 years of age; when leaving France and travelling either accompanied or unaccompanied (especially those who are unaccompanied by their legal guardian and are not in possession of their own valid passport, or those who are not mentioned on the valid passport of the accompanying person) must hold an “Attestation d’Autorisation de Sortie” (“Exit Approval”). If French minors over 7 years of age are travelling on their parent’s passport, this document must show a photograph of the child.

Latvia: When leaving Latvia, minors of Latvian nationality, travelling alone or with a guardian other than parents, must hold a letter of authorisation from parents endorsed by a sworn notary.

Portugal: A minor under the age of 18 travelling to Portugal must either: 1) be accompanied by a parent or guardian; 2) be met at the airport or point of entry by a parent or guardian, or 3) carry a letter of authorisation to travel from a parent or guardian. The letter should name the adult responsible for the minor during his/her stay.

Romania: Romanian minors under 18 years of age will be allowed to leave Romania if travelling with both parents, or travelling with one parent and holding a letter of authorisation of absent parent, or travelling with a legal guardian, and holding a letter of authorisation from parents and also holding a proof of a clear criminal record.

Spain: Minors up to 18 years of age and travelling alone must hold a passport or National Identity Card and an exit form from country of origin (if required by that country). This exit form must be certified by the parent(s) or legal guardian and legalized by their local authorities e.g. police, immigration authorities.

permanência na RAEM” (fls. 15), assinala-se que “*O CPSP (Corpo de Polícia de Segurança Pública) compreende a preocupação manifestada pela sociedade sobre o controlo migratória da saída da RAEM de pessoas vulneráveis, especialmente idosos, com demência, sem a companhia de um familiar; uma vez que tal poderá gerar diversos riscos; todavia, na normalidade das situações, deve prevalecer a liberdade individual, bastando os maiores estarem munidos do documento de viagem legal para poderem sair da Região livremente, salvo se a autoridade de migração dispuser de informação de que a pessoa está interdita, por decisão judicial. É claro que, em relação a pessoas com aparência física ou estado psicológico visivelmente diferentes do normal, a autoridade de migração procederá a um tratamento cuidadoso e metuculoso, incluindo a tentativa de entrar em contacto com a sua família.*”.

Afinal, o Governo entendeu propor uma solução mitigada, que leva em conta as especificidades locais, mas pode ser considerada demasiado permissiva. Essa solução ficou corporizada no artigo 17.º.

A ideia geral justificativa parece ter sido de que, se o menor tem em sua posse o seu documento de identificação, com o qual, sabem os pais, ele pode sair da RAEM, isso representará uma autorização tácita de saída, por parte dos pais. Se estes quiserem que o menor seja portador do seu documento de identificação dentro da RAEM, mas que não possa usá-lo para sair da Região, basta comunicarem essa intenção à autoridade migratória, para que esta autoridade faça constar essa limitação na Base de Dados de migração e impedir a saída do menor em causa.

Assim, segundo o n.º 1 do artigo 17.º, a saída de menores não emancipados, desacompanhados de quem exerce as responsabilidades parentais, pode ser recusada, para confirmação de quem exerce as responsabilidades parentais, designadamente quando tenha havido prévia oposição escrita por um dos pais ou o comportamento do menor ou de quem o acompanha tenha levantado suspeitas aos agentes de migração.

*

Especificamente quanto às situações de recusa de *entrada* de menor não emancipado desacompanhado de quem exerce o poder paternal ou a tutela chegado à RAEM por via aérea, o operador de transportes deve assegurar que o mesmo é entregue, no país de origem ou ponto onde iniciou a sua viagem, a quem exerce o poder paternal, ao tutor ou a pessoa ou instituição a quem o mesmo possa ser confiado (*vide n.º 3 do artigo 62.º*).

Estas situações não serão frequentes, na prática, porque as companhias aéreas só permitem o “check-in” (a verificação inicial) do menor, caso seja exibido um documento assinado pela pessoa que exerça o poder paternal a autorizar

o acompanhamento da relativa pessoa na viagem com o menor. De qualquer modo, a ocorrer esta situação, a autoridade e migratória, durante o processo de repatriamento, deverá acompanhar o andamento e poderá entrar em contacto, caso necessário, com a relativa embaixada ou autoridade migratória a fim de averiguar o andamento e a situação do repatriamento.

Quanto a esta matéria será de cumprir o Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, que regula o regime educativo e o regime de protecção social da jurisdição de menores. O artigo 67.º deste diploma determina que “*As providências gerais são aplicáveis (...) a menores que, independentemente da idade, se encontrem em alguma das seguintes situações: a) (...) se verifique, relativamente a eles, abandono, desamparo ou outra situação, em qualquer caso capazes de pôr em perigo a sua segurança, saúde, formação moral ou educação;*”

1.2.2.6. Retenção de documentos

O artigo 19.º estabelece uma norma que não tinha equivalente na lei anterior, embora não se trate, materialmente, de uma inovação. Esta norma tem antecedente directo nos n.ºs 2 a 6 do artigo 13.º da Lei n.º 1/2004, na parte correspondente a documentos de viagem.

Por outro lado, nesta matéria, é necessário ter em conta, também, a Lei n.º 8/2009 (*Regime dos documentos de viagem da Região Administrativa Especial de Macau*), na parte em que dispõe sobre o cancelamento e apreensão de documentos de viagem (artigo 9.º) e proibição de retenção (artigo 10.º), bem como a Lei n.º 8/2002 (*Regime do bilhete de identidade de residente da Região Administrativa Especial de Macau*), na parte em que se refere à proibição de retenção (artigo 5.º).

Nas situações previstas no artigo 19.º, está em causa a prática de crime, pelo que, relativamente aos documentos em causa, há lugar à aplicação do artigo 163.º (*Objectos susceptíveis de apreensão e pressupostos desta*) do Código de Processo Penal. Ora, como o n.º 3 do artigo 19.º dispõe que “*os documentos retidos ao abrigo do n.º 1 são remetidos imediatamente ao Ministério Público, nos termos e para os efeitos dos artigos 225.º e 226.º do Código de Processo Penal.*”, isto significa, obviamente, que, afinal, será a autoridade judiciária a decidir sobre o destino dos documentos retidos.

Relativamente ao destino dos documentos, é verdade que nos diplomas específicos acima referidos (*Lei n.º 8/2009 e Lei n.º 8/2002*) nada se diz quanto à propriedade dos documentos em causa. Todavia, internacionalmente, é frequente que as leis prevejam expressamente que esses documentos pertencem à jurisdição que os emite.

Em França, por exemplo, resulta do Decreto n.º 2001-185, de 26 de Fevereiro de 2001, que os passaportes e bilhetes de identidade nacionais são propriedade do Estado, que pode retirá-los ao seu titular. Em Portugal, a lei

que regula a emissão do passaporte ⁴⁵ também afirma expressamente que este documento constitui propriedade do Estado português.

Assim, ao avaliar sobre o destino dos documentos será adequado que a autoridade judiciária tenha em conta a diferente natureza da ilegalidade em causa, isto é, se está em causa uma fabricação completa (contrafacção) de documento ou uma adulteração, alteração ou aproveitamento fraudulento de documento autêntico.

Assim, neste segundo caso (adulteração), será adequado que os documento em causa, depois de desnecessário para efeitos do processo penal, seja remetido às autoridades das jurisdições que os emitiram, quando a respectiva lei preveja que são propriedade da jurisdição emitente.

No primeiro caso, dos documentos totalmente falsos contrafeitos, não existe a necessidade de envio, mas, sempre que possível, também devem ser enviados às autoridades das jurisdições em causa, para efeitos de cooperação policial e da colaboração das jurisdições na luta contra a falsificação documental. Na verdade, perante os exemplos de falsificação recebidos, essas autoridades melhor poderão tomar medidas adequadas, quer em termos de repressão, quer em termos de prevenção.

Por outro lado, a autoridade judiciária também terá que ter em conta a diferença entre documentos contrafeitos e documentos adulterados, se lhe for apresentado pedido, ao abrigo do n.º 4 do artigo 19.º. De acordo com este preceito, o Comandante ou outro dirigente do Corpo de Polícia de Segurança Pública devidamente habilitado ou credenciado para esse efeito, pode solicitar ao magistrado responsável pelo processo a cedência temporária ou definitiva de documentos retidos, cuja não autenticidade for confirmada para fins didácticos, de formação ou de investigação criminal. A previsão é lógica, e tem antecedente no n.º 8 do artigo 23.º da Lei n.º 17/2009 (*Proibição da produção, do tráfico e do consumo ilícitos de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas*).

Relativamente a estes dois tipos de destino dos documentos, foi levantada a sua relação com a protecção dos dados pessoais, tendo sido entendimento pacífico que não existirá violação de dados pessoais se os dados forem falsos ou se forem dados adulterados, viciados. A protecção, por princípio, só abrange identidades reais. No entanto, será necessário acautelar as situações em que, num documento contrafeito (totalmente forjado) sejam inscritos dados verdadeiros de um real e concreto cidadão; aqui, será aconselhável que a utilização para fins pedagógicos, ainda que circunscrita à própria autoridade migratória, não seja viabilizada.

45 Conforme o n. 3 do artigo 1 do Decreto-Lei 83/2000, na sua versão mais recente, conferida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto, “O passaporte constitui propriedade do Estado Português, sendo a sua violação e utilização indevida punidas nos termos da lei geral.”.

1.2.2.7. Autorizações prévias de entrada e autorizações tácitas de entrada

Como agora resulta claramente expresso na alínea 2) do n.º 1 do artigo 20.º, a autorização de entrada é condição essencial para um não residente entrar na RAEM.

Esta autorização pode ser de dois tipos principais: autorização administrativa, emitida formalmente, com base em procedimento prévio, iniciado antes da chegada da pessoa interessada à RAEM, ou autorização administrativa emitida à chegada, no posto de migração.

O pedido de autorização administrativa prévia pode ser apresentado, pessoalmente ou por representante munido de procuração bastante, directamente à RAEM (*normal autorização prévia*) ou junto das Embaixadas/Consulados da RPC no estrangeiro (*procedimento de “visto”*), em ambos os casos mediante o preenchimento de formulários próprios (*cf. n.º 3 do artigo 7.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021*).

A autorização administrativa à chegada é admitida para a generalidade dos viajantes, com exclusão dos nacionais do Bangladesh, Nepal, Nigéria, Paquistão, Sri Lanka e Vietname. Os cidadãos destes países terão obrigatoriamente que ser titulares de autorização formal, com base em procedimento prévio, nos termos conjugados do n.º 3 do artigo 20.º, com o n.º 3 do artigo 8.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021 e o Despacho do Chefe do Executivo n.º 165/2010^{46 47}.

Fora desses casos, os viajantes nacionais de outros países ou residentes de outras jurisdições podem beneficiar de autorização à chegada.

Em regra, a autorização tácita abrange os diversos casos de dispensa de visto ou autorização prévia previstos no artigo 9.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021⁴⁸. Esta autorização não requer o preenchimento de formulário ou outras formalidades especiais; é atribuída tacitamente, mediante simples aposição de carimbo de chegada e permanência no passaporte ou por emissão de comprovativo, que especificará, em regra, a data de termo dessa autorização. Quando a modalidade seja a de comprovativo, o não residente deve conservá-lo até à sua saída da RAEM e tem conveniência em trazê-lo permanentemente junto

46 O n.º 2 do Despacho do Chefe do Executivo n.º 165/2010 prevê uma excepção àquela obrigação de procedimento prévio para os nacionais desses países que sejam membros do pessoal das missões diplomáticas e dos postos consulares, funcionários das representações das organizações internacionais e membros dos respectivos agregados familiares, dos identificados países, acreditados na República Popular da China.

47 O Despacho do Chefe do Executivo n.º 165/2010 mantém-se em vigor a coberto do n.º 2 do artigo 47.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021.

48 Que são isentos do pagamento de taxa de entrada, conforme previsto no n.º 4 do Despacho do Chefe do Executivo n.º 173/2021.

ao seu documento de viagem ou de identificação, para o caso de ser interpelado pelas autoridades.

Esta modalidade de autorização tem grande relevância prática para efeitos de turismo, pois, se a finalidade da entrada e permanência for a de turismo ou equiparada⁴⁹, a figura desburocratizada e simplificada da autorização tácita facilita enormemente o fluxo de turistas. Sublinha-se, no entanto, que se o não residente tiver outra finalidade que não apenas o turismo, terá de declarar essa outra finalidade e obter autorização formal.

Esta exigência é especialmente relevante, porque a legalidade das actividades das pessoas na RAEM depende da conformidade das mesmas com a respectiva autorização de entrada e permanência, podendo conduzir a aplicação de medida securitária em caso de desconformidade (cfr. a subalínea (4) da alínea 1) do n.º 1 do artigo 35.º).

De qualquer modo, é necessário ter em boa conta que, independentemente do tipo de autorização administrativa de entrada e permanência, a sua concessão só é possível se, no momento da entrada na RAEM, não se apurar motivo de recusa de entrada (*alínea 3) do n.º 1 do artigo 20.º*).

Com efeito, o visto ou autorização prévia não conferem definitivamente, incondicionalmente, o direito a entrar na RAEM. Mas, havendo esse visto ou autorização prévia, deve presumir-se que o seu beneficiário goza de uma presunção de regularidade em relação à pretensão de entrada, porque o processo de emissão de visto ou autorização prévia é feito com grandes cuidados, em termos de documentação do requerente, de eventuais fundamentos de recusa, de entre os previstos na lei, e das finalidades invocadas.

Por isso, uma eventual recusa de entrada a pessoa que seja beneficiário de visto ou autorização prévia de entrada só deverá assentar, por regra⁵⁰, em factos graves, designadamente de obtenção por meios fraudulentos, ou com base em factos de que a autoridades não tinham conhecimento, nem era razoavelmente exigível que tivesse conhecimento.

Para além do referido, é também condição de entrada que o prazo remanescente de validade seja compatível com o período pretendido ou padrão da estadia, em concreto, mais um período mínimo fixado regulamentarmente, e que o artigo 4.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021 fixou em 90 dias. Vejamos um exemplo: se o passaporte de determinado viajante oriundo de Portugal possuir um prazo de validade remanescente de 150 dias, a pessoa não pode

49 Vide supra, n.º 1.2.1.3. As finalidades de entrada de não residentes. Actividades de turismo e equiparadas.

50 Quanto mais não fosse, por aplicação do princípio geral da boa fé (cfr. Artigo 8.º do Código do Procedimento Administrativo).

beneficiar do prazo padrão de estadia permitida de 90 dias⁵¹, porque o período de 90 dias da estadia somado ao citado mínimo de 90 dias resulta num total de 180 dias (diferencial de 30 dias). Assim, para a pessoa poder usufruir do máximo de estadia prevista (90 dias), sem considerar eventuais prorrogações, terá que obter novo passaporte; se a pessoa não pretender usufruir desse prazo máximo, poderá obter autorização, na hipótese referida, para uma estadia de 60 dias (*90 dias, de prazo padrão, menos o citado diferencial de 30 dias*).

*

Ainda quanto a esta matéria, assinala-se que a Lei. ° 16/2021, ainda que de forma breve, legitimou a distinção entre as figuras da modalidade de entrada única e da modalidade de entrada múltipla (cfr. alínea 1) do n.° 1 do artigo 34.°).

A regra geral será a da modalidade de entrada múltipla, ou seja, durante o prazo de validade da autorização, o beneficiário poderá sair e reentrar na RAEM sem necessidade de nova autorização, salvo se tiver algum interesse nisso (*por exemplo, para que a nova data de termo autorizado seja mais longa*) e a autoridade migratória não vir nisso obstáculo⁵².

Quando o visitante entrar em Macau na “modalidade de entrada única”, a respectiva autorização de permanência extingue-se pelo facto da saída da RAEM, mesmo que o prazo de permanência não tenha expirado, à data da saída.

Esta modalidade de entrada única é a normalmente aplicável, por exemplo, nos casos dos nacionais dos países que devem obter prévio de entrada na RAEM referidos no Despacho do Chefe do Executivo n.° 165/2010, os titulares do salvo-conduto para deslocação a Hong Kong e Macau com visto individual ou vistos de viagens em excursões.

A situação de trânsito enquadra-se tipicamente situação referida na alínea 1) do n.° 1 do artigo 34.°, na modalidade de entrada única, porque, precisamente, a pessoa em causa alega o trânsito, ou seja, pretende, tipicamente, entrar uma única vez na RAEM, apenas, para depois sair, em direção ao país ou região de destino.

1.2.2.8. Informação antecipada de dados de viajantes

No domínio da lei anterior, a autoridade emigratória enfrentava a dificuldade da falta de base legal para exigir o cumprimento do sistema de informação antecipada de passageiros das companhias aéreas.

51 Cfr. alínea 1) do n.° 1 do artigo 10.° do Regulamento Administrativo n.° 38/2021.

52 Se a pessoa em causa não beneficiar de isenção de taxa de autorização de entrada, pode suceder que tenha interesse específico na modalidade de entrada única, por ser menos dispendiosa (cfr. n.°s 2 e 4 do Despacho do Chefe do Executivo n.° 173/2021).

Esse é um padrão internacional (*Informação APIS – “Advance Passenger Information System”*), que importava fazer aplicar na RAEM, segundo moldes claros, respeitando precisamente o padrão internacional.

Essa matéria ficou prevista no artigo 60.º, determinando a lei, desde logo, que as operadoras de transportes aéreos de passageiros são obrigadas a transmitir ao Corpo de Polícia de Segurança Pública, até ao final do registo de embarque, os seguintes dados, relativamente a todos os viajantes que transportarem até à RAEM, incluindo tripulantes:

Os elementos essenciais de informação de cada passageiro, que, pela sua estabilidade e decisiva importância, ficaram expressamente especificados no artigo 60.º; e

Os elementos complementares de informação, que, por poderem variar e sofrer adaptações, mesmo a nível internacional, ficam melhor estabelecidos a nível regulamentar.

Entretanto, o Regulamento Administrativo n.º 47/2022 definiu as regras complementares previstas na alínea 4) do artigo 100.º e estabeleceu um conjunto normativo coerente e harmonioso com o padrão internacional.

Por razões lógicas de controlo integral dos movimentos de entradas e saídas, e porque o legislador não distingue, a informação a prestar pelos operadores respeita a todos os viajantes, incluindo, também, os residentes de Macau e aplica-se a voos “charter” privados e helicópteros.

*

Ainda neste domínio, a Lei n.º 16/2021 inovou também porque prevê, no n.º 2 do artigo 60.º, que, quando especiais razões de segurança pública assim o justifiquem (*por exemplo, num contexto de ameaça terrorista*), o Chefe do Executivo pode determinar que os empresários comerciais que explorem transportes colectivos marítimos ou terrestres prestem ao Corpo de Polícia de Segurança Pública, no prazo que lhes for fixado, a totalidade ou parte dos elementos de informação a que se refere o número anterior.

Esta imposição, porém, não é efectuada através de acto normativo (*despacho regulamentar externo*). O necessário conhecimento prévio da determinação do Chefe do Executivo por parte dos destinatários é assegurado individualmente, mediante normal notificação directa aos empresários em causa (*eventualmente, ofício mediante registo ou protocolo*). Na verdade, a Administração conhece individualmente quem são estes operadores, em consequência do controlo público a que os mesmos estão sujeitos (vide, quanto aos transportes colectivos terrestres rodoviários, o Decreto-Lei n.º 50/88/M, de 20 de Junho, e o Regulamento Administrativo n.º 4/2004, e, quanto aos transportes marítimos, o art.º 18.º do

Regulamento das Actividades Marítimas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 90/99/M, de 29 de Novembro, republicado pelo Regulamento Administrativo n.º 12/2020).

(Continua)



**ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO
SELECCIONADOS POR REVISÃO POR PARES**

TOWARDS A GREENER FUTURE: A REVIEW OF EU'S CIRCULAR ECONOMY ACTION PLANS

Wang Kunjie

Ph.D. Candidate, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: The Circular Economy is a crucial global objective that requires increased action at both the European Union (EU) and global levels, particularly in the context of environmental policy and climate change. The European Commission's adoption of the European Green Deal in December 2019 further highlights the importance of this issue. The first Circular Economy Action Plan (CEAP) was adopted by the European Commission in December 2015 and aimed to reduce waste and increase the lifespan of products and materials, thereby facilitating the transition of Europeans to a circular economy. After three years of implementation, the European Commission updated the CEAP in March 2020 as part of its support for the European Green Deal. The new plan outlines a forward-looking agenda for a cleaner and more competitive Europe. The CEAP is a roadmap aimed at transforming the economy of Europe into a more sustainable and circular model, recently reflected in a package of legislative proposals put forth by the European Commission in March 2022. It plays a vital role in decoupling economic growth from excessive natural resource consumption. Hence, it is essential to evaluate the the experiences of the EU in executing both iterations of the CEAP to gain insight into the challenges and prospects of fostering a circular economy.

Keywords: Circular Economy; Circular Economy Action Plan (CEAP); EU environmental Policy; sustainable development.

1. Introduction

The challenge of managing finite resources is one of the defining issues of the twenty-first century, as it leads to significant impacts on the environment and



climate.¹ Reducing such impacts while improving resource productivity and meeting climate targets requires a shift towards a more circular and sustainable system.

The circular economy represents a paradigm shift in economic and resource management practices, moving away from traditional linear systems of resource depletion.² By prioritizing recycling, reusing, and repairing materials and products, it offers a solution to pressing global environmental issues, such as climate change and marine plastic pollution. The transformation towards a circular economy not only addresses these challenges but also stimulates innovation and fosters new business opportunities.³ This transition aligns with and supports the 2030 Agenda for Sustainable Development and its Sustainable Development Goals (SDGs)⁴, as well as key international agreements such as the Paris Agreement⁵, the Convention on Biological Diversity⁶, and the United Nations Convention to Combat Desertification⁷⁻⁸.

Putting the circular economy into action has been prevalent not only in the European Union (EU⁹) countries,¹⁰ but in other countries of the world as

-
- 1 As Behrens concluded in CEPS Policy Brief, “there is a direct physical relationship between the quantity of raw materials used in industrial processes and greenhouse gas (GHG) emissions, GHG emissions are emitted in all stages of the product lifecycle (including extraction, production, consumption and waste management).” See: Arno Behrens, Time to connect the dots: What is the link between climate change policy and the circular economy?, *Centre for European Policy Studies*, 337 (2016).
 - 2 Almut Reichel, Mieke De Schoenmakere, et al, Circular Economy in Europe: Developing the Knowledge Base, *European Environment Agency Report*, 2 (2016), p. 9.
 - 3 Zinaida Fadeeva and Rene Van Berkel, Unlocking Circular Economy for Prevention of Marine Plastic Pollution: An Exploration of G20 Policy and Initiatives, *Journal of environmental management*, No. 277, 2021, p. 111457.
 - 4 In particular SDG 8.4 on resource efficiency and decoupling; SDG 12.2 on sustainable management and efficient use of natural resources; SDG 15.3 on land-degradation neutrality; and SDG 15.5 on halting biodiversity loss.
 - 5 Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 12 December 2015, T.I.A.S. No. 16-1104.
 - 6 United Nations Convention on Biological Diversity, 5 June 1992, 1760 U.N.T.S. 69.
 - 7 United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 17 June 1994, 33 ILM 1328 (1994).
 - 8 Commission Staff Working Document on *Leading The Way to a Global Circular Economy: State of Play and Outlook*, SWD(2020) 100 final, Brussels, 11 March 2020.
 - 9 For simplicity, EU is used to denote the European Union and its precursors, the European Economic Community and the European Community.
 - 10 The Netherlands, France, Italy, Germany, Luxembourg, Belgium, Portugal and Spain are the leading EU countries in circular economy. See: “Which Countries Are Leading the Change in Circular Economy?,” *Construcia*, 2020/09/30, Spain.

well¹¹. In most cases, the EU has been at the forefront of international efforts to implement circular economy action plans to curb climate change.¹² The EU continues to be a pioneer in the global efforts to combat climate change, as evidenced by its various climate initiatives and its nationally determined contribution (NDC) to reduce GHG emissions.¹³ The EU also demonstrates unparalleled leadership in promoting the transition to a circular economy, which is integrated into its policy framework, particularly with regard to waste management. In recent times, the EU has made remarkable strides in advancing the circular economy through both its policy framework and practical implementation.

2. EU Progress towards a Circular Economy

This section examines the advancements the European Union has made towards a circular economy. It outlines the policy framework of the EU and its overarching policies, and concludes with an assessment of the governance practices in waste management.

2.1. Legal foundations for resource efficiency

Environmental protection is an important priority of EU law. The first formal recognition of the importance of environmental protection in the European Community treaties was introduced through the Single European Act¹⁴ and further

11 There are many countries around the Pacific Rim contributing much efforts to the transformation of green economy, such as New Zealand passed the Resource Management Act as its principal legislation for environmental management in 1991, Japan implemented the Basic Law for Establishing the Recycling-based Society to start the environmental governance in 2001, China issued Circular Economy Promotion Law which makes the circular economy a domestic political priority in 2008, the United States enacted the American Recovery and Reinvestment Act in 2009 to promote energy efficiency through capital investment and reduce energy consumption in multiple economic sectors, and, in Australia, Victoria has ten year plan to boost recycling and other actions towards a waste free future.

12 The new Circular Economy Action Plan 'For a cleaner and more competitive Europe' confirms that the EU will continue to lead the way to a circular economy at the global level.

13 In December 2020, the EU submitted its updated NDC targets to reduce emissions by at least 55% by 2030 from 1990 levels. Its initial NDC under the Paris Agreement was the commitment to reduce greenhouse gas emissions by at least 40% by 2030 compared to 1990, under its wider 2030 climate and energy framework. See: Beatriz Pérez de las Heras, European Climate Law (s): Assessing the Legal Path to Climate Neutrality, *Romanian Journal of European Affairs*, 21.2 (2021), pp. 19-32.

14 See Articles 130r to 130t of the Single European Act, *OJ L169*, 29 June 1987.

refined in the Maastricht Treaty¹⁵ and the Amsterdam Treaty^{16,17} The Lisbon Treaty¹⁸ elevated environmental protection to a key goal of the EU, along with sustainable development and principles related to economic growth and external action.¹⁹ These legal provisions complement EU environmental policy initiatives in areas such as waste management and energy efficiency.

The TFEU outlines the guiding principles and objectives of environmental protection policies, as embodied in Articles 191 to 193.²⁰ Article 191 outlines the commitment of the EU to ensuring the prudent and rational use of resources, addressing climate change, and operating under the precautionary principle, the principle of preventive action, and the polluter pays principle. These articles provide the legal framework for the actions of the EU in promoting sustainable use of resources and the circular economy.

2.2. The action plan of the EU for a circular economy

The EU is the birthplace of circular economy legislation, with prescribing policies and legislative requirements for its member states in the form of European Commission Directives, hence ensuring that the EU member states played a significant role in driving innovation in the early stages of the circular economy.²¹ In 1975, the EU enacted its first waste management framework directive,²² which was largely ineffective. It was amended twice in 1991.²³ In 1994, Germany passed

15 See Articles 174 to 176 of the Treaty of Maastricht, *OJ C*191, 29 July 1992.

16 See Article 2 and Article 6 of the Treaty of Amsterdam, *OJ C* 340, 10 November 1997.

17 Leonardo Massai, *European Climate and Clean Energy Law and Policy*, Earthscan, London, 2012, pp. 1-7.

18 The Lisbon Treaty is in fact a set of amendments to the two main treaties governing the EU: The Treaty on European Union (TEU) and the Treaty establishing the European Community (TEC) which was renamed the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

19 Article 3, paragraph 3 of the TEU refers to sustainable development as one of the goals of the EU, paragraph 5 refers to the EU's role in achieving sustainable development on the earth. Article 21(2)d and f of the TEU refers to sustainable development is also related to the foreign policy and external action of the EU.

20 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C* 326, 26 October 2012, pp. 86-88.

21 G. Gordon Davis and Jessica Anne Hall, Circular Economy Legislation: The International Experience, in *Paper for the environment and natural resources protection Committee of the National People's congress*, May 2006.

22 Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on *Waste*, Council of the European Communities, *OJ L* 194, 25 July 1975.

23 The 1991 amendments firmly established the “Reduce, Reuse, Recycle” priorities for the EU, another two more amendments were promulgated in 1996. Then, the 1975 directive on waste

the Act for Promoting Closed Substance Cycle Waste Management and Ensuring Environmentally Compatible Waste Disposal,²⁴ which established the foundation of “closed loop recycling”²⁵. In 2008, the EU launched the Waste Framework Directive (Directive 2008/98/EC)²⁶ as a comprehensive policy framework for waste management. This directive defines key waste-related terms and lays down measures to protect the environment through the reduction of waste, using a five-step “waste hierarchy”²⁷. In addition, there are several EU directives addressing specific materials and products, such as packaging, end-of-life vehicles, waste electrical and electronic equipment, and batteries and accumulators.²⁸ Prior to 2010, the legislation of the EU and the actions in the area of circular economy primarily focused on waste management and environmental impact reduction, rather than on economic development.

In response to the global financial crisis of 2008, the EU proposed a shift from a linear economy model to a circular economy model to drive economic transformation and development while continuously improving the resource efficiency.²⁹ To support this initiative, the EU established the Ecodesign

management and its four amendments constitute the framework for the EU member states to enact legislation on waste management. Pursuant to this framework, EU member states must enact legislation to prevent “uncontrolled discarding, discharge and disposal of waste” and to promote reducing, reusing and recycling in order, instead of over disposal.

- 24 This Act implements Council Directive 91/156/EEC of 18 March 1991 for amendment of Directive 75/442/EEC on waste (EC Official Journal no. L 78 p. 32) and of Council Directive 94/31/EC of 27 June 1994 for amendment of Directive 91/689/EEC on hazardous waste (EC Official Journal no. L 168 p. 28).
- 25 The 1994 Act brought the “closing loop recycling” throughout the supply chain, stipulated the extended producer responsibility system which is responsible for the entire life cycle of the product, with the aim to force producers to consider how to decompose and reuse their products during the product design.
- 26 Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on *waste and repealing certain Directives* (Directive 2008/98/EC), *OJ L* 312, 22 November 2008, pp. 3-30.
- 27 The waste hierarchy established a priority order from prevention, preparation for reuse, recycling and energy recovery through to disposal.
- 28 Namely, Directive 94/62/EC on packaging and packaging waste, Directive 2000/53/EC on end-of-life vehicles, Directive 2012/19/EC on waste electrical and electronic equipment and Directive 2006/66 on batteries and accumulators. The extended producer responsibility is also enshrined in these above four sectoral waste directives.
- 29 Igor Taranic, Arno Behrens, and Corrado Topi, Understanding the Circular Economy in Europe, from Resource Efficiency to Sharing Platforms: The CEPS Framework, *Centre for European Policy Studies*, 143 (2016).



Directive³⁰ in 2009, providing a consistent EU-wide framework for improving the environmental performance of products through eco-design. The Waste Framework Directives and the Ecodesign Directives are critical components of the policy framework for a resource-efficient circular economy in the EU. In 2010, the EU released the Europe 2020 Strategy,³¹ which made resource efficiency improvement a central component of the strategy of the EU for sustainable economic development. Since then, the EU has linked its circular economy efforts to the promotion of economic growth.

In 2011, the Roadmap to a Resource Efficient Europe was launched with the objective of enhancing resource productivity and breaking the link between economic growth and resource utilization and its negative impact on the environment.³² In 2013, the EU's 7th Environment Action Programme³³ further enhanced this vision, with a focus on transitioning from a linear economy to a circular one. To achieve this, the EU launched its first Circular Economy Action Plan (CEAP)³⁴ in 2015, which aimed to improve resource efficiency and waste management. This marked the beginning of a comprehensive effort to promote the circular economy and transform the economic development model of the EU towards sustainable growth, increased competitiveness, and job creation. To support this transition, the EU developed a package of measures in 2015, including legislative proposals on waste, recycling, and reuse. In 2017, the European Commission introduced additional measures, including the establishment of a circular economy financial support platform and rules on hazardous substances

30 Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products, European Parliament, Council of the European Union, OJ L 285/10, 31 October 2009.

31 The EU adopted the Europe 2020 Strategy in 2010, aims at supporting a smarter, inclusive and more sustainable and economy for the EU over a period of 10 years.

32 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *Roadmap to a Resource Efficient Europe*, COM(2011) 571 final, Brussels, 20 September 2011.

33 This programme is intended to help guide EU action on the environment and climate change up to and beyond 2020 based on the following vision: "In 2050, we live well, within the planet's ecological limits. Our prosperity and healthy environment stem from an innovative, circular economy where nothing is wasted and where natural resources are managed sustainably, and biodiversity is protected, valued and restored in ways that enhance our society's resilience. Our low-carbon growth has long been decoupled from resource use, setting the pace for a safe and sustainable global society."

34 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *Closing the loop – An EU action plan for the Circular Economy*, COM(2015) 614 final, Brussels, 02 December 2015.

in electrical and electronic equipment.³⁵ In 2018, EU Strategy for Plastics in the Circular Economy³⁶ was introduced to alleviate the over-consumption of plastics and its associated environmental problems. In May 2018, the EU made four legislative proposals on waste management to reduce the waste volume in landfills, promote recycling, and encourage citizen responsibility in waste management. In December 2019, the European Green Deal³⁷ was launched, with the core strategic goal of achieving climate-neutrality by 2050 and decoupling economic growth from resource use. This was followed by the updated CEAP in March 2020,³⁸ which focuses on the entire life cycle of products and outlines a path towards a cleaner and more competitive Europe.³⁹

The analysis of the progress of the European Union in transitioning to a circular economy demonstrates the presence of a highly advanced policy framework, ranking among the most developed in the world in terms of environmental protection. This progress is evident in the comprehensive action plans outlined above that chart the journey of the EU towards a circular economy. This transition can be divided into two distinct phases, marked by the Europe 2020 Strategy. The first phase, spanning from 1975 to 2010, focused on waste management, while the second phase, from 2010 to 2021, saw a redefinition of the circular economy and a shift from a linear model to a closed-loop system.

2.3. EU waste management governance strategies

The above analysis of the progress of the EU in the circular economy also demonstrates a significant shift in its waste management strategy. Previously focused on end-of-pipe treatment and pollution prevention, the EU now views waste as a resource and aims to promote a circular economy where natural resources are managed sustainably and nothing goes to waste.⁴⁰ As waste

35 Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *the implementation of the Circular Economy Action Plan*, COM(2017) 33 final, Brussels, 26 January 2017.

36 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *A European Strategy for Plastics in a Circular Economy*, COM(2018) 28 final, Brussels, 16 January 2018.

37 Communication from the Commission on *the European Green Deal*, COM(2019) 640 final, Brussels, 11 December 2019.

38 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *A new Circular Economy Action Plan for a cleaner and more competitive Europe*, COM(2020)98 final, Brussels, 11 March 2020.

39 *Ibid.*, COM(2020)98 final.

40 Press Release, *Changing How We Produce and Consume: New Circular Economy Action Plan Shows the Way to A Climate-Neutral, Competitive Economy of Empowered Consumers*, European

management plays a central role in the circular economy, it is essential to review the EU policy framework and the national policy framework for waste management, using Germany as a case study. This will provide valuable insights into the legal, policy and regulatory frameworks that serve as reference points for states that have already taken steps towards a circular economy transition, as well as for those that have yet to do so but plan to in the future.

The Waste Framework Directive⁴¹ establishes the guiding principles and legal foundation for waste management in the EU. Key provisions of the Directive include the principles of the waste hierarchy, the polluter pays principle and extended producer responsibility. These provisions have been incorporated into national law by EU Member States.

At the EU governance level, the Directorate-General for Climate Action (DG CLIMA) leads the efforts of the European Commission to combat climate change both within the EU and globally.⁴² This policy-making DG is responsible for developing and facilitating the implementation of cost-effective policies and environmental legislation, as well as monitoring the enforcement of EU climate legislation within the EU.⁴³ The DG CLIMA releases a strategic plan every five years to outline the overarching environmental policy direction, objectives, and corresponding evaluation indicators. The 2016-2020 Strategic Plan aligns with the 7th Environment Action Programme, aimed at fostering the transformation towards a circular economy society by changing the production and consumption patterns of EU member states.⁴⁴ The 2020-2024 Strategic Plan sets the ambitious goal of becoming the first climate-neutral and climate resilient continent by 2050.⁴⁵

In response to the DG CLIMA's strategic plan, the Member States of the EU have also formulated policy guidelines and identified priority actions at the national level. For instance, the German Resource Efficiency Programme (ProgRess)⁴⁶ prioritizes closed-loop management and the recycling and reuse

Commission, 11 March 2020.

41 Directive 2008/98/EC.

42 DG CLIMA was set up in 2010, climate change having previously been handled by the Commission's DG Environment.

43 DG Climate Action Ares(2016)1970101, Strategic plan of the Directorate-General for Climate Action, setting out the department's vision for 2016-2020 (Strategic Plans 2016-2020), European Union, Directorate-General for Climate Action, 26 April 2016, p. 3.

44 *Ibid.*, Strategic Plans 2016-2020, pp. 3-6.

45 DG Climate Action Ares(2020)4936136, Strategic Plan of the Directorate-General for Climate Action, setting out the department's vision for 2020-2024 (Strategic Plans 2020-2024), European Union, Directorate-General for Climate Action, 21 September 2020, p. 4.

46 German Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation, Nuclear Safety and

of raw materials. The Netherlands has launched a government-wide programme for a circular economy, incorporating the Waste to Resources (Van Afval Naar Grondstof-VANG) and Biobased Economy initiatives, which respectively focus on the sustainable use of raw materials and the transition from fossil-based to biomass-based raw materials.⁴⁷ Additionally, Finland has made substantial revisions to its waste management plan, focusing on the transition from a recycling-oriented society to a circular economy society.⁴⁸

At the national level, Germany serves as a prime example of effective waste management regulation. Its framework influences not only the waste management policies of the EU but also those of other Member States.⁴⁹ Firstly, the German legal framework on waste management encompasses European laws, the federal Waste Management Act (KrWG),⁵⁰ state law and municipal waste disposal law.⁵¹ Secondly, the KrWG imposes stricter measures on waste management while still being consistent with the Waste Framework Directive (Directive 2008/98/EC). It categorizes waste into two types: waste for recycling or energy recovery, which is the responsibility of the waste owner or producer, and waste of other origins to be disposed of, which is managed by public waste companies.⁵² Thirdly, the German waste management system adopts a multi-level governance approach, which encompasses both vertical and horizontal governance. Vertical governance is reflected in the allocation of overall responsibility for waste management and circular economy issues to the environmental department by both federal and local governments. Horizontal governance is established through communication mechanisms at various levels to ensure that governance policies at all levels are in line with national legal norms and policy frameworks (as illustrated in Fig.

Consumer Protection, *The German Resource Efficiency Programme II*, 2020.

- 47 Netherlands Ministry of Infrastructure and the Environment and the Ministry of Economic Affairs, also on behalf of the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, *A Circular Economy in the Netherlands by 2050*, 2016.
- 48 Commission Staff Working Document on *the EU Environmental Implementation Review 2019 – Country Report - FINLAND*, SWD(2019) 136 final, Brussels, 4 April 2019.
- 49 As mentioned in section 2.2-the summary of EU action plan for a circular economy, the Germany 1994 Act (KrWG) laid the foundation of the “closed loop recycling” for future legislation on waste management. Another example is the EU issued new directives in 1991, mainly in response to the ambitious packaging waste program launched by Germany in the same year.
- 50 German Act Reorganising the Law on *Closed Cycle Management and Waste* (Gesetz zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts) of 24 February 2012 (now called German Circular Economy Act (KrWG)).
- 51 Deutsche Gesellschaft für and Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, *Germany’s Waste Management Policy Development – A Focus on Municipal Solid Waste*, 2019, p. 9.
- 52 German Circular Economy Act (KrWG), pp. 4-10.

1). In conclusion, the multi-level governance mode adopted by Germany in its waste management system not only leads to effective and organized waste and renewable resource management but also encourages communication and sharing of experiences among government levels. This approach can serve as a valuable reference for other nations seeking an efficient governance mode for waste management.

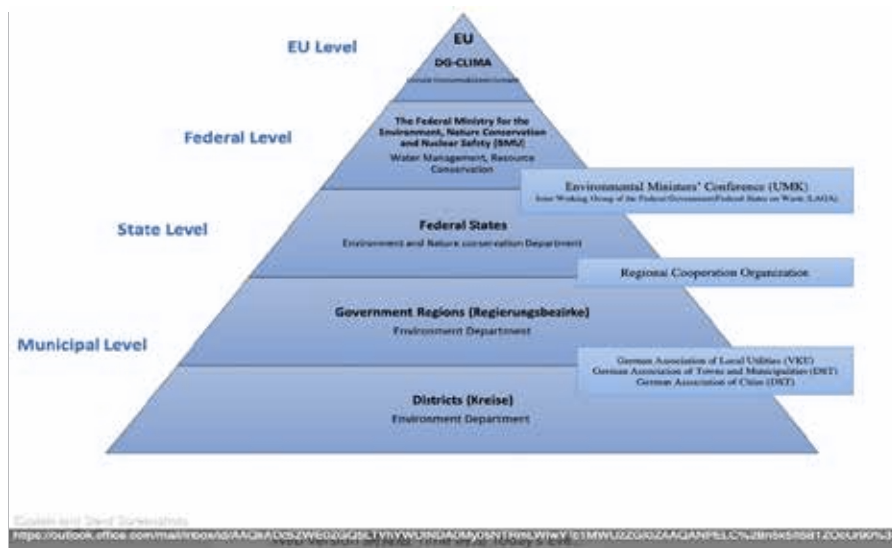


Fig. 1. The German multi-level governance mode on waste management

3. EU’s Circular Economy Action Plans

The Circular Economy Action Plans (CEAPs) of the EU comprise a comprehensive strategy aimed at promoting sustainable economic growth and resource efficiency. The EU has implemented its first CEAP, and now has a new action plan with key measures that seek to reduce waste, increase recycling, and encourage the use of renewable energy. This section provides an overview of the implementation of the first CEAP of the EU,⁵³ highlights the key features of the new CEAP⁵⁴, and shares practical experiences gained by the EU.

53 Communication COM(2015) 614 final.

54 Communication COM(2020) 98 final.

3.1. The implementation of the initial circular economy action plan

The initial CEAP of the EU has shown promising results towards reshaping the European economy to be carbon-neutral, resource-efficient and competitive. This CEAP comprised a range of actions to achieve this, focusing on circular design and production processes, empowering consumers, turning waste into resources, closing loops of recovered materials, taking a systemic approach to plastics, encouraging innovation and investments, and promoting strong stakeholder engagement.⁵⁵

This plan emphasized the importance of intelligent design in ensuring product cyclicality,⁵⁶ as well as active citizen engagement in changing consumption patterns.⁵⁷ The EU revised its waste management framework⁵⁸ and launched the Raw Materials Information System to monitor recycling, as well as proposed standardized processes to develop the secondary raw material market.⁵⁹ The EU Strategy for Plastics in a Circular Economy⁶⁰ sets a target for all plastic packaging to be reusable or recyclable by 2030 and launched a voluntary commitment campaign to promote the recycled plastics market. The EU dedicated a significant amount of public funding to accelerate the transition,⁶¹ and stakeholder engagement played a significant role in the success of the plan. This action plan has sparked national discussions on circular economy, and the majority of EU Member States have either adopted or are in the process of adopting national strategies for a circular economy.⁶²

55 Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *the implementation of the Circular Economy Action Plan*, COM(2019) 190 final, Brussels, 4 March 2019.

56 With the implementation of the Ecodesign Working Plan 2016-2019, the European Commission has further promoted the circular design of products together with energy efficiency goals, including taking specific measures for the eco-design and energy efficiency labeling system of a variety of products, such as the availability of product spare parts, ease of maintenance, and facilitating end-of-life treatment. Communication from the Commission on *Ecodesign Working Plan 2016-2019*, COM(2016) 773 final, Brussels, 30 November 2016.

57 Communication COM(2019) 190 final.

58 OJL150, 14 June 2018, p. 93, 100, 109, 141. Directive 2008/98/EC on *waste*, Directive 1999/31/EC on *the landfill of waste*, Directive 94/62/EC on *packaging and packaging waste*, Directive 2000/53/EC on *end-of life vehicles*, Directive 2006/66/EC on *batteries and accumulators and waste batteries and accumulators*, Directive 2012/19/EU on *waste electrical and electronic equipment*.

59 Communication COM(2019) 190 final, p. 3.

60 Communication COM(2018) 28 final.

61 Communication COM(2019) 190 final, pp. 8-9.

62 *Ibid.*, pp. 9-10.

3.2. Key measures of the new circular economy action plan

The new CEAP launched in 2020 includes several key measures to create a cleaner and more competitive Europe.⁶³ The new plan aims to establish a sustainable product policy framework by expanding the Ecodesign Directive to cover electronics, textiles, furniture, and other products with high environmental impact.⁶⁴ The plan also focuses on key product value chains, such as electronics, batteries and vehicles, packaging, plastics, textiles, construction and buildings, food, water, and nutrients.⁶⁵ Additionally, the plan proposes measures to enhance waste policy, create circularity in a toxic-free environment, and ensure circularity benefits people, regions, and cities.⁶⁶ The plan also includes crosscutting actions to strengthen the synergy between circular economy and GHG emissions, to apply economic and financial means, and to promote the transition through research, innovation, and digitalisation.⁶⁷ Lastly, the Commission aims to monitor the circular economy progress by updating the monitoring framework and relying on European statistical data.⁶⁸ The plan also seeks to lead global efforts on the circular economy.⁶⁹

3.3. Conclusion

The 2020 CEAP represents a significant improvement over its predecessor. This new plan boasts a more comprehensive and robust framework, featuring several prominent and strong initiatives in key areas. By leveraging the expertise and collaboration of economic actors, consumers, citizens, and civil society organizations, the new plan presents a future-oriented agenda for a cleaner and more competitive Europe.⁷⁰

The practical experiences of the EU with the circular economy action plan provide valuable insights for policymakers seeking to promote the transition to a circular economy. These experiences can be analyzed from three dimensions: macro, meso, and micro. At the macro level, the circular economy policies of the EU not only focus on resource efficiency but also prioritize enhancing corporate competitiveness, creating job opportunities, and boosting the economy. Effective

63 Communication COM(2020) 98 final.

64 *Ibid.* pp. 3-6.

65 *Ibid.* pp. 6-12.

66 *Ibid.*, pp. 12-16.

67 *Ibid.*, pp. 16-17.

68 *Ibid.*, pp. 18-19.

69 *Ibid.*, p. 18.

70 *Ibid.*, p. 2.

waste management requires clear reduction targets and measures to increase recycling rates and reduce landfill volumes. The concept of waste should be simplified, and financial means adopted for effective management. At the meso level, the new CEAP of the EU places a greater emphasis on supporting small and medium-sized enterprises (SMEs) in the industry and consumption sectors. This marks a shift from solely relying on large enterprises to demonstrate circular economy practices, which could hinder market and business opportunities. Additionally, the new plan establishes a service system that supports complete maintenance, sharing, and recycling, further strengthening consumer protection. At the micro level, the new action plan empowers consumers by providing them with sufficient information on products to make informed choices. A service system that supports complete maintenance, sharing, and recycling is also necessary. Ecodesign for products is critical since the circular economy begins at the start of the product life cycle. Producers must implement specific measures to improve repairability, upgradability, durability, and recyclability, and establish design guidelines. Encouraging enterprises to develop new business models through incentivizing maintenance and reuse services, and establishing a digital consumer platform to realize product sharing and other environmentally friendly practices is another essential aspect.

4. The road ahead: towards the climate-neutrality goal

The transition towards a circular economy in the EU is now supported by a growing number of policies and initiatives, including the European Green Deal,⁷¹ the European Climate Law,⁷² and a package of legislative measures adopted by the Commission. However, to achieve the goal of climate-neutrality for Europe by 2050, it is essential to overcome the barriers and challenges that exist at multiple levels.

At a global level, the new circular economy action plan of the EU responds to the worldwide bans on waste imports by countries such as China, Malaysia, Thailand, and Vietnam. The plan aims to prevent the EU from exporting its waste challenges to other countries and to address climate change as a transboundary challenge that requires collaboration between countries. To achieve a truly circular global economy, the EU proposes to build a global circular economy alliance and

71 Communication COM(2019) 640 final.

72 Regulation (EU) 2021/1119 of the European Parliament and of the Council of 30 June 2021 establishing the framework for achieving climate neutrality and amending Regulations (EC) No 401/2009 and (EU) 2018/1999 ('European Climate Law'), *OJ L* 243, 9 July 2021.

work closely with other states.

However, at the EU level, the implementation of a circular economy still faces various political, social, economic, and technological barriers.⁷³ These include a lack of awareness and technological support for circular economy solutions among enterprises, low demand for sustainable products and services, and a need for incentive mechanisms to promote behavioral change. The EU needs to expand the transition to all industries and provide clearer directions and areas of action plans.

The transition of the EU to a circular economy also requires Member States to establish preventive measures to incorporate related Directives into national law, establish policy guidelines and action priorities, and encourage waste minimization and the use of reusable packaging. However, progress towards a circular economy varies among Member States, with only a few countries establishing circular economy strategies, such as Germany, the Netherlands, and Finland.⁷⁴

The EU is at the forefront of promoting the transition to a circular economy. However, the successful implementation of this model is hindered by numerous obstacles that must be overcome to achieve the important goal of separating natural resource consumption and environmental impacts from economic growth. To this end, the CEAP serves as a roadmap and is being steadily put into action through the introduction of legislative and non-legislative initiatives. It is anticipated that the CEAP will remain an integral part of the effort to decouple economic growth from the unsustainable use of natural resources.

BIBLIOGRAPHY

I. BOOKS

Leonardo Massai, *European Climate and Clean Energy Law and Policy*, Earthscan, London, 2012.

II. JOURNALS/ PERIODICALS/ ARTICLES

Arno Behrens, Time to connect the dots: What is the link between climate change policy and the circular economy?, *Centre for European Policy Studies*, 337 (2016).

73 European Commission, Directorate-General for Environment, *The Circular Economy: Connecting, Creating and Conserving Value*, Publications Office, 2014.

74 Teresa Domenech and Bettina Bahn-Walkowiak, Transition Towards a Resource Efficient Circular Economy in Europe: Policy Lessons from the EU and the Member States, *Ecological Economics*, 155 (2019), pp. 7-19.

G. Gordon Davis and Jessica Anne Hall, Circular Economy Legislation: The International Experience, in *Paper for the environment and natural resources protection Committee of the National People's congress*, May 2006.

Teresa Domenech and Bettina Bahn-Walkowiak, Transition Towards a Resource Efficient Circular Economy in Europe: Policy Lessons from the EU and the Member States, *Ecological Economics*, 155 (2019).

Zinaida Fadeeva and Rene Van Berkel, Unlocking Circular Economy for Prevention of Marine Plastic Pollution: An Exploration of G20 Policy and Initiatives, *Journal of environmental management*, 277 (2021).

Beatriz Pérez de las Heras, European Climate Law (s): Assessing the Legal Path to Climate Neutrality, *Romanian Journal of European Affairs*, 21.2 (2021).

Almut Reichel, Mieke De Schoenmakere, et al, Circular Economy in Europe: Developing the Knowledge Base, *European Environment Agency Report*, 2 (2016).

Igor Taranic, Arno Behrens, and Corrado Topi, Understanding the Circular Economy in Europe, from Resource Efficiency to Sharing Platforms: The CEPS Framework, *Centre for European Policy Studies*, 143 (2016).

III. OTHER DOCUMENTS

European Commission, Directorate-General for Environment, *The Circular Economy: Connecting, Creating and Conserving Value*, Publications Office, 2014.

Deutsche Gesellschaft für and Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, *Germany's Waste Management Policy Development – A Focus on Municipal Solid Waste*, 2019.

German Federal Ministry for the Environment, Nature Conservation, Nuclear Safety and Consumer Protection, *The German Resource Efficiency Programme II*, 2020.

Press Release, *Changing How We Produce and Consume: New Circular Economy Action Plan Shows the Way to A Climate-Neutral, Competitive Economy of Empowered Consumers*, European Commission, 2020.

The Ministry of Infrastructure and the Environment and the Ministry of Economic Affairs, also on behalf of the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of the Interior and Kingdom Relations, *A Circular Economy in the Netherlands by 2050*, 2016.

IV. NEWS

“Which Countries Are Leading the Change in Circular Economy?,” Construcția, 2020/09/30, Spain.

V. INSTRUMENTS

A. EU

EU Treaties

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ C* 326, 26 October 2012.

The Single European Act, *OJ L*169, 29 June 1987.

The Treaty of Maastricht, *OJ C*191, 29 July 1992.

The Treaty of Amsterdam, *OJ C* 340, 10 November 1997.

EU Directives

Council Directive 75/442/EEC of 15 July 1975 on *Waste*, Council of the European Communities, *OJ L* 194, 25 July 1975.

Directive 2008/98/EC of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on *waste and repealing certain Directives*, *OJ L* 312, 22 November 2008.

Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009 *establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products*, European Parliament, Council of the European Union, *OJ L* 285/10, 31 October 2009.

EU Non-Binding Instruments

Commission Staff Working Document on *the EU Environmental Implementation Review 2019 – Country Report - FINLAND*, SWD(2019) 136 final, Brussels, 4 April 2019.

Commission Staff Working Document on *Leading the Way to a Global Circular Economy: State of Play and Outlook*, SWD(2020) 100 final, Brussels, 11 March 2020.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *Roadmap to a Resource Efficient Europe*, COM(2011) 571 final, Brussels, 20 September 2011.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *Closing the loop – An EU action plan for the Circular Economy*, COM(2015) 614 final, Brussels, 02 December 2015.

Communication from the Commission on *Ecodesign Working Plan 2016-2019*, COM(2016) 773 final, Brussels, 30 November 2016.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *A European Strategy for Plastics in a Circular Economy*, COM(2018)

28 final, Brussels, 16 January 2018.

Communication from the Commission on *the European Green Deal*, COM(2019) 640 final, Brussels, 11 December 2019.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *A new Circular Economy Action Plan for a cleaner and more competitive Europe*, COM(2020)98 final, Brussels, 11 March 2020.

DG Climate Action Ares (2016) 1970101, Strategic plan of the Directorate-General for Climate Action, setting out the department's vision for 2016-2020 (Strategic Plans 2016-2020), European Union, Directorate-General for Climate Action, 26 April 2016.

DG Climate Action Ares (2020) 4936136, Strategic Plan of the Directorate-General for Climate Action, setting out the department's vision for 2020-24 (Strategic Plan 2020-2024), DG Climate Action, European Commission, 21 September 2020.

Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *the implementation of the Circular Economy Action Plan*, COM(2017) 33 final, Brussels, 26 January 2017.

Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on *the implementation of the Circular Economy Action Plan*, COM(2019) 190 final, Brussels, 4 March 2019.

B. Other International Organisations

Paris Agreement to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 12 December 2015, T.I.A.S. No. 16-1104.

United Nations Convention on Biological Diversity, 5 June 1992, 1760 U.N.T.S. 69.

United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, Particularly in Africa, 17 June 1994, 33 ILM 1328 (1994).

C. National Legal Instruments

German Act Reorganising the Law on *Closed Cycle Management and Waste* (Gesetz zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts) of 24 February 2012 (KrWG).



O REGIME DA FALTA DE CONSCIÊNCIA DA DECLARAÇÃO NO CÓDIGO CIVIL DE MACAU: UM PASSO DECISIVO PARA A OBJETIVAÇÃO

Xiaoding Fan*

Estudante de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Resumo: A questão da falta de consciência da declaração tem sido objeto de discussão em relação à prevalência da vontade real do declarante ou à aparência criada pela declaração. O Código Civil de Macau adotou uma posição intermédia moderna baseada na culpa. Com a alteração da função da culpa, a falta de consciência da declaração por si só deixou de implicar responsabilidade pelo dano causado à confiança. No caso de a falta ser culposa, tradicionalmente remedeia-se através do regime de erro. Segundo o nosso Direito Positivo de natureza objetivista, raramente se verificam os requisitos da respectiva admissibilidade, tornando a declaração definitivamente válida e eficaz.

Palavras-chaves: Falta de consciência da declaração; teoria da culpa, anulabilidade; erro; Código Civil de Macau.

I. Introdução

Num âmbito de triunfo da autonomia privada como o do Direito Civil, a

* LL.B. (Universidade Católica Portuguesa), LL.M. (Universidade de Macau); E-mail: manuelxdf@gmail.com.

No presente artigo seguimos o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. Estou profundamente grato a dois revisores anónimos pelos seus comentários úteis numa versão anterior e ao Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da UM pela edição posterior.

capacidade de expressar-se livre e conscientemente é essencial para a validade e eficácia dos negócios jurídicos. À luz do princípio fundamental de Autonomia Privada, a falta dos elementos volitivos, nomeadamente a falta de consciência de declaração, constitui um dos vícios mais graves, determinando controversamente a inexistência da própria declaração.

No entanto, especialmente com o aumento significativo das transações jurídicas na nossa época, o referido princípio entrou em conflito com a proteção da confiança de quem acreditou na “aparência” da declaração. Procura-se, por isso, encontrar um equilíbrio entre esses dois interesses fundamentais no Direito Privado.

Com a nova codificação do Código Civil de Macau em 1999 (doravante designado por CCM), abandonou-se a posição adotada pelo Código Civil de Portugal em 1966 (doravante designado por CCP), alterando-se o tratamento do problema da falta de consciência de declaração de uma posição subjetivista, embora atenuada, para uma posição intermédia baseada na culpa. Essa opção desencadeia implicações próprias e peculiares no nosso CCM.

O presente estudo começará por traçar, indispensavelmente, as discussões doutrinárias clássicas em relação à consequência da falta de consciência de declaração. Será seguido por uma apresentação da tomada de posição pelo CCM de 1999 e concluído por uma análise das implicações da mesma no âmbito do CCM, particularmente sobre a nova figura implicada – a falta *culposa* de consciência de declaração.

II. Desenvolvimento e discussão doutrinários

A partir do século XIX, suscitou-se uma discussão intensa entre os autores, particularmente os germânicos, sobre o núcleo essencial de um negócio jurídico (e as suas respetivas consequências jurídicas no caso de ausência de cada elemento volitivo). No entanto, até à atual data na Alemanha, ainda não se chegou a uma conclusão definitiva, especialmente em relação ao caso de falta de consciência da declaração.¹ As doutrinas tinham adotado sucessivamente, nos primeiros tempos, as duas vertentes tradicionais mais puras – a subjetivista e a objetivista –, para que, posteriormente, surgisse uma série de teorias ecléticas ou intermediárias a corrigir as injustiças causadas pelas teorias previamente mencionadas, dentro das quais se destaca a denominada teoria de culpa.

1 HANS-JOACHIM MUSIELAK, *Zum Verhältnis von Wille und Erklärung: Eine Auseinandersetzung mit dem Tatbestand der Willenserklärung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 211. Bd, H. 6, 2011, S. 769.

A. Teoria subjetivista

A teoria subjetivista ou da vontade (*Willentheorie*) pode remontar até ao século XIX, quando Savigny afirmou, na sua obra *System des heutigen römischen Rechts*, a relação clássica entre a declaração e a vontade:

*“Na verdade, a vontade em si deve ser pensada como a única coisa importante e efetiva, e apenas por ela ser um evento interno e invisível, podemos ter um sinal pelo qual ela possa ser reconhecida por outros. Esse sinal pelo qual a vontade se revela é exatamente a declaração.”*².

Para Savigny, a realização do direito de autodeterminação individual é extremamente importante nas relações de direito privado. Savigny divide a declaração da vontade em três elementos: a vontade, a declaração da vontade e a conformidade entre a vontade e a declaração, sendo a vontade interna o elemento mais importante.

Posteriormente, com a iniciação de formação de escalões da “vontade”³ e a sua posterior tripartição psicológica corrente da vontade no final do século XX⁴ (durante muito tempo a vontade foi considerada como um fenómeno unitário, tradicionalmente encontrada em Savigny⁵), para que uma declaração de vontade seja válida e eficaz, além de ter a vontade mínima da ação (*Handlungswille*), cuja ausência levaria quase unanimemente à inexistência do negócio jurídico, o declarante ainda precisa de “estar consciente” de que a sua ação está a constituir uma declaração (*Erklärungsbewusstsein*)⁶ e de ter uma vontade específica de negócio (*bestimmter Geschäftswille*)⁷.

2 “Denn eigentlich muss der Wille an sich als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur weil er ein inneres, unsichtbares Ereigniß ist, dürfen wir eines Zeichens, woran er von anderen erkannt werden könne, und dieses Zeichen, wodurch sich der Wille offenbart, ist eben die Erklärung”, FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. III, Veit und Comp., 1840, S. 258.

3 A dissecação da vontade pode levar-nos demasiado longe, causando uma “falta de uniformidade na distinção e designação dos diversos elementos volitivos”. Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 225, nota de rodapé n.º 107, 108.

4 HEINRICH LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 14.ª ed., 1963, S. 134, 135.

5 SAVIGNY, *System...*, III, S. 5, 98-9.

6 Também é mencionado em alguns manuais e traduções como “vontade de relevância negocial da ação” (*Geltungswille*). Cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, editado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 5.ª ed., GestLegal, 2020, p. 420.

7 Há autores que designam este elemento por «vontade de efeito» (*Erfolgswille*) e “vontade de

Com isto, gerou-se uma discussão mais desenvolvida — *vinho novo em odres velhos* — sobre a essencialidade de um específico elemento volitivo, cujo ponto alto culmina na controversa dispensabilidade de consciência de declaração para a existência de um negócio jurídico, ou seja, pergunta-se se uma declaração negocial ainda podia subsistir se o declarante não soubesse que está a emitir uma declaração juridicamente vinculante. O caso clássico que derivou desta polémica foi precisamente o caso do leilão dos vinhos e as respetivas variáveis⁸.

Portanto, para quem adira à teoria subjetivista e confira ao elemento volitivo um valor máximo, sem quaisquer restrições, se o declarante possuir apenas a intenção de agir, mas não souber que está a emitir uma declaração vinculante, condenará o negócio jurídico a ser inexistente ou nulo, visto que, segundo os apoiantes desta teoria⁹, a consciência de declaração é uma das condições de existência do negócio jurídico, sendo impossível que subsista um negócio jurídico sem vontade (de declaração).

Naturalmente, esta posição tem sido fortemente criticada por ter sacrificado completamente os interesses de quem recebeu e confiou na tal declaração “aparente”, ignorando totalmente qualquer espaço mínimo de interpretação do conteúdo daquela declaração. Entende-se, assim, que este absoluto culto ao direito de autodeterminação levaria à falta de segurança nas transações jurídicas.

B. Teoria objetivista

A teoria objetivista ou da declaração (*Erklärungstheorie*) surgiu com base na censura da teoria de vontade e começou a tomar forma durante o debate entre Otto Bähr e Windscheid na década de 1870. Ambos argumentaram que a teoria de vontade falhava no princípio da confiança em casos específicos, afirmando que o declarante deveria ser “responsabilizado pela aparência externa da sua vontade, como se realmente a tivesse querido”¹⁰.

conteúdo” (*Inhaltswille*). Cfr. MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.^a impr., Almedina, 1966, p. 127; e a sua respetiva versão chinesa traduzida por Ng Kei Kei, Law Press China, 2018, p. 144.

8 Com referência aos acórdãos: RGZ 26, 322 ff; BGH, Urt. v. 07.06.1984 - IX ZR 66/83; BGHZ 91, 324 ff.

9 ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Tratado de derecho civil*, I, 2.º, vol. 1.º, 71 ss; G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 5, 25 e *passim*; CANARIS, *die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, p. 427 s, 548 ss.; *apud* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. I, Almedina, 1992, p. 112, nota de rodapé n.º 406.

10 “haftet aus der äußeren Erscheinung seines Willens gerade so, als ob er wirklich gewollte hätt”, OTTO BÄHR, *Über Irrungen beim Contrahieren*, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 14, 1875, S.401.

Como um dos mais firmes adeptos da orientação objetiva pura, Erich Danz considerava a declaração de vontade como uma forma de comportamento humano:

*“que, com base na experiência das transações comerciais e na avaliação de todas as circunstâncias, permite regularmente a conclusão de uma vontade específica, sem levar em consideração se essa conclusão é correta no caso individual, ou seja, se realmente existiu tal vontade interna, como decorre da declaração de vontade apresentada.”*¹¹.

A teoria de declaração e os respetivos seguidores criticaram a teoria de vontade, entre outras, pela perspectiva individualista.¹² Eles defendem que, como disciplina de mediação das relações sociais, o direito considera apenas a “declaração” como o elemento mais importante, sendo o único facto objetivo perceptível por outras pessoas no contacto entre indivíduos.¹³ Por esta razão, quando o declaratório confia na declaração de vontade do declarante, não deverá sofrer prejuízo injusto, ou seja, mesmo que falte a consciência interna de que está a ser vinculado juridicamente com o seu comportamento (*Rechtsbindungswille*)¹⁴, essa declaração objetivamente observada continua válida.

As consequências resultantes da teoria serão mais favoráveis para o destinatário da declaração de vontade, do que para o declarante, chegando mesmo a aproximar-se de uma responsabilidade objetiva pelo risco.¹⁵

De facto, para a teoria objetivista, é até indiferente “a distinção entre existência e conteúdo da declaração de vontade”,¹⁶ sendo imputáveis ao agente tanto a consciência de declaração, como a vontade negocial, com base numa

11 “welches nach der Erfahrung des Verkehrs und der Würdigung aller Umstände regelmäßig den Schluss auf einen bestimmten Willen gestattet, ohne Rücksicht darauf, ob dieser Schluss im einzelnen Fall zutrifft, d. h. also ob wirklich ein solcher innerer Wille, wie er sich aus der vorliegenden Willenserklärung ergibt, bei der Person vorhanden gewesen ist oder nicht”, ERICH DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. Zugleich ein Beitrag zur Rechts und Tatfrage*, 3. Aufl., Fischer, 1897, S.14.

12 C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, ob. cit., p. 80.

13 LUÍS ALBERTO CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Tomo II, reimp. da 5ª ed., Universidade Católica Editora, 2014, p. 170.

14 A consciência de declaração por vezes é designada por vontade de vinculação jurídica (*Rechtsbindungswille*), para destacar a natureza de que o declarante quer ser vinculado pelo que disse, independentemente do seu conteúdo negocial em específico. Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 227, nota de rodapé n.º 117.

15 P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 238, nota de rodapé n.º 133.

16 P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., 1995, p. 112 e nota de rodapé n.º 407.

mesma aparência exterior. Deste modo, as teorias de interpretação negocial servem perfeitamente para fundamentar a existência de uma consciência de declaração.

C. Teorias intermédias

Do acima exposto, conclui-se a insuficiência da solução oferecida, quer da teoria subjetivista pura, quer da objetivista pura.

A negação à primeira teoria funda-se na *imerecida benevolência* concedida a quem manifestamente falhou no cumprimento de um dever de atenção ou de cautela moderada,¹⁷ fazendo com que seja o destinatário quem suporte a frustração contratual. Para além disso, “as necessidades do comércio jurídico reclamam que as violações desse dever não deixem de constituir o seu autor em responsabilidade”¹⁸.

Por outro lado, a rejeição da teoria puramente objetivista baseia-se na responsabilidade objetiva pelo risco implicada para o declarante, sem qualquer métrica razoável, à exceção da mera aparência observada pelo destinatário ou por terceiros.

O ponto fulcral nesta discussão é, fundamentalmente, tentar procurar um ponto de equilíbrio entre a autonomia privada do declarante e a confiança do declaratário. Nenhum dos dois, por si só, constitui o único fator determinante em jogo, sendo essencial uma técnica ou critério de valoração casuística.

Em relação a este juízo valorativo, várias soluções têm sido propostas ao longo da discussão.

Na fase inicial, as soluções surgiram somente para “atenuar” os defeitos da teoria subjetivista. A teoria de *culpa in contrahendo* de Rudolf von Jhering foi a primeira solução proposta para “colmatar os danos causados” pela adesão à teoria de vontade. A teoria em questão afirmava que a teoria de vontade era “injusta e desprovida de qualquer remédio prático” (*Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit*)¹⁹. Como resultado, a teoria de *culpa in contrahendo* oferecia soluções para questões de indemnização em casos de contratos inválidos ou não concluídos, ou seja, o chamado *interesse contratual negativo*. No entanto, esta teoria continua a assentar numa raiz voluntarista²⁰, visto que o negócio jurídico mantém-se inexistente ou nulo segundo a correspondente falta de vontade (de

17 ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 4ª reimpressão, Almedina, 2001, p. 128.

18 KARL LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, Schöll, Leipzig 1930, S. 90.

19 RUDOLF VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, Gustav Fischer, Bd. 4, 1861, S.2.

20 CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 170.

querer emitir uma declaração), impondo-se apenas um dever de indemnização em determinados casos.

Indo mais longe em prol da proteção dos interesses do tráfico jurídico, ou seja, em prol da própria validade do negócio jurídico, foram propostas as teorias de confiança (*Vertrauenstheorie*), também conhecidas por teoria de boa-fé, ou pela sua versão mais limitativa, teoria de aparência eficaz.²¹ Estas teorias intermédias de índole objetiva sustentam que, para justificar a proteção da confiança do destinatário, é necessário que, pelo menos, a confiança ou expectativa na declaração seja de boa-fé subjetiva ética. O destinatário deve compreender cuidadosa e perspicazmente a intenção declarada pelo declarante (Teoria de boa-fé)²². Além disso, uma vez que a percepção por parte do destinatário, embora sem culpa, ainda não seja suficiente para justificar o sacrifício da autodeterminação do declarante, propõe-se, portanto, que a tal “aparência” da declaração em que o destinatário acredita, seja “eficaz”, ou seja, objetivamente avaliada segundo a perspectiva de um terceiro razoável (Teoria de aparência eficaz)²³.

Manuel de Andrade, apesar de adotar a teoria da confiança, não contraria firmemente a teoria da responsabilidade²⁴, que explanarei de seguida, uma vez que aquela teoria implicaria um certo sentido de responsabilidade objetiva pelo risco para o declarante e imputar-lhe-ia um sentido que ele nunca quererá ter, mesmo agindo sem culpa. Na verdade, a atuação no âmbito da autonomia privada também pode impor correlativamente certos deveres, cuja violação acarreta a responsabilidade do declarante, desta vez subjetiva²⁵. Isto é, adota-se a *teoria da responsabilidade* (ou teoria da culpa, tradicionalmente designada²⁶).

21 P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 25 e ss.

22 C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 463, 464; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 171.

23 C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 463, 464; CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 171, 172.

24 MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 2.ª impr., Almedina, 1966, p. 161, 162; *ibid.*, p. 178, 179 [versão chinesa].

25 Esta teoria parece ter feito carreira em Itália, formado inicialmente por Vittorio Scialoja. Cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 32; No entanto, no debate entre Bähr e Windscheid, este último e seus seguidores também já haviam feito correções à teoria da vontade. Windscheid argumentou que, devido à negligência grosseira do declarante errôneo (*grob fahrlässig*), ele não poderia insistir em sua verdadeira intenção que foi mal interpretada. Cfr. MARTIN JOSEF SCHERMAIER, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1, Allgemeiner Teil, Tübingen 2013, §§116-124, Rn.6.

26 Tradicionalmente chamado por teoria de culpa (Ferrer Correia, *ob. cit.*, p. 125, P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p.239.), todavia, como a censura de culpa pode ser aplicada tanto ao declarante como ao destinatário, é melhor não confundir, usar a expressão da responsabilidade, para enfatizar que é em respeito à culpa do agente (declarante), pois a boa-fé subjetiva ética (por

No fundo, esta discussão reduz-se, novamente, a um problema de interpretação, determinando qual é o sentido objetivo da declaração negocial que vincula o próprio declarante, independentemente de ter efetivamente a correspondente consciência da declaração. A distinção entre estas teorias reside fundamentalmente nas suas *perspetivas*. Para a teoria de culpa, o sentido objetivo imposto ao declarante é aquele que o *declarante* sem culpa realmente quer (e não quer) emitir; para a teoria de boa-fé, o sentido objetivo vinculante é aquele em que o *declaratário* justificadamente acreditou; e para a teoria de aparência eficaz, esta vem limitar a proteção conferida pela segunda teoria ao declaratário, impondo um sentido objetivo na perspetiva de um *terceiro razoável*.

Entre estas teorias intermédias, deve considerar-se a teoria de responsabilidade como a mais justa para o caso da falta de consciência. Neste sentido, também já foram proferidos acórdãos na Alemanha.²⁷ Se não adotarmos uma teoria construída com base num nexo de imputabilidade para responsabilizar o declarante, mas sim uma teoria objetiva baseada na confiança, por mais neutra que seja ajustada, estaremos sempre a admitir um caso extremo no âmbito da teoria do negócio jurídico: desde que haja uma convicção justificadamente criada, seria juridicamente vinculante para o declarante uma aceitação negocial por parte do destinatário, mesmo que a proposta negocial fosse oferecida por um terceiro em nome do declarante, falsificando a sua assinatura e a sua caligrafia²⁸.

Na verdade, a famosa *Geltungstheorie* proposta por Larenz, a doutrina atualmente predominante na Alemanha, na pretensão de unir o dualismo conceitual do negócio jurídico através de o considerar como um *Geltungserklärung* vinculado por um sentido normativo determinado pelo Direito,²⁹ já tomou, na prática, uma

parte do declaratário) também implica um conceito de ausência de culpa.

27 Em 1991, uma decisão do Tribunal Federal Supremo da Alemanha estabeleceu que, desde que haja consciência potencial da declaração (*potenzielles Erklärungsbewusstsein*), ou seja, que o declarante deveria estar ciente de que sua conduta declaratória foi estabelecida (por exemplo, ao entregar um contrato em branco assinado ao contratante), a consciência de declaração também pode ser considerada reunida. Crf. BGHZ 91, 324 ff. „Amtl. Leitsatz: Trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, daß seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Sie kann gemäß §§ 119, 121, 143 BGB angefochten werden.“

28 Exemplo meramente teórico dado por Ferrer Correia que apenas operaria no âmbito da teoria do negócio jurídico, pois fora disso interferiam outros institutos como a representação sem poderes, a ordem pública (por violação de uma norma imperativa como o crime de falsificação de documentos no código penal), etc. FERRER CORREIA, *erro e interpretação...*, ob. cit., p. 134.

29 LARENZ, *Die Methode...*, ob. cit., S. 45, 52.

posição semelhante à teoria de responsabilidade. Uma vez verificada a divergência entre o sentido objetivo e o sentido subjetivo, a referida teoria não escapa ao dilema de escolher um dos sentidos, caso em que o autor recorreu à técnica de imputabilidade para distribuir o risco de celebração de contrato, o que, no fundo, não deixa de se reduzir a uma reprodução da teoria da responsabilidade.

III. Posição adotada pelo Código Civil de Macau em comparação com o Código Civil de Portugal

No plano do Direito Positivo, tanto o ordenamento jurídico de Portugal, como o de Macau contêm uma norma diretamente aplicável a este problema de falta de consciência de declaração, respetivamente o art. 246.º do CCP e o art. 239.º do CCM.

*Artigo 246.º do CCP (Falta de consciência da declaração e coacção física):
A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial ou for coagido pela força física a emití-la; mas, se a falta de consciência da declaração foi devida a culpa, fica o declarante obrigado a indemnizar o declaratório.*

Artigo 239.º do CCM (Falta de vontade de ação, falta de consciência da declaração e coacção física):

1. A declaração não produz qualquer efeito, se o declarante:

a) Não tiver qualquer vontade de acção;

b) Agindo sem culpa, não tiver a consciência de fazer uma declaração negocial; ou

c) For coagido por força física ou psíquica irresistível a emití-la, de tal modo que a declaração não corresponda qualquer vontade.

2. Para efeitos da alínea b) do número anterior, considera-se que a falta de consciência da declaração foi devida a culpa do declarante, quando seja razoável supor que este, se tivesse usado da diligência exigível no comércio jurídico, se teria apercebido de estar a emitir uma declaração com valor negocial.

3. Se a falta de vontade de acção for devida a culpa do declarante, este fica obrigado a indemnizar o declaratório, nos termos do n.º 1 do artigo 219.º.

É de salientar que esta opção legislativa de autonomizar esta figura, ao contrário do que foi feito na maioria dos códigos civis de outros sistemas jurídicos,

representa um passo de ousadia, na medida em que outros sistemas evitam referir-se a ela, por considerarem ainda não estar suficientemente desenvolvida para ser codificada,³⁰ deixando assim o problema em aberto para uma intervenção mais flexível por parte da jurisprudência e da doutrina³¹.

Embora a vantagem de adotar uma posição, pelo legislador, sobre este problema seja a estabilidade na aplicação do Direito, a desvantagem correspondente reside na dificuldade de enquadrar a doutrina mais avançada e adequada nesta questão, uma vez que está vedada por uma fronteira de difícil transposição entre o *iure condito* e o *iure condendo*. Para além disto, como será exposto *infra*, a autonomização destas regras traz dificuldades sistemáticas quando são conjugadas com as regras de interpretação negocial, as quais, no fundo, poderiam, por si só, resolver os mesmos problemas³².

Com o avanço das doutrinas portuguesas³³ e estrangeiras³⁴, o artigo 239.^º³⁵ manifesta-se mais completo e justo do que as soluções oferecidas pelo CCP. As principais inovações deste artigo são a inclusão da vontade de ação (239.^º/1/a), a adoção da teoria de *responsabilidade* ou da de *culpa* no caso da

30 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, I, parte geral, Tomo I, 3.^a ed., Almedina, 2005, p. 785.

31 Trata-se, noutros ordenamentos jurídicos, de uma lacuna voluntária. Na verdade, esta opção, pelo menos, na Alemanha, revelou-se correta, pois houve efetivamente várias teorias sucessivas ao longo da história em relação a este problema. Sobre a lacuna voluntária, v. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 8.^a ed., Coimbra, p. 352, 353.

32 Sem dúvida que a interpretação e os vícios de declaração de vontade constituem, tal como a sistematização do nosso código mostra, matérias de duas secções e que a tomada da posição na primeira não prejudica necessariamente a segunda. Mas, dentro de tantos vícios, as regras de faltas de vontade em particular (246.^º de CCP e 239.^º de CCM), são estreitamente ligadas, até substancialmente coincidentes, digamos, com as regras de interpretação negocial, fazendo com que as tratar separadamente implicará uma inconveniência e potencial incompatibilidade que poderia ser evitado. Na verdade, já há autores que consideram o problema de falta de consciência de declaração um próprio e verdadeiro problema de interpretação. “ist es nicht nur eine Frage der Auslegung, welche Bedeutung ein zweifelsfrei als Geltungserklärung anziehendes Verhalten im näheren hat, sondern auch schon, ob ein bestimmtes Verhalten als eine “Geltungserklärung anzusehen ist.” Cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts: Ein Lehrbuch*, 4. Aufl., C. H. Beck, S. 309.

33 CARVALHO FERNANDES & JOSÉ BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário ao Código Civil: parte geral*, Universidade Católica Editora, p. 578 e ss.

34 Houve principalmente influência alemã, e incidentalmente uma contribuição espanhola. Cfr. JOÃO GIL DE OLIVEIRA & JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau: Anotado e Comentado: Jurisprudência*, Livro I, Vol. III, Centro da Formação jurídica e judiciária, 2018, p. 581.

35 Os preceitos legais adiante citados sem outra indicação pertencem ao Código Civil de Macau vigente.

falta de consciência de declaração (239.º/1/b), e a equiparação da coação física à coação psíquica, desde que ambas sejam igualmente irresistíveis (239.º/1/c). Entre as novidades mencionadas, e apenas para o efeito relevante no momento, a adoção da teoria de responsabilidade ou de culpa no caso da falta de consciência de declaração constitui uma das maiores alterações. Tal mudança fez divergir da posição do CCP em 1966.

Neste sentido, o artigo 246.º do CCP de 1966 claramente adotou uma abordagem subjetivista, considerando a consciência da declaração como um requisito subjetivo legal indispensável para uma declaração negocial³⁶, cuja falta resultaria na *não produção de qualquer efeito*. Essa opção foi justificada pelo facto de o declarante não ter criado “conscientemente a base de confiança de outrem na validade da declaração”³⁷, não devendo, portanto, atribuir eficácia à declaração em detrimento dos interesses do autor do comportamento.³⁸ No entanto, a exclusão da validade da declaração não impede a possibilidade de uma indemnização por confiança criada se o declarante agiu com culpa. Por outras palavras, o elemento de culpa não faz parte do conceito de negócio jurídico, mas sim dos elementos da responsabilidade pré-contratual, conforme estabelecido na primeira parte do artigo 246.º do CCP, sendo a teoria adotada pelo CCP a teoria de *culpa in contrahendo*.

Por sua vez, no art. 239.º/1/b do CCM de 1999, adotou-se a solução de *iure condendo* em Portugal³⁹, que não teve aceitação generalizada em Portugal. Nessa abordagem, o elemento de culpa deixou de contribuir para o efeito indemnizatório, passando a ser um dos elementos-pressupostos para a existência de um negócio jurídico. De acordo com o art. 239.º/1/b *a contrario sensu*, uma vez que o declarante tenha agido com culpa, dispensa-se o elemento volitivo da consciência da declaração para efeitos de existência de uma declaração negocial e contenta-se com a imputação do sentido objetivo da declaração percebido por

36 CARVALHO FERNANDES & BRANDÃO PROENÇA (coord.), *Comentário...*, ob. cit., p. 580; Sem prejuízo de alguns defenderem que essa teoria deve ser aplicada com restrições (teoria de culpa), FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação...*, ob. cit., p. 306; P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 249 s.

37 RUI DE ALARCÃO, *Erro, dolo e coação*, BMJ 102º, p. 167 e 138º, p. 71., *apud* GIL DE OLIVEIRA & CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau: Anotado e Comentado...*, ob. cit., p. 581.

38 C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 492.

39 A adopção de uma teoria subjetivista de *culpa in contrahendo* em Portugal não corresponde à proposta doutrinária de *iure condendo*, e é criticado por vários autores. Cfr. FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação...*, ob. cit., Apêndice I, p. 306 (“...não aceitou, pois, o legislador a nossa sugestão no sentido de se optar, de *iure constituendo*, pela denominada teoria de culpa.”); P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 248-252.

um declaratório normal. Quanto à verificação da culpa, presume-se⁴⁰ que haja culpa “quando seja razoável supor que o declarante, se tivesse usado a diligência exigível no comércio jurídico, ter-se-ia apercebido de estar a emitir uma declaração com valor negocial” (239.º/2). Dessa forma, considerando que *o dever de agir com diligência durante a emissão de uma declaração* recai sobre o declarante, a teoria adotada pelo legislador de Macau é a teoria da *responsabilidade* ou a denominada teoria de *culpa*.

Na verdade, esta tomada de posição pelo legislador macaense em 1999 resolveu ultrapassar as críticas⁴¹ posteriormente feitas perante o CCP, designadamente sobre a sua grande incoerência sistemática nesta matéria.⁴² A sua incompatibilidade⁴³ culminou, sobretudo, na conjugação com as regras de interpretação negocial, na medida em que seja impossível de:

“conciliar, por um lado, que um negócio possa valer com um sentido que não coincide com o que foi querido pelo declarante (resultado que o art. 236.º, n.º1, admite amplamente) e, por outro, que aquele que invoca que certo comportamento não tem valor declarativo se possa considerar desvinculado do negócio”⁴⁴.

40 Trata-se de uma presunção *juris tantum*. PAULA NUNES CORREIA, *Teoria geral do direito civil: sumários desenvolvidos*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2021, p. 256.

41 Em 2005, Menezes Cordeiro propôs uma interpretação restritiva ao art. 246.º do CCP, baseando nos elementos sistemáticos da interpretação. Como no Código Civil Português (nomeadamente nos arts. 217.º, 224.º e 236.º/1) não existe qualquer referência a este “conhecimento do valor declarativo do comportamento”, a interpretação procura restringir o conceito subjetivista de falta de consciência da declaração do regime anterior, limitando-a objetivamente a uma falta de consciência que seja apenas «perceptível na própria ambiência negocial onde o tema se punha». Segundo este autor, em princípio, a falta de consciência da declaração não deve ter qualquer relevância jurídica, devendo por isso imputar ao declarante um sentido que um declaratório normal lhe atribuiria, com base nas regras de interpretação negocial, a menos que essa falta seja objetivamente perceptível. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 788; MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, I, Parte Geral, Almedina, 2020, p. 729; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 58; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 583, 584.

42 JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 57, 58; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 583, 584.

43 “num passo de grande incoerência sistemática...” por JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 57; “(...) resultar da consideração do artigo 246.º pela lei de uma posição de *compromisso*: se na interpretação é decisiva a tutela da confiança (...), exige-se, contudo, um *mínimo* de voluntariedade.” por P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 252.

44 JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 58; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 583, 584.

Com a adoção da teoria de *responsabilidade* ou de *culpa* pelo legislador de Macau, a referida incompatibilidade deixou de ter lugar no âmbito do nosso código. Uma declaração emitida sem conhecimento do seu valor negocial, *quando culposa*, já pode ser imputada ao declarante com um sentido que um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real, poderia perceber de tal comportamento (art. 228.º/1/I), sem prejuízo de constituir simultaneamente uma declaração perfeitamente válida e eficaz segundo as próprias regras de falta de consciência de declaração (art. 239.º/1/b).

No entanto, curiosamente, uma potencial incoerência sistemática referente às regras de interpretação negocial continua a subsistir no nosso CCM, desta vez no aspeto subjetivo. Com a adoção da teoria de culpa pelo nosso legislador, a incoerência agora surge ao tentar conciliar, por um lado, que uma declaração deva ser interpretada de acordo com a vontade real do declarante quando o declaratório conhecer a sua vontade (228.º/2), desvinculando-o assim do negócio, e, por outro lado, que essa mesma declaração seja considerada simultaneamente válida pelo legislador porque a sua falta de consciência de declaração foi devido à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*), vinculando-o, assim, novamente. Deste modo, surge a questão de saber se a culpa do declarante ainda é relevante quando o declaratório já conhece a vontade real do declarante.

Perante este problema *sui generis* do nosso CCM, deve considerar-se prevalente a regra de interpretação negocial, com base em razões da prioridade sistemática e lógica da aplicação do seu regime em relação ao regime de falta de vontade, bem como devido à própria natureza excecional⁴⁵ do art. 228.º/2. Na verdade, a culpa serve apenas para imputar ao declarante um sentido objetivo confiado por um declaratório normal colocado na posição do declaratório real (228.º/1). Se o declaratório normal não confiar no que diz o declarante, então não faria sentido que se exija ainda uma imputabilidade objetiva. Ou melhor, quando envolve culpa, ainda vai imputar ao declarante um sentido, só que desta vez, segundo a sua própria vontade real (228.º/2), trata-se de um sentido subjetivo, que se desvincula do declarante do negócio.

IV. As implicações da adoção da teoria de culpa no CC art. 239.º

Adotando-se essa teoria de responsabilidade ou culpa pelo legislador de Macau em 1999, a figura da falta de consciência de declaração traz consigo novas implicações, diferentes das que ocorrem no CCM. As principais alterações dizem

45 No sentido contrário, mas da opinião minoritária, a considerar que o subjetivismo consagrado no número 2 do artigo seja a regra principal. Cfr. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral...*, cit., p. 448-449.

respeito a dois aspetos: à ineficácia da declaração negocial e à responsabilidade pelo dano da confiança.

A. Da ineficácia jurídica da declaração negocial

No âmbito do Código Civil Português, a ineficácia jurídica⁴⁶ decorrente da falta de consciência da declaração (e conjuntamente com a coação física e outros casos de falta de vontade de ação) comina, segundo o CCP 246.º, na “*não produção de qualquer efeito*” da referida declaração, uma expressão que é suscetível de várias interpretações, ou no sentido de inexistência⁴⁷, ou no sentido da nulidade⁴⁸, ou no sentido eclético (conferindo a inexistência para caso de falta de vontade de ação e a nulidade para caso de falta de consciência de declaração)⁴⁹.

Importa salientar a relevância prática desta discussão com base nos seguintes aspetos⁵⁰: em primeiro lugar, ao contrário do que sucede com a nulidade, as declarações inexistentes não são suscetíveis de *conversão ou redução* (285.º e 286.º); além disso, as declarações nunca produzirão efeitos, contrariamente às declarações nulas, designadamente em conjugação com o regime da *inoponibilidade a terceiros de boa fé* (284.º); finalmente, nas declarações inexistentes, o adquirente não beneficiará do *estatuto do possuidor* em qualquer das suas modalidades (1183.º e ss.) para efeito de usucapião. É evidente que, se no futuro o Código Civil eliminar as disposições relativas à inexistência no âmbito do direito de família, o conceito de “inexistência” e a sua discussão não terão mais nenhum fundamento no direito positivo⁵¹.

Porém, de acordo com o CCM, a ineficácia jurídica mantém-se nos mesmos termos. Porém, o âmbito de aplicação restringe-se exclusivamente aos casos de

46 Sobre as dificuldades do conceito de ineficácia jurídica em sentido amplo no ordenamento jurídico de Macau. Cfr. TONG IO CHENG, WANG XING, *The Systematic Difficulty in Invalidity of Legal Act and Related Concepts—from the rules of the current law in Macau*, in Seeking Truth, 2019 [em chinês].

47 Entre os autores que admitam a inexistência, C. FERREIRA ALMEIDA, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, in *Católica Law Review*, Vol. I, n.º 2, 2017, p. 15; CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 330; dos autores de Macau em particular, TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law and the General Part of the Macau Civil Code*, vol. II, Fundação Macau e Social Sciences Academic Press (China), 2020, p. 360 [em chinês].

48 No sentido de não ter lugar a tipologia de ineficácia jurídica como a inexistência no ordenamento jurídico português (e de Macau). Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 798.

49 C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 490, 491; Da consideração da lei de Macau em particular, cfr. PAULA CORREIA, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 256.

50 C. FERREIRA ALMEIDA, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, ob. cit., p. 18.

51 TONG IO CHENG, WANG XING, *The systematic difficulty...*, ob. cit., p. 127. [em chinês]

falta de consciência de declaração sem culpa, considerando-se inexistentes ou nulas apenas as declarações que não podem ser censuradas por falta de culpa. E para as declarações cuja falta de consciência for devida à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*)? Neste caso, a declaração negocial observada objetivamente será imputada ao declarante e a declaração em questão (e a eventual celebração posterior de contrato) será válida. Neste sentido, a doutrina majoritária considera restar apenas, em abstrato, a aplicação do regime do erro⁵², cuja ineficácia é a anulabilidade. De facto, para alguns autores alemães, onde este problema da falta de consciência de declaração foi mais intensamente discutido, estes casos e o erro devem ser postos de modo inteiramente igual⁵³.

Por conseguinte, esta “inovação” do CCM introduziu, na prática, mais uma variedade implícita de ineficácia jurídica no instituto de falta de consciência da declaração pelo declarante — a *anulabilidade*. Ora, os regimes jurídicos da nulidade e da anulabilidade distinguem-se um do outro em vários aspetos, incluindo os pressupostos da invocabilidade, da verificação e da pronúncia⁵⁴. Entre estes, a maior dessemelhança seria a *eficácia provisória* do ato anulável, sendo o ato sujeito à futura e eventual arguição. Por outras palavras, a declaração manter-se-ia válida até à futura arguição. Adicionalmente, um ato anulável, ao contrário do que sucede com um ato nulo, é suscetível de ser convalidado por confirmação pelo titular do direito de anulação (281.º) e por decurso do tempo (280.º/1/*in fine*), tornando-se assim uma declaração definitivamente válida e eficaz.

B. Da responsabilidade pelo dano da confiança

Considerando a nova posição adotada pelo nosso Código, existe mais uma diferença prática fundamental, em relação à clássica figura da responsabilidade pelo dano da confiança causado ao declaratário, frequentemente associada ao caso da falta de consciência da declaração do declarante.

Enquanto no anterior CCP a falta de consciência da declaração, cuja falta seja devida a culpa, pode fazer incorrer o declarante em responsabilidade pré-contratual, ou *culpa in contrahendo* com base no dever de indemnização⁵⁵, previsto no próprio preceito legal.

52 Neste sentido, C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 491; MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 788; P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 243; Sobre a discussão entre os autores alemães, cfr. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado...*, ob. cit., p. 112, nota de rodapé n.º 406.

53 FRANZ BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes* (1967), 163. *apud* MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, ob. cit., p. 787.

54 C. FERREIRA ALMEIDA, *Invalidade, inexistência e ineficácia*, ob. cit., p. 13.

55 C. MOTA PINTO, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 492.

Já após a adoção da Teoria da Culpa no artigo 239.º/1/b do nosso CCM, a responsabilidade decorrente do dano causado à confiança deixou de encontrar qualquer fundamento na falta de consciência da declaração. A aplicação do regime resultará em apenas duas hipóteses: por um lado, se a ausência de consciência da declaração ocorrer sem culpa (239.º/1/b), a sua declaração será, consequentemente, considerada inexistente ou nula, o que implicará que o contrato subsequente não seja celebrado validamente, mas como esta ausência da consciência não foi devido à culpa do declarante, também não constituiria qualquer forma de responsabilidade subjetiva (já que não envolve culpa); por outro lado, se a ausência de consciência ocorrer devido à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*), então teremos uma declaração negocial perfeita, válida e capaz de produzir efeitos jurídicos e de concluir o negócio em questão, o que também torna inaplicável o regime de responsabilidade pré-contratual⁵⁶. Com esta adoção, o elemento de culpa deixou de funcionar como um dos elementos constitutivos da responsabilidade, passando a integrar o próprio conceito de declaração negocial e determinando a existência e validade da mesma.

Dessa forma, no nosso Código Civil de Macau, para os casos de falta de consciência da declaração nos termos do 239.º/1/b, nunca implicará novamente responsabilidade pelo dano da confiança. Esta apenas terá lugar fora do âmbito do 239.º/1/b com o potencial recurso ao regime de erro, como supramencionado.

V. Figura *sui generis*: a falta *culposa* de consciência de declaração (239.º/1/b *a contrario sensu*)

Tradicionalmente, a falta de consciência pode ser resolvida por duas teorias: uma da aparência, que confere a nulidade à declaração; outra do erro, que confere a anulabilidade⁵⁷. O CCP de 1966 obviamente optou pela primeira solução, recusando a segunda. No entanto, a adoção da teoria de culpa pelo CCM em 1999 trouxe consigo uma nova figura – a falta *culposa* de consciência de declaração – em comparação com o código anterior, reabrindo assim um espaço de aplicação da anulabilidade.

A falta *culposa* de consciência de declaração, em princípio, é considerada

56 Os autores normalmente consideram apenas três situações típicas enquadráveis no regime de responsabilidade pré-contratual (CCM 219.º), e a falta *culposa* de consciência de declaração que leva a conclusão de um contrato não encaixaria em nenhuma delas: 1) ruptura injustificada das negociações; 2) celebração de um negócio inválido; 3) celebração de um negócio válido, mas desvantajoso, havendo violações de deveres de informação na fase pré-negocial. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017, p. 441.

57 MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 729.

irrelevante segundo o 239.º/1/b, tornando a declaração válida e eficaz. No entanto, isso não impede que possamos subsumi-la noutros institutos e oferecer ao declarante outras alternativas. A doutrina maioritária alemã, seguida também pela doutrina portuguesa⁵⁸, oferece uma solução ao permitir, em abstrato, através de uma interpretação extensiva ou por analogia, a aplicação do regime do erro (art. 119.º do BGB), que confere a anulabilidade. De facto, o problema do “desconhecimento pelo declarante de que está a emitir uma declaração” já foi discutido no âmbito do erro entre os autores portugueses, sendo denominado de “erro sobre o sentido de declaração voluntariamente observada”⁵⁹, embora os Códigos Cíveis de Portugal e de Macau não tenham dado esta designação específica.

A solução clássica é de considerar o recurso ao erro (e sua anulabilidade), particularmente no contexto de *erro na declaração* (art. 243.º, primeira hipótese⁶⁰), uma vez que a falta de consciência de declaração é um caso extremo e, então excepcional, do erro na declaração, ou seja, uma divergência não intencional entre a vontade e a declaração. Essa pode ter sido a razão pela qual no Código Civil de 1966 o art. 246.º (da falta de consciência de declaração) e o art. 247.º (do erro na declaração) foram agrupados pelo legislador em lugares vizinhos⁶¹, o que apenas se alterou com a reforma no Código Civil de Macau em 1999, que optou por estabelecer o erro-vício como o regime-paradigma do erro⁶².

No entanto, o recurso analógico ao regime do erro na declaração, que pode parecer óbvio para aqueles que aderem às teorias de índole objetivistas e olham o problema de uma perspectiva do declaratório ou de terceiros, considerando-o assim como uma divergência entre a declaração e a vontade, não estando isento de críticas, especialmente para aqueles subjetivistas que olham para a consciência de

58 A. PINTO MONTEIRO, P. MOTA PINTO, *Einflüsse der deutschen Rechtswissenschaft auf die portugiesische Privatrechtsdogmatik in den letzten 50 Jahren*, in Grigoleit, HC, & Petersen, J. (eds), *Privatrechtsdogmatik Im 21. Jahrhundert: Festschrift Für Claus-Wilhelm Canaris Zum 80. Geburtstag*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston, 2017, S. 1148.

59 FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação...*, ob. cit., p. 122 e ss.

60 Considera-se a falta de consciência de declaração, segundo a classificação clássica, como uma “divergência não intencional entre a vontade e a declaração”, sendo assim assimilada pelo instituto de erro na declaração. Assim, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral...*, ob. cit., p. 221; *ibid.*, p. 241 [versão chinesa]; C. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., p. 490 ss.; P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 235 e ss; FERRER CORREIA, *erro e interpretação*, ob. cit., Apêndice, p. 306; RUI DE ALARCÃO, *Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial*, Separata do BMJ, n.º 138, Lisboa, 1964, pp. 22-3.

61 Da crítica à distinção entre as figuras da falta de consciência de declaração e do erro na declaração, cfr. P. MOTA PINTO, *Declaração Tácita...*, ob. cit., p. 237 ss.

62 TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law...*, ob. cit., p. 294. [em chinês]

declaração como um elemento volitivo constitutivo de uma declaração negocial. Para os subjetivistas, nem sequer existe, no aspeto subjetivo, uma analogia entre a falta de consciência de declaração e o erro, uma vez que no primeiro caso, falta completamente a consciência de estar a emitir uma declaração, enquanto no segundo, apesar do erro, o declarante sempre teve a consciência e a vontade de emitir uma declaração⁶³.

Poderá também ser devido a este último argumento, que na doutrina portuguesa surgiu uma diferente abordagem no que consiste a aplicação do regime de erro-vício (art. 240.º)⁶⁴, enquadrando a falta de consciência de vontade na categoria de vícios (na formação) de vontade, visto que a patologia (a ausência de consciência) ocorre no âmbito da vontade.

Na verdade, com a equiparação dos requisitos de atendibilidade entre estes dois regimes⁶⁵, a diferença prática entre ambos desapareceu, visto que, no fundo, se aplicaria sempre, diretamente ou através da remissão (243.º), o regime de erro-vício (240.º a 242.º). A única distinção entre eles situa-se no plano conceitual e abstrato, residindo na “sanabilidade” do erro na declaração através da regra de *demonstratio non nocet* (228.º/2) do regime de interpretação negocial⁶⁶, que elimina a divergência entre a declaração e a vontade ao fixar o sentido de declaração segundo a vontade real. No entanto, no caso concreto, a fase de interpretação deveria já estar concluída aquando da determinação de existência de consciência de declaração, após a qual os dois regimes de erro tornam-se verdadeiramente idênticos na prática.

Levando a questão a um nível mais concreto e atendendo aos requisitos de relevância de erro previstos no artigo 240.º do CCM, é notável que o recurso ao nosso regime de erro sofra mais limitações objetivas do que na Alemanha, onde surgia originalmente a discussão, e em Portugal.

No Direito Alemão, este erro sobre o valor da declaração seria sempre anulável, visto que a falta de consciência de declaração trata-se sempre de uma

63 FERRER CORREIA, *Erro e interpretação...*, ob. cit., p. 127.

64 No sentido de considerar a falta de consciência como um vício (na formação) da vontade, enquadrando-a numa subcategoria de “ausência de vontade”, em vez de “divergência não intencional entre a vontade e a declaração”. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado*, ob. cit., p. 729; JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Negócio Jurídico...*, ob. cit., p. 57; ou a sua transcrição no J. GIL DE OLIVEIRA, J. CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau...*, ob. cit., p. 584.

65 “é inconveniente tratá-los separadamente...”, cfr. TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law...*, ob. cit., p. 298, 299 [em chinês].

66 “o erro acerca do conteúdo da declaração (*rectius*: o que *prima facie* se apresenta como tal) pode ser *corrigido* ou *anulado* por via interpretativa.” cfr. FERRER CORREIA, ob. cit., p. 150-154, 303.

essencialidade objetiva (BGB §119/1), para além da subjetiva.

No CCP de 1966, onde a essencialidade de erro é apenas avaliada subjetivamente (art. 247.º do CCP, “...essencialidade, para o declarante...”) e onde está bastante presente a cognoscibilidade da essencialidade por parte do declaratório, seria ainda mais fácil anular.

Contudo, no CCM, para que o erro seja juridicamente relevante⁶⁷, o legislador de 1999 vem exigir não só que o erro tenha de ser objetivamente essencial (240.º/2/b), tal como faz o BGB, mas também impõe que o erro é apenas anulável quando o mesmo, por si próprio, além da sua essencialidade, for cognoscível pelo declaratório (240.º/1), o que é impossível verificar-se no caso da falta de consciência da declaração, visto que se o declaratório soubesse ou devesse ter conhecimento do erro do declarante, este saberia ou deveria saber igualmente da sua falta de consciência de declaração. Ambos tratam de fenómenos psicológicos internos ao próprio declarante e que, da perspetiva objetiva do declaratório, não lhe manifestam nenhuma diferença.

Adicionalmente, mesmo que se verificassem os demais pressupostos do 240.º, a anulabilidade seria ainda dependente do requisito de escusabilidade do próprio erro (240.º/4). Por outras palavras, uma declaração emitida sem consciência do seu valor negocial apenas seria anulável, se a sua emissão fosse devido à culpa do declarante (239.º/1/b *a contrario sensu*), desde que essa culpa não chegasse a ser qualificável como grosseira⁶⁸, o que restringe mais a aplicabilidade do regime do erro.

Deste modo, no Código Civil de Macau, uma declaração emitida culposamente e sem consciência do seu valor negocial é considerada como definitivamente válida e eficaz, uma vez que nem uma eficácia provisória conferida pela anulabilidade é possível ter lugar, restando a única possibilidade de o declarante se desvincular da obrigação através do incumprimento definitivo.

VI. Conclusão

No Direito Privado, o equilíbrio entre a autonomia privada e a tutela da confiança é um tema constante e norteia muitas das soluções oferecidas pelo Direito para os vícios na declaração da vontade.

No entanto, o Direito, como disciplina reguladora das relações, não pode

67 TONG IO CHENG, SOU KIN FONG, NG KEI KEI, *General Discourses of Civil Law...*, ob. cit., p. 293 ss. [em chinês]; PAULA NUNES CORREIA, *Regime Jurídico do erro negocial de Macau*, Fundação Rui Cunha & CREDDM, 2013, Macau, p. 56 ss.

68 PAULA NUNES CORREIA, *Regime Jurídico...*, ob. cit., p. 59.

(nem consegue) penetrar no fenómeno psicológico interno de cada indivíduo. É natural que o declarante e o declaratário não partilhem o mesmo entendimento sobre a mesma declaração, uma vez que é impossível o declarante prever todos os significados que as suas ações possam implicar para a contraparte, assim como a contraparte não sabe o que o declarante pensa internamente. Perante o presente dilema, o princípio da responsabilidade vem intervir, substituindo a autodeterminação. O declarante, como qualquer pessoa, deve assumir o seu próprio risco se não tomar as devidas diligências em exprimir os seus pensamentos, arcando com a responsabilidade decorrente da declaração que lhe é imputada.

Dado o aumento significativo de tráfego jurídico com o desenvolvimento do comércio, a tendência objetivista no Direito Privado torna-se cada vez mais inevitável. No Código Civil de Macau, o legislador adotou em 1999 uma posição mais objetiva do que o regime anterior para reforçar a proteção da confiança do declaratário, tanto no que diz respeito ao regime da falta de consciência da declaração como ao regime potencialmente subsidiário do erro.

Deve-se concluir que, conseqüentemente, no nosso sistema *de iure condito*, a falta *culposa* de consciência da declaração não obsta a que se trate de uma declaração verdadeira, definitiva, válida, eficaz e dificilmente sujeita à anulabilidade através do erro. Apenas uma ausência da consciência de declaração *sem culpa* ganha, como um resquício do dogma da vontade, alguma relevância jurídica.

VÁRIA

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A SEPARAÇÃO DE FACTO COMO CAUSA DE DIVÓRCIO NO REGIME EM VIGOR EM MACAU

*Em homenagem a Francisco Manuel Pereira Coelho,
Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra*

Manuel Trigo

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Fazendo uma breve referência ao regime do divórcio com fundamento em separação de facto, procura-se determinar a noção de separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum perante os outros tipos de separação de facto juridicamente relevante.

Identificadas várias questões suscitadas pela jurisprudência, procede-se à respectiva análise, sucessivamente, dos pressupostos da separação de facto e da presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva sem manifestação em contrário, da separação de facto como separação objectiva por dois anos, do elemento subjectivo de natureza complementar ou essencial, da consideração de que o simples facto de intentar a acção faz presumir desde a separação objectiva a intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, da relevância do princípio da actualidade da decisão judicial, e do entendimento de que “o legislador de Macau está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo”.

Considerando a evolução legislativa, doutrinal e jurisprudencial, observam-

se os caminhos percorridos na procura de soluções e identificam-se algumas dificuldades enquanto não se definem as perspectivas de evolução do seu regime no âmbito do regime do divórcio.

Palavras-chave: Casamento, coabitação, comunhão de vida, vida em comum, separação de facto, elemento objectivo, elemento subjectivo, separação afectiva, divórcio, ruptura da vida em comum, actualidade da decisão judicial.

I. Breve referência ao regime do divórcio com fundamento em separação de facto como manifestação de ruptura da vida em comum

O casamento cessa por anulação, produzindo efeitos o casamento anulado como casamento putativo. O casamento cessa ainda por dissolução, pois dissolve-se por morte ou divórcio, sendo este por mútuo consentimento, por via registal ou por via judicial, ou sem consentimento, ainda designado divórcio litigioso, por via judicial.

A dissolução por morte ou por divórcio serão as causas mais frequentes da sua cessação, e cada vez mais, além da morte, pois cada vez menos o casamento une os cônjuges até que a morte os separe¹, por se separarem definitivamente pelo divórcio, e se não por acordo, se não for por mútuo consentimento, mesmo sem consentimento, em nome da liberdade pessoal, do direito ao desenvolvimento da personalidade e do direito à felicidade pessoal. Prefere-se o divórcio por mútuo consentimento, havendo possibilidade de a todo o tempo se poder optar pela conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento.

O divórcio litigioso admite-se com fundamento em causas subjectivas, por violação culposa dos deveres conjugais, e cada vez mais por causas objectivas, de ruptura da vida em comum, conjunta ou exclusivamente, sem prejuízo do relevo que possam ter as motivações subjectivas ao divórcio, tendo evoluído na direcção de uma maior abertura ao princípio da ruptura²; mas não, por isso, como divórcio

1 Ou, como agora cada vez mais se pode afirmar, até que a vida os separe, como se desenvolve numa série televisiva portuguesa, assim caracterizada: ““Até Que a Vida Nos Separe” é uma série de televisão portuguesa de comédia dramática criada e escrita por Hugo Gonçalves, João Tordo e Tiago Santos e produzida pela Coyote Vadio. A série estreou a 3 de fevereiro de 2021, na RTP1, e concluiu a transmissão a 31 de março de 2021. Atualmente, encontra-se disponível na RTP Play.” [https://pt.wikipedia.org/wiki/At%C3%A9_Que_a_Vida_Nos_Separe_(s%C3%A9rie_de_televis%C3%A3o)].

2 Sobre o regime do divórcio e do divórcio litigioso em Macau, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, *Casamento e União de Facto*, Faculdade

a pedido, unilateral, sem condições ou pressupostos³.

de Direito da Universidade de Macau, 2016, pp 322 e ss e 329 e ss, e em especial pp. 354 e ss. Ver também PAULA CORREIA, *Divorce in Macau: Models, Causes and Consequences*, BFDUM, N.º 17, 2004, pp. 195 e ss, em especial pp. 206 a 208, TERESA SOUSA, *A culpa no divórcio – Breve Análise*, BFDUM, N.º 25, 2008, pp. 207 e ss, e JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, BFDUM, N.º 46, pp. 63 e ss.

- 3 O direito português evoluiu para um sistema de divórcio ruptura, pelo regime adoptado com as alterações introduzidas pela *Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Altera o regime jurídico do divórcio*, mas também aí não se pretendeu que se tornasse um divórcio a pedido, antes se quis prevenir esse risco, como se refere se ter tornado o regime do divórcio espanhol; como defende GUILHERME DE OLIVEIRA, *A nova lei do divórcio em Portugal*, Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, CFJJ, 2018, págs. 697 e ss, em especial 698 e 699 e 705 a 709. Ver ainda outros Autores, como FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I Introdução, Direito Matrimonial*, 5.ª edição, 2016, págs. 681 e ss, em especial 717 e ss; um divórcio-remédio para TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*, 3.ª Edição, Quid Juris, 2011, pp. 65 e 66; ainda apenas um sistema de divórcio-constatação da ruptura e de divórcio-remédio, para JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Reimpressão, 3.ª Edição, AAFDL, 2011, págs. 691 e 692. Ver também RITA LOBO XAVIER, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, Almedina, 2009; CRISTINA DIAS, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, 2.ª Edição, Almedina, 2009, e, com uma avaliação do impacto do novo regime do divórcio sobre o casamento, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Os factos no casamento e o direito na união de facto: breves observações*, in Textos de Direito da Família: para Francisco Pereira Coelho, pp. 77 e ss, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coordenação de GUILHERME DE OLIVEIRA, 2016, disponível (<https://books.google.com/books?id=CD7yCwAAQBAJ&printsec=copyright#v=onepage&q&f=false>).

Ver ainda as referências feitas, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, II*, págs. 329 e ss 354 e ss e a bibliografia citada; e CRISTINA DIAS, *Evolução recente do Direito da Família em Portugal-I*, Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 745 e ss, e mais recentemente GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, com a colaboração de MANUEL MOURA RAMOS, Almedina, 2020, ou ainda EVA DIAS COSTA, *Anotações aos Artigos 1779.º a 1787.º*, pp. 543 a 552, *Código Civil Anotado, Livro IV Direito da Família*, CLARA SOTTOMAYOR (Coord.), 2.ª Edição, 2022.

Por fim, recordando GUILHERME DE OLIVEIRA, *O regime do divórcio em Portugal. A propósito do novo projecto espanhol – Um caso de “paralelismo espontâneo”?*, «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano. 2, n.º 4, 2005, pp. 7 e ss, ver KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*, 2020, Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (acessível a partir de <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/92703?locale=pt>); e sobre o Direito Espanhol, entre outros, LUIS DIEZ-PICAZO e ANTONIO GULLON, *Sistema de derecho civil: derecho de familia, derecho desuaciones*, 10a edicion, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 98 e ss, 105 e ss e 115 e ss, em especial pp. 101 a 104, e FRANCISCO JAVIER SANCHEZ CALERO e BERNARDO MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil IV: derecho de familia y sucesiones*, Valencia :

O regime do divórcio do Código Civil de Macau de 1999 (CCM), quanto às causas de divórcio, pode considerar-se um sistema misto⁴, então considerado adaptado à realidade e às condições sociais a que se destinava e que⁵, afastando a separação judicial de pessoas e bens, preferindo a resolução definitiva da questão, pela comunhão ou pela separação definitiva, preferiu o divórcio à separação de facto duradoura, tendo como mais significativa alteração o encurtamento do prazo da separação de facto de 6 para 2 anos consecutivos como causa de divórcio litigioso.

A evolução do regime de divórcio foi significativa, mas moderada, de pequenos passos, e quanto a esta questão especialmente cuidadosa, de reequilíbrio de interesses, dos interesses da família e da estabilidade familiar e dos interesses da liberdade individual e da estabilização jurídica de situações de ruptura sem viabilidade de reconciliação⁶.

O divórcio continua a admitir-se, quer por violação culposa de deveres conjugais que comprometa a possibilidade da vida em comum, quer por verificação de causas objectivas de ruptura da vida em comum, designadamente com

Tirant lo Blanch, 2009; 5a edicion, pp. 95 e ss e 101 e ss, em especial pp. 97 a 100.

- 4 À imagem do sistema português então vigente, como era qualificado por FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, 1956, pp. 537 e ss, em especial 548 e ss, e FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA *Curso de Direito da Família, Volume I Introdução, Direito Matrimonial*, – 2.^a Edição, 2001, pp. 583 e ss, em especial pp 608 e ss e 628 e ss, 3.^a Edição, 2003, pp. 632 e ss, em especial 661 e ss e 682 e ss, e ver a 4.^a Edição, 2008, pp. 586 e ss, em especial 615 e ss e 636 e ss. Note-se que a 3.^a Edição, 2003, está traduzida para língua chinesa e publicada entre os *Clássicos Jurídicos de Língua Portuguesa*, pela *Law Press China*, 2018. Sobre o regime e o sistema de divórcio de Macau, ver também MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume II, Casamento e União de Facto*, cit., pp 329 e ss e 354 e ss).
- 5 Além da adopção de um regime de divórcio por mútuo consentimento, judicial e registal, com reserva da via judicial quando haja filhos menores, e dependente de acordo sobre as questões complementares consideradas essenciais, do exercício do poder paternal, dos alimentos e da casa de morada da família.
- 6 Referia LUÍS MIGUEL URBANO, na *Breve Nota Justificativa*, Código Civil, Versão Portuguesa, Imprensa Oficial, Macau, 1999, p. XLI, o seguinte:
 “Não se trata, ao contrário do que uma leitura imediatista possa querer fazer parecer, de um favor ou promoção do divórcio por parte do novo Código ou, tão-pouco, de uma qualquer menor consideração do relevo da instituição do casamento, mas antes da procura de reequacionar e reequilibrar os interesses de sinal contrário que aqui se digladiam. Por um lado, os interesses da família e da estabilidade da mesma – que não meramente formal ou jurídica, mas de promoção do casamento como célula fundamental da nossa sociedade baseada na plena comunhão de vida entre duas pessoas – e, por outro lado, a necessidade de defesa da liberdade e estabilização de situações em que a ruptura prolongada por determinado período não faça mais antever meios fáceis de reconciliação.”

fundamento em separação de facto, nos termos dos artigos seguintes⁷.

Em geral, nos termos do *Artigo 1637.º (Ruptura da vida em comum)*: *São ainda fundamentos do divórcio litigioso: a) A separação de facto por 2 anos consecutivos; b) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a 3 anos; c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de 3 anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.*

Em especial, nos termos do *Artigo 1638.º (Separação de facto)*: *1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer. Mais se prevê: 2. Na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja, nos termos do artigo 1642.º.*

Pelo que respeita à separação de facto, a previsão do legislador de Macau reproduz *ipsis verbis* a redacção dos correspondentes artigos do Código Civil anteriormente em vigor, com ressalva da referida alteração da previsão da duração da separação de facto de “seis anos” para “2 anos”⁸.

O entendimento geralmente aceite era o de que se admitia o divórcio com fundamento em separação de facto como manifestação do princípio da ruptura, ainda que mitigado com o princípio da culpa, que devia ser declarada para determinação dos efeitos do divórcio.

Era causa de divórcio a separação de facto por seis anos consecutivos, entendendo-se, como se estabelecia especialmente na lei, para este efeito, que “há separação de facto quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de a não restabelecer”.

7 Quanto à separação de facto, o Coordenador do Projecto do Código Civil acrescentaria apenas o seguinte:

“Ora, parece-nos que verificados os pressupostos de um período de certificação suficiente da ruptura material da relação como são a nosso ver os 2 anos –, a recusa ao cônjuge do poder de se divorciar deixaria de ter qualquer fundamento razoável – justificado pela protecção da instituição do casamento enquanto vínculo efectivo entre pessoas – para funcionar tão apenas como sancionamento do cônjuge que desse causa à ruptura do casamento. Mas, é precisamente por esta visão sancionatória da liberdade nos parecer ser perfeitamente desadequada que enveredámos pela admissibilidade de se poder promover a declaração jurídica do que a vida da relação já havia demonstrado – a ruptura de um casamento cuja viabilidade é, no mínimo, duvidosa.”

8 E ainda, igualmente a redução da previsão da ausência de “quatro anos” para “3 anos”, e da duração da alteração das faculdades mentais de “seis anos” para “3 anos”, deixando de requerer, neste caso, a presunção do não agravamento do estado mental do réu.

Tratava-se, a versão anteriormente em vigor, da redacção dada na Reforma de 1977, ao art. 1781.º do Código Civil Português, mandado aplicar a Macau, que se manteve inalterada até à entrada em vigor do Código Civil de Macau, em 1 de Novembro de 1999.

Definia-se separação de facto especialmente para este efeito, caso único, uma vez que pode ser relevante com outro conteúdo, com requisitos diferentes, como por exemplo para efeitos da imposição do dever de assistência como dever de alimentos; aqui, como já o legislador precedente o enunciou, *define-se separação de facto, integrada por um elemento objectivo, a falta de comunhão de vida entre os cônjuges e, por um elemento subjectivo, o propósito, da parte de ambos os cônjuges ou só de um deles, de não restabelecer aquela comunhão de vida*⁹.

Entretanto em 1998 entrara em vigor em Portugal, mas não foi estendida a Macau, a alteração da previsão da duração da separação de facto, reduzida de seis para três anos, acrescida da alternativa da separação de facto consentida, ou seja, da separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro. Além de reduzir a duração da ausência e a duração das alterações das faculdades mentais, bem assim de deixar de estabelecer o limite, neste último caso, da previsibilidade do agravamento da saúde mental do réu¹⁰.

9 No Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, justificava-se assim (itálico nosso) a alteração sobre esta matéria (sobre os efeitos ver o §.º 22):

“21. Relativamente ao divórcio litigioso, marca-se a distinção entre os casos em que o fundamento do divórcio é a violação culposa dos deveres conjugais (artigo 1779.º) e as hipóteses em que o divórcio se baseia na ruptura da vida em comum (artigo 1781.º). Quanto aos primeiros julgou-se preferível substituir a técnica da tipicidade das causas do divórcio, adoptada no Código de 1966 e já na Lei de 1910, por uma cláusula geral, autorizando-se qualquer dos cônjuges a requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade de vida em comum (artigo 1779.º, n.º 1).

As situações em que a ruptura da vida em comum pode fundamentar o pedido de divórcio são as três referidas no artigo 1781.º. À separação de facto por seis anos consecutivos, já admitida na alínea h) do artigo 1778.º do Código actual, na redacção que lhe deu o Decreto-Lei n.º 561/76, juntam-se agora a ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos e a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.

Define-se no artigo 1782.º, n.º 1, a separação de facto, integrada por um elemento objectivo, a falta de comunhão de vida entre os cônjuges e, por um elemento subjectivo, o propósito, da parte de ambos os cônjuges ou só de um deles, de não restabelecer aquela comunhão de vida. E o n.º 2 do artigo 1782.º abre a possibilidade de, na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja, com os efeitos patrimoniais daí decorrentes, nomeadamente quanto à partilha a efectuar.

A alteração das faculdades mentais já havia sido causa de divórcio no direito português entre 1910 e 1967; no regime agora adoptado, inspirado no direito francês, o pedido formulado com esse fundamento deve ser indeferido quando seja de presumir que “o divórcio agrave consideravelmente o estado mental do réu (artigo 1784.º).”.

10 A Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto, deu nova redacção ao artigo 1781.º e revogou o artigo 1784.º, dando a seguinte redacção ao Artigo 1781.º, Ruptura da vida em comum: São ainda fundamento do divórcio litigioso: a) A separação de facto por três anos consecutivos; b) A separação de

Estas alterações, porém, vieram a ser também consideradas e acolhidas pelo legislador de Macau, com exclusão da alternativa da separação sem oposição ou separação consentida, e com redução da duração da separação de facto, que na lei em vigor se exige apenas por dois anos consecutivos.

II. Noção legal de separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum

Segundo o regime em vigor, é fundamento de divórcio litigioso a *separação de facto por 2 anos consecutivos*, entendendo-se que há *separação de facto* para este efeito *quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer*. Tratar-se-ia de uma *separação de facto por dois anos consecutivos* em que há *cessação da comunhão de vida*, quer porque *cessa a coabitação e a intenção de ter vida em comum* quer porque *haja o propósito de não a restabelecer*, em que se preencham em conjunto os requisitos ou elementos que a caracterizam, o *elemento objectivo* e o *elemento subjectivo*, e que perdurem *por dois anos consecutivos*. Mais se entendia que *se deviam preencher no momento do pedido do divórcio*, que podia ser pedido por qualquer um dos cônjuges, que a separação não carecia de ser consentida, quer no sentido de não ter de ser acordada quer no sentido de não ter a oposição do outro cônjuge¹¹.

facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro; c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; d) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos.

A previsão da alínea b) não foi mantida posteriormente, tendo sido criticada pela dificuldade da sua compreensão em face dos requisitos do divórcio por mútuo consentimento e bem assim pela aparente configuração na prática como divórcio por mútuo consentimento sem resolução das questões que neste deviam ser resolvidas pelos acordos exigidos. Ver FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 3.^a edição, 2003, cit., pp. 685 e 686 (e a nota 74^a) e 4.^a edição, 2008, cit., pp. 639 a 641 (e a nota 76^a).

- 11 Ver FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I*, 3.^a Edição, pp. 682 e ss, e 4.^a Edição, pp. 636 e ss. Ver também ANTUNES VARELA, *Direito de Família, 1.º Volume*, cit., pp. 498 a 500, e PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume IV*, cit., pp. 538 a 543. Ver ainda a síntese recente sobre a relevância da separação de facto de NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais*, Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho, Coordenação de Guilherme de Oliveira, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 31 e ss (cópia electrónica: http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Textos_de_Direito_da_Familia.pdf).

Já neste sentido se pronunciava F. M. PEREIRA COELHO, *Revista de Legislação e*

Note-se que na *cessação da coabitação ou para a verificação do designado elemento objectivo já se exigia um elemento subjectivo*, a intenção de não viver em comum, pois se concebia a *cessação da coabitação sem intenção de ruptura da vida em comum*, como nos casos de emigração para estudo ou trabalho, isolamento para tratamento médico, ou para cumprimento de pena de prisão, e em que o elemento subjectivo é essencial para cessar a vida em comum, e não se poder configurar a inexistência de vida em comum sem o mesmo, e por consequência a própria separação de facto.

Como também se concebia a *cessação da vida em comum pese embora a existência de comunhão de vida limitada a uma coabitação parcial*, de mesa e habitação ou simplesmente de habitação, sem comunhão de leito, uma *separação afectiva*, em que ainda o elemento subjectivo é essencial e determinante, juntamente com o elemento objectivo, para a verificação da *separação de facto*¹².

Nos casos referidos e em outros em que haja cessação da coabitação, mesmo com saída da habitação ou abandono do lar, além desse facto, a intenção ou propósito de não ter comunhão de vida, *começa por* dever ser *uma intenção de romper ou não ter comunhão de vida* no momento inicial ou em momento subsequente da cessação da comunhão de vida e *continua a ser um propósito*

Jurisprudência, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, págs. 338 a 350, em especial no § 5.º da Anotação:

“ Em primeiro lugar, o acórdão não faz uma afirmação correcta *quando identifica* o estado de *separação de facto com o elemento objectivo desta*, pois a separação como *estado* ou situação de facto, a *separação em si mesma*, já compreende os dois elementos referidos, o *objectivo* e o *subjectivo*, sendo este, naturalmente, o sentido a atribuir ao entendimento das instâncias. Na verdade, e como é sabido, a separação de facto compreende, ao lado de um *elemento objectivo*, a separação de leito, mesa e habitação, um *elemento subjectivo*, a intenção de romper a vida em comum, sendo este um ponto em que há unanimidade de opiniões, na doutrina como na jurisprudência, por muito diversas que sejam as fórmulas utilizadas (1). O entendimento das instâncias de que o fundamento da separação é agora << um *estado* ou situação de facto, a *separação em si mesma*>>, não comportava, pois, manifestamente, a consequência que o acórdão dele pretende tirar relativamente aos casos de emigração, internamento hospitalar, etc. É óbvio que nesses casos, *mesmo segundo o entendimento das instâncias*, não poderia ser requerido o divórcio com fundamento em separação de facto por não se verificar aí o *estado* ou *situação de facto* correspondente, faltando, como falta, o *elemento subjectivo* da separação de facto, o propósito, por parte de qualquer dos cônjuges, de romper a vida em comum.”

[(1) Cfr., p. ex., JACQUES MASSIP, La réforme du divorce (1976), pág. 72, e, na nossa jurisprudência, os acórdãos do S. T. J., de 1 de Março de 1979 (Bol. n.º 285, pág. 324) e da Relação do Porto de 5 de Janeiro de 1978 (sum. no Bol. n.º 275, pág. 274).]

- 12 Na jurisprudência de Macau, ver o caso decidido já no Ac. do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, e mais recentemente, embora perante questão diversa do divórcio, perante a renovação da autorização de residência quando a mesma tem como fundamento o reagrupamento familiar, no Ac. do TSI n.º 389/2019, de 20 de Fevereiro de 2020, do qual houve recurso decidido no AC. do TUI n.º 80/2020, de 31 de Julho de 2020.

de não ter ou de não manter a comunhão de vida no futuro ou o propósito de não a restabelecer. O primeiro já é um elemento subjectivo¹³, e o segundo um elemento subjectivo qualificado¹⁴, como não restabelecimento da comunhão de vida, qualificado ou especial para constituir fundamento de divórcio por separação de facto por dois anos consecutivos.

Nos primeiros casos não pode haver cessação da comunhão de vida nem separação de facto relevante como causa de divórcio. Nos casos seguintes pode haver cessação da comunhão de vida por cessação da coabitação, mas só haverá separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum havendo intenção de não ter e intenção de não restabelecer a comunhão de vida, como elemento(s) subjectivo(s) essencial(is) e necessário(s) para haver separação de facto relevante.

Assim, não seria possível haver separação de facto com a mera cessação da coabitação ou elemento objectivo em qualquer das hipóteses, nem sem a separação de facto requerida. Nem seria possível, por exemplo, num caso de mera cessação da coabitação por necessidade de tratamento médico vir propor acção de divórcio, por não haver cessação da comunhão de vida que foi impossibilitada por não haver intenção de não ter ou de não manter a comunhão de vida que foi impossibilitada por causa estranha à vontade dos cônjuges, considerando que por esta propositura da acção manifestava a intenção de não restabelecer a comunhão de vida, requerida que é a separação de facto por dois anos sucessivos. Nem em casos como os de abandono do lar com que se inicia a cessação da comunhão de vida com a intenção, pelo menos de um deles, de não ter comunhão de vida, se poderia propor a acção de divórcio com fundamento em separação de facto se não houvesse intenção de não restabelecer a comunhão de vida.

Esse era o entendimento comum e o adoptado na jurisprudência de Macau, também na vigência do Código Civil de Macau, e seguido sem conhecida discordância até 2009¹⁵:

13 FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, 3.ª Edição, 2003, pp. 684 a 688, 4.ª Edição, 2008, pp. 632 a 642, 5.ª Edição, 2016, pp. 727 a 731 (recorde-se, a 3.ª Edição está traduzida para Língua Chinesa).

Tenha-se presente o recente Ac. do TSI n.º 395/2021, de 28 de Abril de 2022, para se observar que o conceito jurídico de separação de facto a que se refere, com referência para o n.º 1 do art. 1638.º, se deve entender no sentido da exigência do elemento subjectivo geral ou não qualificado, portanto não “de não restabelecer a comunhão de vida”, mas antes e ainda “de não ter ou de romper a vida em comum”.

14 Como designado por NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., em especial pp. 52 e ss.

15 Como se pode apurar pelas decisões publicadas, designadamente nos termos adoptados no Ac. do TSI n.º 74/2008, de 10 de Junho de 2009, no essencial relevante para as questões em

“Conforme o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 10 de Dezembro de 2009, processo n.º 74/2008, para os efeitos previstos no artigo 1637.º, a), do CC, não basta a separação por dois anos. O propósito de não restabelecer a vida em comum, referido no artigo 1638.º, n.º 1, do CC, também tem que estar verificado há 2 anos. Trata-se de uma exigência que resulta da própria letra da lei quando procedemos a uma leitura mais atenta das normas em questão. Num primeiro momento, através do artigo 1638.º, n.º 1, do CC, a lei define a separação de facto como sendo uma situação de ruptura afectiva em que envolve não apenas a cessação da vida em comum mas também a vontade de um ou de ambos os cônjuges de não mais voltar a estabelecer a cessada vida em comum. Pelo que, só se está em separação de facto quando estão reunidos esses dois elementos: um objectivo, a separação, e outro subjectivo, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida. Num segundo momento, com o artigo 1637.º, a), do CC, a lei exige que essa ruptura afectiva tenha perdurado por 2 anos consecutivos.

Como vem esclarecido no Acórdão acima referido, essa exigência de o propósito de não restabelecer a vida em comum também perdurar 2 anos consecutivos resulta do facto de hoje em dia ser muito frequente a separação dos cônjuges pelas mais variadas ordens de razão: emprego, estudo, formação, etc. Essas situações em que os cônjuges são, como que, forçados a viver separados, não constituem motivo para divórcio porque ainda não se verificou a exigida ruptura afectiva do casal.

Além disso, tendo em conta o acima expandido, deve-se exigir que esses requisitos estejam preenchidos à data da propositura da acção visto que o direito potestativo de qualquer dos cônjuges pedir unilateralmente o divórcio deve estar consolidado na respectiva esfera jurídica nesta altura, o qual, segundo os artigos 1637.º, a) e 1638.º do CC, só nasce quando o casal tiver deixado de coabitar, com comunhão de leito, mesa e tecto, durante dois anos e sem o propósito de restabelecer a comunhão de vida também por dois anos. Com efeito, na perspectiva do legislador, apenas nessa altura é que a ruptura do casal se torna objectivamente irreversível.”

apreço, como se sintetiza na sentença de que se recorre, na parte citada do próprio Ac. do TSI n.º 793/2012 de 22 de Maio de 2014, pp. 9 e 10, que aqui se transcreve. O Acórdão do TSI n.º 74/2008, de 10 de Junho de 2009, está até agora, no sítio electrónico dos tribunais da RAEM, apenas integralmente disponível em língua chinesa.

Sem prejuízo de serem questões já antes postas a propósito da separação de facto, foram identificadas posteriormente ao referido Acórdão as seguintes questões na Jurisprudência de Macau:

– Dos pressupostos ou elementos da separação de facto e da presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva sem manifestação em contrário, e do seu carácter essencial ou complementar;

– Da duração da separação de facto e da verificação do elemento subjectivo, ou do elemento subjectivo qualificado, independentemente do decurso de dois anos, designadamente pela simples propositura da acção;

– Da relevância do princípio da actualidade da decisão para verificação dos requisitos, elementos e duração, da separação de facto¹⁶;

– E o argumento de que “o legislador de Macau está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo”.

Em resposta, à maioria das questões suscitadas, também postas no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, que tomamos por referência, dado o caso em apreço e as conclusões da sua apreciação, a apresentação de uma síntese da evolução jurisprudencial, e a intenção, ou pelo menos a virtualidade, de estabilizar e desenvolver uma orientação jurisprudencial sobre o entendimento da separação de facto como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum, vejamos o que, apresentando o caso, se sumariou (tendo o sublinhado no original passado a constar em itálico) :

“1. Se o marido, pelo menos desde 2005 e até à presente data deixou de

16 Esta e as questões anteriores também se suscitaram anteriormente em Portugal, na vigência de um regime próximo do actual regime de Macau, embora perante a previsão de ser fundamento de divórcio a separação de facto por três anos consecutivos. O regime ali em vigor foi objecto de importante alteração em 2008, em que se passou a admitir como causa de divórcio a ruptura da vida em comum, designada *ruptura do casamento* na epígrafe do art. 1781º, designadamente por separação de facto por um ano consecutivo.

Na previsão da lei estabelece-se o seguinte no Artigo 1781.º (Ruptura do casamento): São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo; b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

E ainda, a seguir, no Artigo 1782.º (Separação de facto): 1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer. O n.º 2 foi revogado pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

viver na mesma casa com a sua mulher, não havendo, pelo menos da parte dele o propósito de restabelecer a vida conjugal, se propôs a acção em 14/2/2011, acção essa que não foi contestada, entende-se que se observam os requisitos para o decretamento do divórcio por separação de facto por período superior a dois anos nos termos do artigo 1637.º, al. a) do Código Civil.

2. O *elemento objectivo* é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Este elemento é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação, reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma grande variedade de situações. Ao elemento objectivo que é matéria da separação de facto, há-de, pois, acrescer um *elemento subjectivo*, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido; consiste ele numa disposição interior – o “propósito” como diz o artigo da parte de ambos os cônjuges ou de um deles de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial.

3. Não se deve ser demasiado exigente na comprovação de uma matéria de facto fluida, do foro íntimo, sentimental, afectiva. A perda dos laços é, quantas vezes, pelo silêncio que melhor se expressa.

4. Numa situação em que se vem a invocar a ruptura conjugal, em regra o elemento subjectivo não deixa de acompanhar o elemento objectivo relevante, na certeza de que nesses casos ele se vai cimentando ao longo do tempo. É evidente que numa situação dessas, como aquelas que a vida nos mostra, não há um momento exacto e determinável para se poder dizer que naquele exacto momento passou a haver uma disposição de ruptura conjugal.

5. Os requisitos para o decretamento do divórcio, não deixam de actuar sobre o marco de referência temporal em que se traduz a propositura da acção e o tempo da sua pendência, não se deixando de lhe dar prevalência, em função do *princípio da actualidade da decisão*, plasmado no artigo 566.º do Código de Processo Civil.”.

Não se suscitou em Macau a questão da constitucionalidade da admissibilidade da separação de facto como causa bilateral de divórcio; nem a questão da constitucionalidade da admissibilidade da separação de facto prescindindo do elemento subjectivo durante os dois anos consecutivos, por criação pelo juiz de uma norma nova que seria da competência do legislador¹⁷.

17 Pela análise doutrinal e da referência à jurisprudência publicada, a questão foi suscitada e resolvida no caso português pela conformidade com a Constituição da República Portuguesa. No Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 196/91, de 8 de Maio de 1991, não se apreciou a constitucionalidade das normas dos arts. 1781.º e 1782.º do CCP, designadamente o entendimento sobre a necessidade de verificação do elemento subjectivo ao lado do elemento objectivo, que aliás no caso considerou ter sido verificado pelo Supremo Tribunal de Justiça, nem, segundo a conclusão do Tribunal Constitucional, o mesmo seria susceptível de apreciação em sede de inconstitucionalidade orgânica como criação de uma norma resultante de uma interpretação da

Tem-se colocado, como também fizemos, a questão da consagração na Lei Básica do direito ao divórcio, designadamente no contexto da admissibilidade do divórcio para todos os casamentos, pelo menos como direito implícito (cfr. arts. 28.º e 38.º, 1.ª parte, e o art. 30.º LB), como dimensão da dignidade humana, da liberdade pessoal e da liberdade de desvinculação do casamento em condições de igualdade (cfr. art. 25.º LB), incluindo o direito ao divórcio como direito de desvinculação unilateral que, concluímos, “imporá prosseguir com a consagração de um direito de desvinculação sem necessidade de fundamento em actuação culposa, como liberdade de desvinculação fundada em ruptura do casamento, embora com responsabilidade pelos efeitos da desvinculação que podem ser causa de reparação ou compensação a que eventualmente haja lugar”, ou mesmo, em especial, a defesa do direito e do princípio da liberdade de divórcio, defendendo um divórcio sem culpa por o divórcio com culpa ser limitativo da liberdade de divórcio¹⁸.

III. Questão prévia da separação de facto perante a separação de facto como fundamento de divórcio litigioso

A separação de facto relevante na lei civil, e a essa nos referimos em especial, não é apenas a separação de facto fundamento de divórcio litigioso, mas

norma pelo tribunal.

Ver o *Sumário* do Acórdão referido do Tribunal Constitucional, em especial o § “V – Quanto às normas dos artigos 1781.º e 1782.º do Código Civil a recorrente apenas invoca a sua inconstitucionalidade em termos e com fundamentos que se reconduzem à pretensa inconstitucionalidade orgânica de uma norma nova que teria sido criada pelo juiz, ao prescindir do elemento subjectivo de a vontade de não restabelecer a vida em comum se ter verificado durante os seis anos consecutivos da separação de facto o que não pode ser objecto do recurso de constitucionalidade.”.

Sobre a questão da separação de facto, ver ainda, do texto, II, § 7.º, BMJ, N.º 407, de Junho de 1991, p. 75. Já se referiam à questão FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, no *Curso de Direito da Família, Volume I*, 3.ª Edição, cit., n.º 265, pp. 682 e ss e nota 73, na 4.ª Edição, cit., n.º 240, pp. 636 e ss e nota 75, e na 5.ª Edição, cit., n.º 240, pp. 725 e ss.

Sobre a questão ver também NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., pp. 61 e 62, incluindo outras referências jurisprudenciais.

18 Respectivamente, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume I, pp. 105 e 106 e 152 e ss, e II, pp. 329 e ss e 367 e ss, e JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, BFDUM, N.º 46, cit., pp. 63 e ss, em especial pp. 90 a 94.

Embora perante o Direito Português, veja-se a posição adoptada por KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*, cit., 6. Um olhar para o futuro: Admissibilidade do divórcio a-pedido, pp. 65 e ss.

essa é aquela que a lei define especialmente para esse efeito, a única definição legal de separação de facto. Se se pode dizer que *a separação de facto se opõe a comunhão de vida* entre os cônjuges e se podia estabelecer o seu *paralelismo com o divórcio como um divórcio de facto, ou com a separação judicial de pessoas e bens sem declaração judicial*, de uma *separação de facto em contraposição a uma separação jurídica*, que agora no sistema jurídico em vigor deixou de se admitir, deixando de se poder fazer essa comparação, todavia face à previsão da lei, continua a separação de facto a dever ser entendida como inexistência de comunhão de vida entre os cônjuges¹⁹.

Por outro lado, continua a fazer sentido *comparar* ou *confrontar a separação de facto com a união de facto*, por nesta faltar a vinculação jurídica do casamento e naquela faltar a desvinculação jurídica do casamento, de que a separação de facto pode ser causa por divórcio, ou seja, de desvinculação jurídica pela dissolução do casamento.

A união de facto é neste contexto o oposto de separação de facto, sendo estabelecido que *a união de facto é a comunhão de vida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges* (art. 1472.º) e *a separação de facto é a inexistência de comunhão de vida entre duas pessoas casadas que continuam vinculadas pelo casamento e vivem voluntariamente sem comunhão de vida entre os cônjuges*²⁰.

Por outro lado, embora só se defina na lei *a separação de facto para efeitos de divórcio*, no seu âmbito encontra-se *um conceito nuclear e um conceito geral de separação de facto*, respectivamente, de *inexistência de coabitação* e de *inexistência de comunhão de vida* entre os cônjuges.

Para a união de facto, ao ser regulada expressamente, a lei enuncia uma noção geral, que referimos, a estabelecer as condições essenciais, mínimas ou nucleares da sua relevância (art. 1471.º); e ao estabelecer as *condições de relevância civil* ou para efeitos da lei civil enuncia uma *noção de união de facto para efeitos civis em geral*, do Código Civil e de aplicação subsidiária civil e geral (art. 1472.º), como nos casos da previsão do direito a indemnização por danos não patrimoniais (art. 498.º, n.ºs 2 e 3) e de equiparação a familiares do titular do direito de uso e habitação (art. 1411.º); prevendo-se ainda *condições especiais de relevância para fins diversos, exigindo menos ou exigindo mais* segundo a previsão

19 Sobre a caracterização da *separação de facto* como *divórcio de facto*, ver F. M. PEREIRA COELHO, Revista de Legislação e Jurisprudência, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, cit., págs. 338 a 350, em especial no § 6.º da Anotação.

A excepcionalidade da definição legal de separação de facto é enfatizada por NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., pp. 34 e ss.

20 Ver as nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, Capítulo IV, União de facto, pp. 411 e ss, em especial pp. 422 e ss, e pp. 497 e ss.

na lei de tipos de relevância, *menos*, por exemplo para efeitos de qualificação como interposta pessoa (arts. 573.º e 867.º), ou de presunção de paternidade do unido de facto (art. 1720.º, n.º 1, al. c)), e *mais*, por exemplo, para efeitos do apanágio do unido de facto sobrevivivo (art. 1862.º) ou para efeitos sucessórios (art. 1985.º)²¹.

Ora, para a *separação de facto*, na falta da sua previsão autónoma de um ponto de vista sistemático na lei civil, pode começar por se observar ainda uma manifestação comparável, *ainda que simétrica*, em que se define *separação de facto para efeitos de divórcio*, por isso uma *noção especial de separação de facto* para esse efeito, prevendo *condições especiais de relevância*²², podendo a separação de facto ser juridicamente relevante em função da previsão da lei ou da razão de ser da previsão da lei²³.

Não deixa de se poder entender, ainda que preliminarmente, que não havendo uma *noção geral de separação de facto* nem *de separação de facto civil*, ainda se pode considerar que *a própria noção de separação de facto para efeitos de divórcio* integra a *noção de separação de facto nuclear* e a *noção de separação de facto geral ou civil em geral*, que, respectivamente, se caracterizam, a primeira, pela cessação da vida em comum por inexistência de coabitação,

-
- 21 Ver as nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, Capítulo IV, União de facto, cit., pp. 497 e ss, e em especial relativamente aos dois últimos exemplos, Volume III, Capítulo V Alimentos, em especial pp.15 e ss, e Capítulo VII, Sucessão legítima, em especial pp.214 e ss, e *Apanágio do unido de facto sobrevivivo no Direito de Macau*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Timor Lorosae, Ano I, Número I, 2018, pp. 597 e ss, em especial pp. 613 e ss.
- 22 Podemos constatar que se verifica uma situação paralela à que sucedia com a previsão da união de facto para efeitos do apanágio do unido de facto sobrevivivo do art. 2020.º do Código Civil anteriormente em vigor em Macau. O que se reconheceu em geral e também demonstrámos para o sistema jurídico em vigor, designadamente nas nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume II, pp. 411 e ss e p. 431, nota 448, antes em *Condições de relevância jurídica civil da união de facto*, Contribuições Jurídicas sobre a União de Facto, Universidade de Macau, 2011, pp. 15 e ss, e depois referimos em *Apanágio do unido de facto sobrevivivo no Direito de Macau*, cit., pp. 597 e ss, em especial pp. 603 e ss (cfr. pp. 607 e ss) e pp. 613 e ss.
- 23 Como referiam GUILHERME DE OLIVEIRA e NUNO DE SALTER CID, *Casamento, separação e divórcio no Direito Português*, em *The Marriage*, Milano - Dott A. Guifrè Editore, 1998, p. 402 (pp. 381 e ss), “A separação de facto não é objecto de um conjunto autónomo e sistematizado de normas. No entanto, pode relevar para diversos efeitos.”, e também refere NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais*, cit., pp. 55 a 57, ao considerar que “o conceito de separação de facto juridicamente relevante deve ser afinado em função do caso a julgar e da razão de ser da norma aplicável”, em que exemplifica, para o Direito Português, com previsões em que a separação de facto releva ou não em presença dos seus dois elementos (notas 51 a 53), e que pode corresponder a previsões em que se exigem condições gerais e condições especiais de relevância.

limitada ao âmbito do designado elemento objectivo²⁴, a segunda, pela cessação da comunhão de vida, que integra a cessação da coabitação, elemento objectivo, e a intenção de cessação ou o propósito de não ter comunhão de vida, um elemento subjectivo geral, e, por fim, a terceira, pela separação para efeitos especiais de divórcio, que integra ainda um elemento subjectivo especial ou qualificado, a intenção de não restabelecer a comunhão de vida.

A separação de facto releva no casamento e nas relações familiares para outros fins, *como a cessação da coabitação ou da vida em comum, independentemente de haver, isto é, podendo haver ou não, propósito de restabelecer a vida em comum*, designadamente para efeitos de atribuição de relevância à união de facto de pessoas casadas (cfr. art. 1472.º), transmissão do arrendamento por morte do arrendamento para habitação (cfr. art. 1043.º, n.ºs 1 e 2), de assistência entre os cônjuges na vigência do casamento (cfr. art. 1536.º, n.º 2), para atribuição e exercício do poder paternal (cfr. arts. 1760.º, 1761.º, e 1762.º e 1763.º (e 1776.º, para efeitos de registo)), da capacidade para adopção conjunta e da necessidade do consentimento do cônjuge não adoptante em caso de adopção singular (respectivamente, nos arts. 1828.º e, n.º 1, e 1833.º, n.º 1, alínea b)), para estabelecimento da obrigação de alimentos do padrasto e da madrastra relativamente a enteados menores que estejam a cargo do cônjuge (cfr. al. d) do n.º 1 do art. 1850.º), ou para efeitos do direito de apanágio do unido de facto que estivesse casado e separado de facto há mais de 4 anos (art. 1862.º, n.º 1)²⁵.

Em cada caso ou cada tipo de relevância de separação de facto releva de acordo com os respectivos pressupostos e efeitos, podendo enquanto tal ser estabelecidas *condições mais exigentes*, ou *condições especiais*, como no *caso de apanágio do unido de facto que estivesse casado e separado de facto há mais de 4 anos* (art. 1862.º, n.º 1). A separação de facto deve integrar a intenção de não ter comunhão de vida com o cônjuge, mas deve integrar a intenção de a não restabelecer? Não necessariamente, admitindo-se mesmo a seguir que possa haver restabelecimento da comunhão de vida e perda de direito de apanágio (art. 1862.º, n.º 1). Porém, deve tratar-se de uma separação de facto duradoura, tal como a própria união de facto, por mais de 4 anos, e que tenha continuidade, como requisito do reconhecimento do direito de apanágio sobre a herança do falecido.

Pode ainda questionar-se a relevância e a exigência de *condições especiais*

24 Por isso GUILHERME DE OLIVEIRA e NUNO DE SALTER CID, *Casamento, separação e divórcio no Direito Português*, cit. pp. 401 e 402, começam por referir que “*A separação de facto traduz-se numa situação objectiva de inexistência de vida em comum entre os cônjuges, ou, o mesmo é dizer, na falta de coabitação entre eles.*”

25 A separação de facto *como cessação da comunhão de vida* constitui ainda, designadamente, causa de exclusão do cônjuge do interdito da tutela e da curadoria (arts. 126.º e art. 139.º), ou do direito de indemnização por danos não patrimoniais por morte da vítima (art. 489.º, n.ºs 2 e 3).

para a *separação de facto para transmissão do arrendamento por morte*, quando se exige que se trate de cônjuge não separado de facto ou que, embora separado, habitasse a casa arrendada, à data da morte, do cônjuge falecido (n.º 1 do art. 1043.º). Trata-se de um caso em que se protege a habitação, normalmente a casa de morada família, que releva primeiro negativamente, ser cônjuge não separado de facto, e, segundo, positivamente, sendo separado de facto, exigindo que habitasse a casa arrendada à data da morte, independentemente de quem e a que título desse causa à separação²⁶.

Podem exigir menos, nos casos em que basta a *cessação da coabitação*, mesmo sem intenção de não ter comunhão de vida, como manifestação de separação de facto, para efeitos da cessação da presunção de paternidade do marido da mãe casada art.1688.º, e de afastamento da presunção de paternidade por posse de estado, além do afastamento da paternidade por falta de coabitação causal (art. 1720.º, n.º 1 e n.º 2, al. a))²⁷.

A relevância de uma noção ou um conceito geral de separação de facto ultrapassa as fronteiras da lei civil, como direito privado geral e direito comum no nosso sistema jurídico, *quer quando* não se estabeleçam condições especiais de relevância, de que pode servir de exemplo a *previsão do regime do subsídio por morte a favor do cônjuge sobrevivente não separado de facto* previsto no art. 246.º, n.º 2, do ETAPM, *quer quando se estabeleçam*, como no caso da *definição da titularidade do direito a pensão no Regime da concessão de pensões de preço de sangue e de pensões por serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade*²⁸.

26 Sobre esta previsão ver JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, Volume XXII, em vias de publicação, Anotação ao art. 1043.º*. No Código Civil anteriormente em vigor correspondia à previsão do n.º 1 do art. 1111.º. Actualmente no Código Civil Português corresponde à previsão do art. 1106.º. Sobre a questão perante a previsão correspondente no direito português, ver NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., pp. 55 e 56 e nota 52, e a bibliografia aí citada.

27 Também releva como *falta ou como cessação de coabitação*, designadamente para efeitos de determinação do momento de produção de efeitos do divórcio (cfr. art. 1644.º, n.º 2), e dá-se a suspensão do dever de coabitação a partir da conferência de conciliação em que os cônjuges persistam no propósito de se divorciarem por mútuo consentimento (cfr. art. 1631.º, n.º 4), e presume-se finda a coabitação na data da mesma conferência (alínea a) do n.º 2 do art. 1688.º; e nos demais casos previstos nas alíneas b) e c)), para efeitos da cessação da presunção de paternidade dos filhos concebidos depois de finda a coabitação (nos termos do n.º 1 do art. 1688.º).

28 Prevê-se no ETAPM, Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, com as alterações posteriores, no art. 246.º, n.º 1, que o subsídio por morte é devido à pessoa que o falecido haja designado em declaração depositada no serviço processador do seu vencimento, salário ou pensão, e no n.º 2, que na falta,

A separação de facto também tem especial relevo na experiência jurídica local para efeitos da atribuição do direito de residência, de que podem ser exemplo a atribuição do direito de residência permanente (Lei n.º 8/1999) e de residência temporária com fundamento em reunião ou reagrupamento familiar (Lei n.º 16/2021)²⁹.

extravio ou inoperância da declaração referida no número anterior, o subsídio é atribuído a um dos elementos da família, mediante requerimento a apresentar no prazo de 90 dias contados a partir do dia seguinte ao do óbito, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 496.º do Código Civil. Ora neste artigo do Código Civil anteriormente em vigor, pelo que respeita ao cônjuge nem sequer se autonomizava o cônjuge separado de facto, referindo-se ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens, onde o mesmo se incluía. Agora, desde a data da entrada em vigor do Código Civil de Macau, deixou de se admitir a separação judicial de pessoas e bens, embora continue a relevar e a aplicar-se aquele regime à separação judicial de pessoas e bens estabelecida que se mantenha, nos termos do art. 33.º do Decreto-lei n.º 33/99/M, de 3 de Agosto. Por outro lado, desde aquela data, a remissão deve considerar-se feita para as disposições correspondentes do novo Código, no caso o n.º 2 do art. 489.º, de acordo com o qual o direito em causa cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de facto e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, ao unido de facto e aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representam.

A separação de facto já não releva para afastar o direito ao subsídio de funeral da titularidade do cônjuge sobrevivente, pois neste caso o que está em causa é assegurar o funeral do cônjuge falecido (nos termos do art. 250.º do ETAPM).

Quanto ao regime da concessão de pensões de preço de sangue e de pensões por serviços excepcionais ou relevantes prestados à comunidade, o mesmo foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/97/M, de 8 de Setembro, e consta do seu art. 4.º, n.º 1, que “São requisitos especiais de aquisição do direito a qualquer das pensões previstas no presente diploma: a) Quanto ao cônjuge sobrevivente, não separado judicialmente de pessoas e bens: — Viver com o falecido, à data da morte, ou, em caso de separação de facto, não ter dado motivo à separação; — Não viver em união de facto.”. Neste caso só releva a separação de facto não motivada pelo cônjuge sobrevivente titular do direito de pensão e não coexistente com união de facto deste com outrem.

Sobre a relevância familiar do casamento no regime da função pública, ver VIRGÍLIO VALENTE, *A família no regime jurídico da função pública da RAEM*, pp. 593 e ss, e por outro lado, ver também JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS e JOANA RAQUEL PIRES REBELO, *As relações familiares no Código do Procedimento Administrativo de Macau: Impedimentos, excusas e suspeições*, pp. 613 e ss, e ainda, no regime fiscal, LUIS PESSANHA, *O enquadramento da família no Direito Fiscal de Macau*, pp. 631 e ss, e *A consideração fiscal da família no sistema fiscal de Macau*, pp. 657 e ss, todos nos Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, citado.

29 Para efeitos do previsto no art. 1.º, n.º 1, al. 9), da Lei n.º 8/1999 (Aprova a Lei sobre Residente Permanente e Direito de Residência da Região Administrativa Especial de Macau), ver o Acórdão do TUI n.º 21/2014, de 7 de Janeiro de 2021, em que se decidiu que a separação de facto do requerente do título de residente permanente da RAEM, com base em aqui ter o domicílio permanente por mais de 7 anos, não era prejudicado pela separação de facto do cônjuge, em que se não exige expressamente viver em comunhão de vida com o cônjuge ou não viver separado de facto.

Para os efeitos previstos na al. 3) do n.º 2 do art. 9.º da Lei n.º 4/2003 (Princípios gerais do regime

A não relevância da separação de facto, mesmo com intenção de não restabelecimento da comunhão de vida pode questionar-se, para além do direito de apanágio, por exemplo, para efeitos sucessórios, em que actualmente não relevará se não tiver sido proposta a acção de divórcio com esse fundamento ou a manifestação dessa intenção não constitua causa de exclusão ou causa de cessação do direito a alimentos por morte (nos termos dos arts. 1859.º e 1860.º e 1862.º) ou causa de indignidade por deserdação (nos termos da al. d) do art. 2003.º, parte final, que se manifeste como violação grave dos deveres para com o falecido ou os devedores de alimentos)³⁰.

Não há assim *uma verdadeira separação de facto*, mas várias manifestações de separação de facto relevantes ou verdadeiras, segundo a previsão da lei, sem dispensa de interpretação ou integração no âmbito da realização (administrativa

de entrada, permanência e autorização de residência), entretanto revogada pela Lei n.º 16/2021 (Regime jurídico do controlo de migração e das autorizações de permanência e residência na Região Administrativa Especial de Macau), publicada em 16 de Agosto de 2021, ver o caso em apreço no Ac. do TSI n.º 389/2019, de 20 de Fevereiro de 2020, em que a *separação de facto é configurada como “separação fáctica”, como “saida da residência familiar” ou cessação da vida em comum, independentemente de quem saiu ou abandonou a residência familiar e sendo irrelevante pretender ou não pretender manter o casamento* (pp. 4 e ss, no Parecer do Magistrado do MP). Ver também o caso decidido no Ac. do TUI n.º 80/2020, de 31 de Julho de 2020, em recurso do mesmo (e ainda o Ac. TSI n.º 683/2016, de 8 de Fevereiro de 2018, ali citado, p. 10).

- 30 Sobre o regime sucessório e do apanágio do cônjuge sobrevivente, ver MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Volume III, e em particular *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, Estudos de Direito da Família e Menores, Textos Originais em Língua Portuguesa, cit., pp. 403 e ss.

No Código Civil Brasileiro prevê-se a propósito o seguinte: “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”.

Sobre esta previsão e a relevância sucessória da separação de facto no Código Civil Brasileiro pode ver-se, entre outros, MAURO ANTONINI, *Anotação ao Artigo 1830.º*, pp. 2017 a 2109, in *Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência*, Coordenador Ministro CEZAR PELUSO, 9.ª Edição, Revista e Atualizada, Editora Manole, 2015, podendo ver-se também FERNANDA PAES LEME PEYNEAU RITO, *Efeitos patrimoniais da separação de fato*, 2010 (<https://ibdfam.org.br/artigos/586/Efeitos+patrimoniais+da+separa%C3%A7%C3%A3o+de+fat>).

Sobre a relevância sucessória da separação de facto no Direito Espanhol, ver LUIS DIEZ-PICAZO, e ANTONIO GULLON, *Sistema de derecho civil: derecho de familia, derecho desuaciones*, cit., pp. 471 e 472, e FRANCISCO JAVIER SANCHEZ CALERO e BERNARDO MORENO QUESADA, *Curso de derecho civil IV: derecho de familia y sucesiones*, cit., pp.630, tendo presente as seguintes disposições do Código Civil Espanhol, De la sucesión intestada:

“Artículo 944. En defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente.

Artículo 945. No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho.”.

ou judicial) do direito³¹.

IV. Questões sobre a separação de facto como fundamento de divórcio litigioso

4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva

Embora se tenha em vista a análise da jurisprudência de Macau³², como ponto de partida para análise da questão e esclarecimento de posições, tomemos a definição de separação de facto para efeitos de divórcio dada por PEREIRA COELHO³³, definição actualizada sucessivamente, agora na formulação comum de PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, adoptando o enunciado legal e a caracterização do legislador³⁴. Começam pela sua *noção legal e caracterizam os seus elementos ou pressupostos* (perante a al. a) do art. 1781.º e o n.º 1 do art. 1782.º do CCP, que correspondem à al. a) do art. 1637.º e ao n.º 1

31 A que se alude no Ac. do TSI n.º 395/2021, de 24 de Abril de 2021, no parágrafo 4.º do *Sumário* (itálico nosso):

III – Quando a Administração se limitou a verificar que, objectivamente, durante um período de aproximadamente 9 meses, o Recorrente viveu em Macau e o seu cônjuge permaneceu fora de Macau, concretamente no Canadá, mas não demonstra que a essa separação física correspondeu, juridicamente, a uma *verdadeira separação de facto* e, portanto, que tal período tenha correspondido a uma *ausência de comunhão de vida*, ou de uma *coabitação em sentido juridicamente relevante, uma vez que, dos elementos colhidos no decurso do procedimento administrativo nada indicia que de um ou de ambos os cônjuges não houvesse o propósito de, assim que possível, voltarem a viver no mesmo lugar*. Verificando-se um erro nos pressupostos de facto, o que é razão bastante para anular a decisão recorrida.

32 Como se pode começar por observar estar presente nos §§ 1.º, 2.º 3.º e 4.º do *Sumário* e nos §§ 5.º e 6.º, e 7 do n.º 7 dos Fundamentos, deste Acórdão; e nos Acs. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, e n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015).

33 Desde, designadamente, *Divórcio e separação judicial de pessoas e bens na Reforma do Código Civil, in reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Petrony, Lisboa, 1981 (pp. 26 e ss; em especial pp. 35 a 39).

34 *Curso de Direito da Família*, 5.ª Edição n.º 240, pp. 727 e 728, semelhante ao enunciado da 4.ª edição, n.º 240, pp. 638 e 639, e da 3.ª Edição, n.º 265, pp. 684 e 685. Note-se ainda que o regime do divórcio foi revisto pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o que se reflectia, quanto a esta questão, na previsão de que é “fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges: a) A separação de facto por um ano consecutivo”, mantendo-se a noção de separação de facto e a sua natureza de causa objectiva e peremptória de divórcio. Posteriormente GUILHERME DE OLIVEIRA, com a colaboração de RUI MOURA RAMOS, *Manual de Direito da Família*, Almedina, 2020, pp. 277 e 278, refere-se brevemente à separação de facto como causa de divórcio. Note-se que em Portugal foi adoptado o Novo Acordo Ortográfico, de acordo com o qual estas obras estão escritas.

do art. 1638.º do CCM):

“Como causa do divórcio, a separação exige em primeiro lugar a separação de facto dos cônjuges, integrada por dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O elemento objetivo é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Mas o elemento objetivo é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma multiplicidade de situações. Os cônjuges podem ter residências separadas, como o art. 1673.º permite, e, todavia, manter uma autêntica “comunhão de vida”. Separados por vezes há longos anos, a sua comunhão de sentimentos persiste com forte intensidade. É o que acontece com tantos milhares dos nossos emigrantes, espalhados pelas sete partidas do mundo. Embora sucessivamente adiado, os cônjuges mantêm o propósito de restabelecer a vida em comum quando as circunstâncias o permitirem. Outras vezes, pelo contrário, respeitos humanos ou o interesse dos filhos levam os cônjuges a manter uma aparência de vida em comum que não corresponde à realidade. Ao elemento objetivo, que é a matéria da separação de facto, há de pois acrescer um elemento subjetivo, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido. Tal elemento subjetivo consiste numa disposição interior ou, como diz o art. 1782.º, num “propósito”, da parte de ambos os cônjuges ou de um deles, de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial. Por falta desse elemento subjetivo, não haverá separação de facto se os cônjuges estão separados em consequência, por exemplo, de prisão ou ausência de um deles em cumprimento de deveres militares ou no exercício de outras funções públicas ou de serviço particular por conta de outrem no país ou no estrangeiro. Já na segunda hipótese aludida, embora o elemento objetivo seja frouxo e incharacterístico, cremos que poderá ser pedido o divórcio com fundamento em separação de facto se resultar da prova produzida que os cônjuges desde há um ano não têm comunhão de leito, não tomam refeições em comum nem dirigem palavra um ao outro, sendo pois inquestionável o elemento subjetivo da separação.”.

Mais, prosseguem com a resposta à questão de saber se basta o propósito de não restabelecer a comunhão de vida no momento em que a acção é proposta³⁵:

“Não basta que o propósito de não restabelecer a comunhão de vida exista no momento em que a ação é proposta (nesse momento, e da parte do cônjuge requerente, tal propósito existe sempre, como é óbvio); é necessário que ele exista desde a data em que a separação teve início, e que se mantenha durante um ano consecutivo. Só esse *animus* dá sentido ao *corpus* da separação. Só quando não exista comunhão de vida entre os cônjuges e haja da parte de ambos, ou de

35 *Curso de Direito da Família*, 5.ª Edição, n.º 240, pp. 728; 4.ª Edição, n.º 240, pp. 639, e 3.ª Edição, n.º 265, pp. 685.

um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, e quando aquela situação e este propósito se mantenham durante determinado prazo, é que a esperança de reconciliação se torna remota e o legislador deixa de acreditar nela, permitindo a qualquer dos cônjuges pedir o divórcio com fundamento na al. a) do art. 1781.º CCiv. Só assim, aliás, se respeita a exigência, formulada na 2.ª parte do n.º 1 do art. 1782.º, de que haja da parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, o propósito de não restabelecer a comunhão de vida. A separação de facto dos cônjuges, *integrada pelos seus dois elementos, o objetivo e o subjetivo*, deve, pois, ser alegada e provada pelo cônjuge que pede o divórcio com este fundamento, em acção ou reconvenção.”.

Por último, referem-se à duração da separação de facto e à contagem do prazo respectivo, respondendo às questões que habitualmente se suscitam:

“Em segundo lugar, a separação de facto dos cônjuges, integrada pelos referidos dois elementos, deve durar em princípio há um ano consecutivo. Por vezes o corte é brusco, e o início da separação reporta-se inequivocamente a determinada data a partir da qual se conta o prazo. Mas nos casos mais vulgares a separação é um processo, tão obscuro e complexo como a própria alma dos homens. Os cônjuges não se separam de uma vez: vão-se separando. São os casos mais difíceis. É necessário datar a separação para se saber desde quando corre o prazo, e nestes casos não é fácil fixar uma data. Há que apurar quando se verificou o último sinal visível de vida em comum, a última manifestação de comunhão de vida por parte do cônjuge que acabou por romper essa comunhão.”.

Todavia, não deixam de informar que nem todo este entendimento é pacífico na jurisprudência, designadamente sobre se basta que o propósito de não restabelecer a comunhão de vida exista no momento em que a acção é proposta, referindo decisões anteriores à revisão do regime do divórcio, como não o é ainda agora, como se pode constatar na jurisprudência e notar da doutrina³⁶.

36 Referem, no contexto, o seguinte: “Esta interpretação, porém, não é pacífica na jurisprudência. O ac. do S.T.J. de 5.7.2001 (Col. Jur. – S.T.J. 2001, t. 2, p. 164) decidiu que “o simples facto de o autor intentar acção de divórcio traduz a manifestação inequívoca do propósito de não reatamento da sociedade conjugal”, e a orientação foi seguida no ac. de 11.7.2006 (Col. Jur. – S.T.J. 2006, t. 2, p. 157) e no ac. de 10.24.2006. Refere-se à questão versada nesta nota o ac. do Trib. Const. n.º 196/91, de 8.5.1991, BMJ n.º 407, p. 68.”.

Sobre a questão, ver NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., p. 63, e a referência à divisão jurisprudencial.

Porém, após a alteração do regime de divórcio em 2008 a questão continuaria a levantar-se na jurisprudência, em que há decisões em sentidos diversos, especificamente quanto à noção e ao momento da verificação da separação de facto por um ano, como agora se prevê na alínea a) do art. 1871.º, única alteração adoptada quanto a esta causa de divórcio; embora a separação de facto por prazo inferior possa relevar como causa de divórcio, como “quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”,

No Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014 ³⁷, *de referência para esta orientação jurisprudencial*, começa-se por considerar: “São assim elementos da separação de facto: a) elemento objectivo: falta de comunhão de vida entre os cônjuges; b) elemento subjectivo: haver da parte de ambos ou apenas de um deles um propósito de não restabelecer a comunhão de vida matrimonial; c) a separação por dois anos consecutivos.”.

Acrescenta a seguir: “4. Estamos num domínio em que, se o elemento objectivo é fácil de demonstrar, já não assim o elemento subjectivo.”.

Mais adiante cita também PEREIRA COELHO nestes termos (que em boa parte toma *ipsis verbis* para enunciado do parágrafo 2.º do *Sumário*)³⁸: “Esta causa de divórcio é integrada por dois elementos, um objectivo e outro subjectivo. O elemento objectivo é a divisão do *habitat*, a falta de vida em comum dos cônjuges, que passam a ter residências diferentes. Este elemento é muitas vezes equívoco, pois o dever de coabitação, reveste-se de grande plasticidade. Tudo depende das circunstâncias e há uma grande variedade de situações. Pode haver residências separadas – o art. 1673.º [1534.º CC Macau] permite-o – e todavia haver uma comunhão de vida (v.g. o caso dos emigrantes). Outras vezes, respeitos humanos ou o interesse dos filhos levam os cônjuges a manter uma aparência de vida em comum que não corresponde à realidade. Ao elemento objectivo que é matéria da separação de facto, há-de, pois, acrescer um *elemento subjectivo*, que anima essa matéria e lhe dá forma e sentido; consiste ele numa disposição interior – o “propósito” como diz o artigo da parte de ambos os cônjuges ou de um deles de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial (...)”.

E cita ANTUNES VARELA³⁹: “A forma como na lei (...) se define a separação de facto, tradutora da ruptura da vida em comum, mostra com efeito que ela pode resultar de uma actuação bilateral concertada entre ambos os cônjuges, como de um procedimento bilateral não acordado entre eles, como da atitude isolada de um só deles. Apesar de não ser essencial o acordo dos cônjuges quanto à separação, é evidente que esta separação compreende um *elemento subjectivo* (a intenção de ambos os cônjuges, ou de um deles de romper definitivamente

como se prevê na alínea c) do mesmo artigo.

Agora, mantendo-se um entendimento comum na doutrina, anterior e posterior à última alteração do regime do divórcio, na jurisprudência mantém-se a divergência, como se pode observar pelo exposto por TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *O Divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*, cit., pp. 65 e ss.

37 Ver p. 9 do Acórdão (<http://www.court.gov.mo/pt/subpage/researchjudgments?court=tsi>).

38 Na p. 12 do Acórdão. O sublinhado no original passa a constar em itálico. Recorde-se a nota inscrita na p. 12 do Acórdão: “*Reforma do Código Civil, Petrony, 1981, 36 e 37.*”.

39 Nas pp. 12 e 13 do Acórdão. O sublinhado no original passa a constar em itálico Recorde-se a nota inscrita na p. 13 do Acórdão: “*Direito da Família, ed. 1987, págs. 479 e s. egs.*”.

com a vida em comum) ao lado de um *elemento objectivo* (não existência entre os cônjuges da comunhão de leito, mesa e habitação).”.

Sempre e apenas no que respeita à exigência de um elemento objectivo e de um elemento subjectivo, conclui, em geral:

“6. Perante este enquadramento somos a discernir que o elemento subjectivo, numa situação em que se vem a invocar a ruptura conjugal, acompanha o elemento objectivo relevante, na certeza de que nesses casos ele se vai cimentando ao longo do tempo. É evidente que numa situação dessas, como aquelas que a vida nos mostra, não há um momento exacto e determinável para se poder dizer que naquele exacto momento passou a haver uma disposição de ruptura conjugal.”.

Também entendemos, se não se demonstrar o contrário, parecer razoável aceitar que as manifestações objectivas de cessação de comunhão de vida sejam acompanhadas da intenção de não ter vida em comum, desde que não haja manifestação de vida em comum ou da intenção de restabelecer a vida em comum, e culminando numa acção judicial de formalização da ruptura de vida em comum. Dos factos conhecidos pelo tribunal concluir por um facto desconhecido, como a intenção de ruptura da vida em comum, mediante presunção judicial, e por consequência haver fundamento de ruptura do casamento e decretar o divórcio⁴⁰.

No caso considerou-se: “É verdade que a matéria fáctica nos presentes autos é muito curta, mas, pensamos, não ser impeditiva do decretamento do divórcio, relevando-se aqui, não obstante as regras do ónus da prova, a passividade do cônjuge, a esposa requerida no divórcio, que nada veio alegar ou contrapor ao afirmado e ao desiderato formulado pelo marido. Tudo conjugado, não nos será difícil compreender que aquela separação de facto que se prolongou, à presente data por cerca de nove anos, sem nada que a quebrasse ou sem que tal fosse invocado, não terá deixado de estar imbuída do elemento subjectivo pertinente.”⁴¹.

E sobre essa questão e este entendimento, nada temos a reparar, antes nos parece de aplaudir, salvo quanto à manifestação de resignação com a aparente ou real *dificuldade de determinação de um momento em que possa haver uma*

40 Como se aceita na Doutrina citada, e já ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de Novembro de 1984*, RLJ, Ano 122, n.º 3784, pp. 209 e ss e 213 e ss. Em Macau, ver VIRIATO LIMA, *Manual de Direito Processual Civil, Acção Declarativa Comum*, 3.ª Edição, CFJJ, 2018, pp. 468 e 469, e JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, Volume V*, CFJJ, 2018, pp. 227 e ss.

41 E acrescenta-se, no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, p. 14: “Como ensina o Prof. Antunes Varela, a Segunda Instância, assento final da fixação da matéria de facto, pode, com base nos factos provados – e desde que não os altere – lançar mão dos juízos de experiência, ou das considerações de probabilidade/razoabilidade para dar como provados outros factos, assim como tem toda a liberdade de emitir juízos de valor sobre a matéria de facto, alterando ou reforçando os que foram emitidos pela 1ª Instância.”.

disposição de ruptura conjugal, pois não deixará de haver dificuldades em qualquer caso em que analogamente se coloque a questão da prova.

4.2. Separação de facto como separação objectiva por dois anos

Quanto à *consideração de que a separação de facto é a separação objectiva, que integra uma consideração complementar, que a separação por 2 anos consecutivos é a separação objectiva por dois anos*, já nos parece que a dificuldade da sua sustentação é evidente, quer perante a letra quer o espírito da lei.

É de difícil sustentação perante a doutrina, que não se invoca directamente sobre a questão, e na medida em que a doutrina invocada, afinal, se expressa no sentido contrário, doutrina já referida, sem discordância⁴².

Tal como é perante a própria jurisprudência, mesmo quando pretende justificar o argumento, como é o caso dos acórdãos invocados, e do ora em apreço como referência, em que, aliás, não invoca este argumento e na fundamentação expressamente o desmente, como veremos. Aliás, a consideração da separação de facto como separação afectiva obriga a questionar também esta conclusão. A *separação de facto como separação afectiva* pode ser entendida em *sentido geral* ou em *sentido estrito para efeitos de divórcio*.

A concepção da “separação de facto” em *sentido geral*, como “ausência da comunhão de leito por mais de dois anos consecutivos” ou como ausência de relações de intimidade, como *separação afectiva* por dois anos consecutivos, ainda se situaria no âmbito da separação objectiva, e essa separação já incluiria *a intenção de não ter vida em comum, mas a ela faltaria a intenção de não a restabelecer* para se estar perante a *separação de facto* como causa de divórcio⁴³.

A assim designada *separação afectiva* é uma modalidade de *separação objectiva* que *não é concebível como separação de facto fundamento de divórcio sem a intenção de não ter e a intenção de não restabelecer a comunhão de vida*, incluindo de vida íntima. Porém, tal como a *existência de vida íntima*, como *comunhão de leito*, não é só por si estritamente necessária para haver comunhão de vida, embora seja normal que exista e o possa ser, também a inexistência de

42 Recorde-se a afirmação de NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio, e algo mais*, cit., p. 63, nota 64, perante a Doutrina e a Jurisprudência portuguesa, designadamente a tese de PEREIRA COELHO sobre a questão: “Escusado será dizer que a tese por ele combatida não encontraria apoio na doutrina e na jurisprudência supracitada na nota 55.”.

43 É o que se verificou no caso em análise no Ac. do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, §§1.º e 2.º. No Ac. do TSI n.º 586/2006, de 11 de Janeiro de 2007, pretende concluir-se pela mesma intenção pela propositura da acção, o mesmo sucedendo no Ac. n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, segundo as alegações de recurso (L. M.) N.) e a conclusão do tribunal.

vida íntima, só por si, não é causa de divórcio por separação de facto se não houver *intenção de não ter e intenção de não restabelecer* essa vida íntima. O que sucederia, não ser causa de divórcio, se se tratar de opção do casal, se se tratar de uma situação temporária em que se aguarda alteração de intenção na esperança da sua retoma posteriormente, ou se há acordo expresso ou tácito para não ter relações de intimidade, designadamente de relacionamento sexual, temporária, mais ou menos duradoura, ou mesmo definitivamente, embora susceptível de revogação, ainda que não de coercibilidade ao seu restabelecimento.

A separação de facto ou separação afectiva em sentido estrito ou especial para efeitos de divórcio, é a separação de facto objectiva e subjectiva, em que há o propósito ou a intenção de não ter e ainda o propósito ou a intenção de não restabelecer a comunhão de vida, por quebra de laços afectivos, como outra forma de expressar que a separação de facto é cumulativamente *uma* separação objectiva e subjectiva qualificada e, portanto, em que *a separação de facto para o ser tem de ser uma separação afectiva qualificada*.

É também relevante a conclusão de que a separação de facto é um “conceito jurídico e conclusivo” traduzido em factos que a demonstram: inexistência de comunhão de vida, cessação da coabitação mesmo que parcial, designadamente comunhão de leito, intenção de não ter e intenção de não restabelecer a comunhão de vida; por dois anos consecutivos ou separação de facto duradoura. Esse o conceito previsto na al. a), do art. 1637º e no n.º 1 do art. 1638.º⁴⁴.

Se aqui se refere ser um conceito jurídico e conclusivo, e bem, já não se anda bem quanto à definição do conceito, pois não se deve esquecer que o recurso ao elemento objectivo e ao elemento subjectivo é um expediente intelectual explicativo do conceito, uma simplificação⁴⁵.

44 Este entendimento está bem presente na definição de separação de facto no Ac. n.º 74/2008, p. 8, e aí se designou como separação afectiva e ruptura afectiva (neste caso essencial e suficiente, como elemento objectivo e elemento subjectivo), como também sucedeu nos Acs. do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, e n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, § 3.º. A separação de facto como separação dos afectos ou cessação de laços afectivos reflecte o carácter essencial do elemento subjectivo.

Como foi posto em evidência no Ac. do TSI n.º 1153/2017, de 31 de Maio de 2018, consta do respectivo *Sumário* que (itálico nosso) “A separação de facto, enquanto fundamento de divórcio litigioso, face ao art.1637.º, al. a), do CC, constitui um *conceito jurídico e conclusivo*, que deve ser traduzido em factos que, uma vez provados, demonstrem a verificação de uma ruptura da comunhão de vida entre os cônjuges por mais de dois anos consecutivos e a inexistência do propósito por parte de ambos, ou de um deles, em restabelecê-la, nos termos do art. 1638.º, n.º 1, do CC.”.

45 Cujas insuficiências já salientaram, designadamente, FRANCISCO PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, no *Curso de Direito da Família, Volume I, 3ª Edição*, e ajudou a explicitar NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento de divórcio*,

A causa objectiva do divórcio com fundamento em ruptura de vida em comum é a *separação de facto por dois anos consecutivos, que se verifica quando há inexistência duradoura de comunhão de vida*, que inclui cessação de coabitação, pelo menos parcial, e a *intenção de não viver em comunhão*, e a persistência duradoura dos mesmos, e ainda em especial da *intenção de não restabelecer a comunhão de vida*.

O que coloca em evidência que a separação de facto deve ser plena ou integral e não decepada de um dos elementos, e por consequência se demonstra o vício de raciocínio em que se incorre *ao considerar que a separação de facto é a separação objectiva*.

Nesta orientação parece ser tomada a parte pelo todo, excluindo uma parte dos pressupostos da separação de facto, que é um conceito jurídico em que se encarna um facto jurídico composto ou complexo a provar, para dele se retirarem as consequências legais impostas pelo legislador, que presume a ruptura da vida em comum, impondo ao tribunal a decisão favorável ao divórcio.

O que o tribunal deve apurar é se há separação de facto duradoura, mediante cessação da comunhão de vida, por cessação da coabitação, ou sua manifestação relevante, e pela manifestação de intenção de não ter e de não restabelecer a vida em comum, e pela persistência dessa intenção revelada pela sua continuidade, situação de facto ou separação de facto mantida por dois anos consecutivos, a separação de facto duradoura referida pela doutrina e parte da jurisprudência. Concluindo haver separação de facto duradoura, a lei presume e determina que o tribunal deve decretar o divórcio.

Mais, importante nos parece neste contexto o argumento de que: “Numa situação em que se vem a invocar a ruptura conjugal, em regra o elemento subjectivo não deixa de acompanhar o elemento objectivo relevante, na certeza de que nesses casos ele se vai cimentando ao longo do tempo.”⁴⁶.

Vem a concluir, no caso, mas com carácter de generalidade, que provada a “ocorrência do elemento objectivo da “separação de facto”, provado estaria o elemento subjectivo sempre que se verifica que “nada foi oposto que fizesse apartar daquela separação ao longo de vários anos qualquer circunstancialismo paralisante de um elemento subjectivo, como integrante, em princípio, de uma separação material objectiva”, como sinónimo de separação integral.

Daqui resultaria que se se acompanham naturalmente, e mesmo necessariamente para este efeito, diremos, e por outro lado, a propositura da acção,

e algo mais, autores por nós já citados anteriormente.

46 Expresso neste Ac.do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, na primeira parte do § 4.º do *Sumário*, também expressa no corpo da decisão, na 1ª parte do § 1.º do número 6. da parte III, *Fundamentos*, bem assim nos §§ seguintes, designadamente no § 8.º dos *Fundamentos*.

sendo relevante e necessária, seria sobretudo uma manifestação ostensiva da intenção de não restabelecer a vida em comum e o primeiro passo tendencialmente irreversível da acção de divórcio.

E ainda coadjuvaria o entendimento de que são *elementos essenciais*, pois se natural e normalmente a separação de facto por dois anos consecutivos é, também por isso, uma “separação integral”, objectiva e subjectiva, em que os elementos se acompanham e o elemento subjectivo é “integrante, em princípio, de uma separação material objectiva”.

4.3. Elemento subjectivo de natureza complementar, cumulativa e essencial

Quanto à consideração de que o *requisito subjectivo é de natureza complementar*, pese embora a sua qualificação ser impressiva, não permite concluir pela desconsideração da sua qualificação como *elemento cumulativo* com o elemento objectivo e como *elemento essencial* da separação de facto⁴⁷.

Perante a consideração de que a separação por dois anos consecutivos é a separação objectiva por dois anos consecutivos, acresce referir que, e diferentemente, entendemos, com a doutrina citada –apelando ao fundamento da admissibilidade desta causa de divórcio por ruptura de vida em comum, como causa determinada, peremptória, bilateral e objectiva, de separação em que o legislador considera não haver esperança de reconciliação e de restabelecimento de vida em comum –, que só se compreende quando se está perante uma separação de facto, de *corpus e animus*, e de separação de facto duradoura por 2 anos consecutivos, que legitima a *declaração judicial da separação de direito definitiva por divórcio litigioso*, de uma *ruptura de facto duradoura* que funda uma *ruptura jurídica do casamento*.

Como já referimos, na realidade também o *animus* é um elemento essencial sem o qual não há cessação de vida em comum, nem separação de facto relevante, o que no Acórdão em apreço se reconhece, quando refere, designadamente: “Daí que faça sentido integrar como pressuposto da separação relevante esse *animus* de separação, de corte, de cessação da relação conjugal.”

Nesse Acórdão cita-se o Acórdão do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, em que se defende essa qualificação e procuram outros aumentos, entre eles, o apoio na imputação da atribuição da qualificação do *elemento subjectivo* como *elemento complementar* do *elemento objectivo* a ANTUNES VARELA,

47 Ver o § 3.º do *Sumário*, o § 7.º do n.º 7 dos *Fundamentos* do Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014; e nos Acs. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, e n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015.

citado no Código Civil Anotado⁴⁸, o que nos parece merecer algumas reflexões “complementares”.

A primeira, não parece razoável, sendo antes difícil de conceber que se possa harmonizar com o pensamento expresso do Autor, retirar esse qualificativo com o sentido que lhe é dado na jurisprudência, de mero complemento, de acordo com o seguinte enunciado: “O segundo requisito da separação de facto, este de natureza *subjectiva* e complementar do primeiro elemento, consiste na intenção, por parte de ambos os cônjuges, ou de um deles, pelo menos, de não restabelecer a comunhão da vida interrompida” (nota 3, § 1.º). Ou seja, que o qualificativo “complementar” signifique que o legislador o não exija, ou que o exija e não seja necessário ou essencial (o que aliás resultaria do referido antes pelo Autor; cfr. nota 2, § 6.º).

A segunda, considerando o mesmo que “O legislador, excessivamente *permissivo* no tocante à dissolução dos vínculos pessoais criados pelo matrimónio, não abdicou das normas éticas que tutelam a relação conjugal, no que concerne aos efeitos patrimoniais do divórcio e da separação, onde a tarefa do legislador, apesar da grave crise atravessada pelas instituições familiares, é menos espinhosa.” (nota 5, § 4.º), estranho seria que essa qualificação significasse a dispensa desse requisito ou pudesse ser argumento para o efeito, e se entendesse, como deveria ser, no sentido mais permissivo do divórcio.

A terceira, aliás, posteriormente, ANTUNES VARELA⁴⁹, sem recorrer já a esse qualificativo de *complementar*, invertendo mesmo a ordem do seu enunciado, sem prejuízo de confirmar a essencialidade de ambos os pressupostos refere que: “Apesar de não ser essencial o acordo dos cônjuges quanto à separação, é evidente que a separação compreende um elemento *subjectivo* (a intenção de ambos os cônjuges, ou de um deles, de romper definitivamente com a vida em comum), ao lado de um elemento *objectivo* (separação de leito, mesa e habitação). Pode existir o elemento *objectivo* (separação de leito, mesa e habitação) e não haver separação (*hoc sensu*), se a ocorrência resultar, por exemplo de doença, missão no estrangeiro, exílio, prisão de um dos cônjuges e o outro continuar a prestar-lhe toda a assistência e cooperação possíveis nas circunstâncias.” Não só enuncia primeiro um elemento *subjectivo* como o coloca ao lado de um elemento *objectivo*. O que revela o pensamento do Autor, sobre o carácter ou natureza destes elementos, um ao lado do outro, mesmo quando o elemento *subjectivo* fosse o segundo e complementar, não deixa de ser necessário e por isso essencial, para determinar, se

48 PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume IV, 1987, Anotação ao Artigo 1782.º, pp. 540 e ss.

49 *Direito da Família, 1.º Volume*, 4.ª Edição, Revista e actualizada, Livraria Petrony Lda. Editores, 1987.

há ou não há, quando há e quando começa a contar o prazo da separação de facto.

A evolução da jurisprudência recente dos tribunais superiores de Macau não deixa de comprovar o carácter essencial e cumulativo do elemento subjectivo, embora apenas em sentido geral, como intenção de não ter comunhão de vida, porém sem o considerar como elemento integrante da separação de facto duradoura por dois anos consecutivos ou como elemento subjectivo qualificado de não ter a intenção de não restabelecer a comunhão de vida, afinal como é especialmente requerido pela lei como causa de divórcio⁵⁰.

4.4. A consideração de que o simples facto de intentar a acção faz presumir desde a separação objectiva a intenção de não restabelecimento de vida matrimonial

A propositura da acção demonstra haver intenção de romper definitivamente a relação matrimonial⁵¹, não se duvida, porém não significa necessariamente que essa era a intenção desde o início da separação objectiva, que se pode ter tornado mais frequente e menos definitiva, nem que se manterá até à conclusão da discussão da causa, tanto mais que se impõe promover e pode haver reconciliação ou conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento, embora neste caso mantendo a intenção de não restabelecer a vida em comum ou comunhão de vida.

Aceita-se que na falta de oposição e de factos que demonstrem o contrário se possa aceitar que se demonstra a intenção de não restabelecer a vida em comum, mas não permite só por si concluir que há intenção de não ter e não

50 No Acórdão do TSI n.º 582/2006, de 11 de Janeiro de 2007, de separação de facto caracterizada como de separação objectiva, o elemento subjectivo foi essencial e determinante do divórcio. No Acórdão do TSI n.º 271/2019, de 18 de Julho de 2019, qualifica-se igualmente o elemento subjectivo como essencial. Ver também o Ac. do TSI n.º 395/2021, de 28 de Abril de 2022, no âmbito do direito de residência, fora do âmbito da previsão do divórcio.

No Ac. do TUI n.º 200/2020, de 24 de Fevereiro de 2021, em que se não depara com a questão, refere-se apenas o seguinte (*Sumário*, 3., 2 §): “Tendo a A. invocado na sua petição inicial uma “causa de pedir”, (que se pode apelidar de “complexa”), que integrava ambos os “fundamentos do divórcio”, (por “violação culposa pelo R. dos seus deveres conjugais” e “ruptura da vida em comum”), que se verificaram efectivamente, censura não merece a decisão que decretou o peticionado divórcio, declarando o R. o seu (único) culpado.”.

Do mesmo TUI, sobre o direito de residência, pode ver-se o Ac. do TUI n.º 80/2020, de 31 de Julho de 2021.

51 Sobre esta orientação, ver o Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, *Sumário*, §§ 3.º e 4.º, e os Acs. do TSI n.º 158/2011, de 17 de Novembro de 2011, *Sumário*, § 2.º, n.º 388/2010, de 15 de Dezembro de 2011, *Sumário*, § 2.º, e n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, *Sumário*, segunda parte; e nos Acs. do TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, n.º 894/2018, de 16 de Maio de 2019, *Sumário*, § II, e n.º 271/2019, de 18 de Julho de 2019, *Sumário*, § 3.º, cfr. § 4.º).

restabelecer a vida em comum ao longo de um período de pelo menos dois anos. Não teria em caso de cessação de coabitação por emigração, por trabalho ou estudo, ou internamento hospitalar, por não haver sequer separação objectiva. Nem mesmo por cessão de coabitação por abandono do lar em que houvesse intenção de não ter temporariamente vida em comum, mas houvesse intenção de a restabelecer, por exemplo, cessando os comportamentos de desrespeito e de violência física ou psíquica ou a situação de infidelidade, concluído o tratamento de toxicod dependência ou de dependência do jogo, após mudança da actividade profissional comprometedora da vida em comum, mesmo que lícita, como a de promoção de jogo, ou de actividades ilícitas, como a exploração da prostituição, e o empréstimo ilícito para jogo, em que houvesse intenção de não ter vida em comum, mas em que houvesse o propósito de a vir a ter, portanto, de a não manter durante esse período por determinação voluntariamente assumida, mas em que havia o propósito de a restabelecer uma vez ultrapassadas essas circunstâncias. Ou simplesmente houvesse acordo por essas razões ou outras, para a suspensão da coabitação, com a intenção de restabelecimento da vida em comum ou de ponderação posterior da oportunidade de restabelecimento da comunhão de vida.

Se é evidente e ostensivo que ao propor a acção o autor manifesta intenção de não restabelecer a vida em comum, questão diferente é saber desde quando tem essa intenção, pois desse acto apenas resulta inequivocamente que desde esse momento tem essa intenção, e se a separação de facto integra simultaneamente a cessação da vida em comum e a intenção de a não restabelecer, não haveria separação de facto demonstrada, pelo que não poderia a instauração da acção só por si fazer presumir que tinha havido intenção desde a simples cessação da coabitação⁵².

52 Nesse sentido, além de GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, cit., pp. 277 e 278, também TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO (Juiz do Tribunal de Família e Menores), *O divórcio e questões conexas, regime jurídico atual (de acordo com a Lei n.º 61/2008)*, e a jurisprudência citada, designadamente p. 67 (questão e Autores também referidos por KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*), perante o Direito Português:

“Por outro lado, a separação de facto tem de se verificar pelo menos durante um ano consecutivo, sendo irrelevantes as curtas separações e sucessivas reconciliações.

É, pois, necessário que essa falta de comunhão de vida se prolongue por um ano consecutivo, contando-se tal prazo desde a última manifestação de comunhão de vida e prolongar-se por um ano consecutivo, isto é, sem interrupção.

O S.T.J. tem entendido que o elemento subjetivo (o propósito de um ou de ambos os cônjuges de não restabelecer a vida em comum) pode ser afirmado ou exteriorizado, de forma expressa ou tácita, e que o «o simples facto de o autor intentar a acção de divórcio demonstra, só por si, o propósito de não reatamento da sociedade conjugal, já que traduz uma manifestação nesse sentido.»

(Vide Acs. do STJ de 5/7/2001, Col. Jur., STJ, 2001, T-II, pág. 164; e de 11/7/2006, Col. Jur.

Tem prevalecido o entendimento que considera necessário o “o elemento subjectivo, que consiste numa disposição interior - o “propósito” de ambos os cônjuges ou de um deles de não restabelecer a comunhão da vida matrimonial, não necessitando este último elemento de durar também 2 anos consecutivos”. Nesta formulação não se exigem dois anos consecutivos até à propositura da acção, nem seria causa de indeferimento liminar nem de indeferimento à data do despacho saneador nem da sentença, bastando a propositura da acção e a continuidade da intenção até à audiência de discussão e julgamento⁵³.

A consideração da exigência da intenção de não restabelecimento da vida em comum iniciada pela proposição da acção e prolongada por dois anos consecutivos poria em causa este entendimento⁵⁴.

Em decisão recente⁵⁵, foi considerado “admissível o entendimento de que a

STJ, 2006, T-II, pág. 157.)

É evidente que se um dos cônjuges intenta acção de divórcio com fundamento na separação de facto é porque pretende pôr termo ao casamento, manifesta a intenção clara, nessa altura, de não querer restabelecer a vida em comum.

A questão é outra, é a de saber a partir de que data se deve considerar que não tem intenção de restabelecer essa vida em comum. Que quando propõe a acção a não tem, não temos dúvidas.

É que só há separação de facto desde que se verifique, simultaneamente, essa ausência de vida em comum e a intenção de a não restabelecer, como o exige a 2.ª parte do art.º 1782.º do C.Civil (veja-se que esses requisitos – elementos objetivo e subjectivo –, são cumulativos). Se os cônjuges estão separados um do outro, mas ainda não existe essa vontade de a não restabelecer, e só passados alguns meses manifestam essa vontade, a verdade é que só a partir dessa altura podemos afirmar que estão separados de facto de acordo com o conceito legal, data em que passou a coexistir a ausência da comunhão de vida e a intenção de não restabelecer essa vida em comum.

É que para haver separação de facto tem de haver, simultaneamente, ausência de vida comum e intenção de a não restabelecer. E se assim é, salvo o devido respeito, que é muito, não basta a instauração da acção de divórcio para se concluir que, nessa data, o cônjuge não mantém essa intenção durante o ano anterior ou já a vem mantendo há mais de um ano⁽⁶⁾.

((⁽⁶⁾Neste sentido PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 684.))”

53 Adoptado no Ac. TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, final do *Sumário*, a mesma orientação se mantém no Ac. do TSI n.º 125/2021, de 27 de Maio de 2021.

54 Como já foi referido ter sido invocado pelo TJB na sentença recorrida e desconsiderado no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014.

Aliás, esta ideia ou entendimento também surge no relatório do Acórdão n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, embora não procedente, como o fundamento do indeferimento do pedido de divórcio pelo TJB, nos termos seguintes (pp. 3 e 4):

“G. Entendeu o Tribunal a quo que, para efeitos de apreciação do referido requisito subjectivo, o momento atendível da separação é o dia da propositura da presente acção de divórcio, ou seja, o dia 16 de Abril de 2013, concluindo, por isso, não ter decorrido o prazo de dois anos sobre o propósito de pelo menos um dos cônjuges não restabelecer a comunhão de vida conjugal”.

55 No Acórdão do TSI n.º 271/2019, de 18 de Julho de 2019, designadamente nos §§ 3.º e 4.º.

simples propositura da acção de divórcio litigioso com fundamento na separação de facto faz presumir o propósito, por parte do cônjuge autor, de não voltar a estabelecer a vida em comum com o cônjuge réu”, mas que numa acção em que foram invocados como “causa de pedir os factos demonstrativos da violação por parte do cônjuge réu dos deveres conjugais de fidelidade e de respeito, a simples propositura da acção já não dispensa o Autor do seu ónus de alegar e provar o facto essencial do propósito de não restabelecer a vida em comum, se pretender ver, a título subsidiário, procedente a acção com fundamento na separação de facto.”.

Além de se afirmar ser *facto* essencial o propósito de não restabelecer a vida em comum, admitiu-se a *presunção judicial do propósito de não restabelecer a vida em comum a partir do facto da propositura de acção*, por um lado, mas, por outro, *quando o pedido de divórcio por separação de facto for a título subsidiário, considerou-se haver necessidade de cumprir o ónus da prova desse propósito quer quanto à sua existência quer à data do seu início*.

Ao concluir que “não tendo sido invocada como facto essencial da causa de pedir na presente acção a separação de facto, o simples facto de o Autor ter instaurado a acção de divórcio litigioso não faz presumir a vontade de não restabelecer a vida em comum com fundamento na separação de facto” (p.10), estaria a considerar necessário que o pedido de divórcio com fundamento em separação de facto fosse “facto essencial da causa de pedir”, e que esse fosse o pedido principal e não um pedido subsidiário, o que pode nem ter sido formulado no caso em apreço, parece fazer depender dessa circunstância a *presunção judicial*.

Sem prejuízo da bondade e do respeito pela apreciação do caso, de acordo com as razões que justificam o entendimento de que a propositura da acção faz presumir o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, não nos parece haver razão suficiente para concluir que a propositura da acção não permite presumir o propósito de não restabelecer a comunhão de vida, que é também fundamento de divórcio a apreciar pelo tribunal, em que o autor confia provar os factos que constituam as causas e demonstrar haver fundamento de divórcio por comprometimento da vida em comum.

Poderia considerar-se que sendo os efeitos do divórcio os mesmos, podem pedir o divórcio com fundamento em separação de facto e a declaração de cônjuge culpado, e nesse caso se aceitava a *presunção judicial do propósito de não restabelecer a comunhão de vida*. Mas esse entendimento expressaria uma preferência ou tratamento judicial favorável que nos parece sem fundamento razoável em face das razões que justificam a solução adoptada de facilidade de prova do propósito de não restabelecimento da comunhão de vida.

O pedido a título subsidiário do divórcio com fundamento em separação de facto, sendo a título principal por violação culposa, apenas manifesta preferência por pedir primeiro o divórcio com esse fundamento, não manifesta falta de intenção de não restabelecer a vida em comum, tanto mais que se invocam as

causas culposas, o que pode acontecer por várias razões, incluindo motivações pessoais e o erro de patrocínio⁵⁶.

A preferência legal pelo divórcio com fundamento em separação de facto expressa pela previsão especial da lei em abstracto, e pelas partes em concreto em função da opção por um regime mais favorável à prova e à procedência do pedido e, por isso, ao fim visado de resolver a situação de crise do casamento, não justificaria uma modificação da orientação da apreciação da prova em sentido mais favorável à determinação da intenção de não restabelecer a comunhão de vida em caso de pedido subsidiário, sem prejuízo da apreciação caso a caso, em que esse facto não deveria deixar de ser tido em consideração.

Quanto à questão da dificuldade de prova da intenção de não restabelecer a vida em comum e da menor exigibilidade probatória quando não há oposição, porém, a dificuldade de prova não pode ser convertida ou constituir uma impossibilidade de prova, nem da prova do momento a partir do qual se verifica a intenção de não restabelecer a vida em comum.

Considerando ser requisito haver propósito de não restabelecer a comunhão de vida por dois anos consecutivos é necessário, e para além da própria cessação da comunhão de vida, provar o momento inicial de verificação da intenção de não ter vida em comum como elemento da separação de facto e é necessário provar a intenção de não restabelecer a vida em comum, a sua continuidade e coexistência por dois anos consecutivos.

Na ausência de prova legal ou de presunção legal, haverá lugar a prova por todos os meios admissíveis, incluindo a presunção judicial, como tem sucedido. O que importaria que em cada caso se fizesse a prova dos factos que constituem a causa de pedir, ainda que com recurso a presunções judiciais⁵⁷.

56 Note-se que no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março, o TSI, embora negando que se houvesse recusado pedido subsidiário (por pretensão de ampliação do pedido, afirmando que “o que foi indeferido foi a pretensão da ampliação do pedido, por se tratar de um pedido supérfluo uma vez que a pretensão da Autora é uma questão de direito e já está abrangida no pedido da acção que é justamente o decretamento de divórcio”), ainda assente numa presunção, até mais ampla, se vem a concluir, mesmo sem se referir a propositura da acção: “Assim sendo, desde que tenha sido provada a separação de facto por dois anos e no momento de decisão persista a intenção de não restabelecer a comunhão de vida interrompida por 2 anos consecutivos, é de decretar o divórcio.” [II 3. Da separação de facto, quarto e antepenúltimo §§].

Embora sem se pronunciar sobre esta questão, mas já sobre a autonomia e as motivações da causa de pedir e a cumulação de pedidos, ver F. M. PEREIRA COELHO, Revista de Legislação e Jurisprudência, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, cit., págs. 338 a 350, em especial no § 7.º da Anotação.

57 Como sucede no caso decidendo no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, em apreço, quanto ao propósito de não restabelecimento da comunhão de vida (ver os *Fundamentos*, 6. e 8. e os §§ 3 e 4 do *Sumário*).

A dificuldade de prova não é diferente ou maior do que em outras acções, como a de divórcio com fundamento em alteração das faculdades mentais, ou ainda daquelas em que se trata da caducidade do direito de propor a acção de divórcio litigioso com fundamento em separação de facto⁵⁸.

4.5. A actualidade da decisão judicial e a separação de facto

A questão da actualidade da decisão judicial respeita ao momento da apreciação dos pressupostos da separação de facto como causa ou fundamento de divórcio, se se devem verificar no momento da propositura da acção sob pena de indeferimento liminar ou de julgamento de improcedência no despacho saneador ou ainda até ao momento do encerramento da discussão da causa sob pena de improcedência do pedido⁵⁹.

Em sentido mais amplo, bastaria que se verificassem os pressupostos no

Curiosamente, é a este propósito, da mesma exigibilidade probatória, que no Acórdão (§ 3.º do *Sumário*) são citados PEREIRA COELHO e ANTUNES VARELA, que numa segunda citação é oportunamente citado, mas cuja citação se omite a propósito da questão da exigência do propósito do não restabelecimento da comunhão de vida por dois anos consecutivos, que estava em causa. Ver o texto do Acórdão, pp. 12 e 13, e a nossa citação de PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, e também ANTUNES VARELA, *Direito de Família, 1.º Volume*, em 4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva.

58 Por exemplo, no Ac. TSI n.º 65/2016, de 21/4/2016, não se questiona a dificuldade da prova, como no mesmo se entende (“o problema é, assim de mera prova. Provado esse facto (separação)...”), pp. 18 e 19.

[Na apreciação “3 - Da violação do dever de coabitação”, 3.1., da separação e da culpa:

“Não sufragamos esta posição, na medida em que os elementos dos autos demonstram que foi o autor que em 2008 “...deixou de residir na casa onde vivia com a Ré e passou a residir com o seu pai”. Basta a nosso ver que ele tenha deixado de residir – sem mais – para se concluir que a iniciativa partiu de si, se deveu à sua vontade e que desde essa data não tem qualquer propósito de restabelecer qualquer comunhão de vida com a ré (resposta ao art. 4º da BI).” (...)

“Diferente seria se tivesse ficado provado simplesmente que os cônjuges estavam separados de facto desde 2008. Realmente, a separação de facto não supõe necessariamente a culpa. Mas coisa diferente é se algum deles consegue demonstrar que a separação se deveu ao outro. É perfeitamente possível que o autor demonstre a separação de facto (e com isso logre o divórcio) e a ré, em reconvenção demonstre que a separação se ficou a dever à saída de casa do autor e com a intenção de não mais reatar a vida em comum. Mas, não. O que se provou é que o autor saiu de casa definitivamente em 2008. E esse simples facto, à falta da exclusão da sua culpa e à omissão de razões imputáveis à ré, é por si só revelador da culpa do autor.”.]

59 Sobre a questão e a adopção desta orientação, ver o Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, *Sumário*, § 5.º, e os *Fundamentos* do Ac. do TSI n.º 756/2014, de 14 de Maio de 2015, e mesmo sem necessidade do decurso de dois anos da verificação da intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, ver os Acs. TSI, n.º 388/2010, de 15 de Dezembro de 2011, n.º 158/2013, de 17 de Novembro de 2011, e n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014.

momento do encerramento da discussão da causa, tanto a cessação da comunhão de vida como o propósito de não a restabelecer, que bastaria que se manifestassem pela propositura da acção e que ao momento do encerramento da discussão se completassem os dois anos consecutivos.

Ou pelo menos exigir a cessação da vida em comum há dois anos consecutivos à data da propositura da acção, propositura pela qual se manifestaria o propósito de não restabelecer a vida em comum, ou considerando-se que se deveria verificar por dois anos consecutivos, que se presumiria a sua existência desde a cessação da coabitação, e que se mantivesse no momento da discussão da causa e julgamento.

Poderia conceber-se a alternativa de se exigirem dois anos de cessação da comunhão de vida e a manifestação da intenção de não a restabelecer pela propositura da acção e exigindo ainda que se completassem dois anos desde a propositura da acção até ao momento da discussão da causa⁶⁰.

Pelo menos no sentido da segunda formulação se pronuncia o Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, ao considerar que, embora nas circunstâncias do caso houvessem decorrido dois anos de cessação da coabitação, “se estas razões não bastassem, sempre podemos dizer que, passado todo este tempo, contado até o da pendência da acção, o elemento subjectivo não deixa de ocorrer, visto o princípio que decorre da *actualidade* que deve revestir a decisão judicial”⁶¹.

Mas parece ir mais além, dando-lhe o sentido mais amplo da primeira formulação ao considerar que os⁶² “requisitos para o decretamento do divórcio,

60 Como sucedeu na Sentença que indeferiu um pedido de divórcio por dar como provado a intenção de não restabelecer a comunhão de vida com a propositura da acção e não terem decorrido dois anos desde esse momento até à discussão da causa, recorrida no Ac. do TSI n.º 457/2015, de 10 de Setembro de 2015, que, considerando bastante aquela manifestação, deu provimento ao recurso e decretou o divórcio, disponível online e decidido em língua chinesa, com alegações das partes, recorrente e recorrido, em língua portuguesa, que foi apresentado por JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, cit., pp. 78 e 79.

Ver também o caso decidido na sentença recorrida e desconsiderado no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014. Aquele mesmo entendimento surge no Relatório do Acórdão do TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, relativamente à sentença recorrida, como mencionado nas alegações.

61 Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, *Fundamentos*, 9., p. 17. O sublinhado no original passa a constar em itálico

62 Na conclusão geral final do § 5.º do *Sumário*, correspondendo à formulação dada para o caso na parte final do Acórdão (*III Fundamentos*, 9.), para o caso e fazendo-se acompanhar da jurisprudência comparada, mas inequivocamente referindo-se não apenas ao *animus* mas também ao *corpus* material da separação de facto: “*Aí se afirmando ainda que o corpus material da separação em causa se encontrava provado, uma vez que no momento em que foi proferida a decisão final decorreu muito mais do que o tempo mínimo indispensável, desde que o réu saíra do*

não deixam de actuar sobre o marco de referência temporal em que se traduz a propositura da acção e o tempo da sua pendência, não se deixando de lhe dar prevalência, em função do *princípio da actualidade da decisão*, plasmado no artigo 566.º do Código de Processo Civil.”⁶³.

No limite, este entendimento afastaria a previsão da exigência da verificação prévia da separação de facto com os seus pressupostos por dois anos consecutivos, ou pelo menos da verificação prévia por dois anos consecutivos do propósito de não restabelecer a comunhão de vida, bastando a sua manifestação pela propositura

domicílio conjugal, pelo que, considerando a data da propositura da presente acção (14/2/2011), sobre este marco de referência temporal não se deixará de lhe dar prevalência, em função do *princípio da actualidade da decisão* plasmado no artigo 566.º do Código de Processo Civil.”. O sublinhado no original passa a constar em itálico.

63 Aderindo à orientação adoptada na jurisprudência portuguesa pelo STJ já referida (*supra*, 4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva). O sublinhado no original passa a constar em itálico.

É a seguinte essa previsão: Artigo 566.º (Atendibilidade dos factos supervenientes)

1. Sem prejuízo das restrições estabelecidas noutras disposições legais, nomeadamente quanto às condições em que pode ser alterada a causa de pedir, deve a sentença tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da acção, de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão.

2. Só são, porém, atendíveis os factos que, segundo o direito substantivo aplicável, tenham influência sobre a existência ou conteúdo da relação material controvertida.

3. A circunstância de o facto relevante ter nascido ou se ter extinguido no decurso do processo é levada em conta para o efeito da condenação em custas.

O Artigo 566.º do CPCM corresponde ao Artigo 611.º do CPCP, e colocando-se a mesma questão, divide-se a jurisprudência, e a doutrina afasta esse entendimento, designadamente TEIXEIRA DE SOUSA, *Divórcio; separação de facto; prazo, facto superveniente*, (<https://pt.linkedin.com/pulse/div%C3%B3rcio-separa%C3%A7%C3%A3o-de-facto-prazo-superveniente-ln-legal-network->), em comentário ao Ac. do STJ 069/19.0T8VNG.P1.S1, de 02/23/2021:

“Salvo o devido respeito, não se adere à solução defendida no acórdão do STJ. A divergência assenta na interpretação do art. 611.º, n.º 1, CPC.

Do disposto no art. 611.º, n.º 1, CPC não pode decorrer que o autor pode propor uma acção sabendo que o facto constitutivo ainda não se verificou, mas com a “esperança” de que, no momento do encerramento da discussão, já se tenha verificado.

A interpretação razoável do estabelecido no art. 611.º, n.º 1, CPC, tem de ser outra. Um pouco à semelhança do que vale para o disposto no art. 610.º CPC, o art. 611.º, n.º 1, CPC orienta-se por um critério de aproveitamento do processo, pelo que deve ser interpretado no sentido de que, se o autor alegar que o facto constitutivo se verificou e se concluir que isso não era verdade, mas, entretanto, o facto se verificar antes do encerramento da discussão, então pode aproveitar-se esta verificação superveniente desse facto.

Como bem se compreende, o art. 611.º, n.º 1, CPC não pode ser utilizado para, por exemplo, propor uma acção antes de decorrido o prazo de usucapião, contando que ele se vai completar até ao encerramento da discussão.”.

da acção.

A solução não tem sido defendida na doutrina, considerando que os pressupostos se devem verificar no momento da propositura da acção e manter até ao encerramento da discussão da causa, designadamente da doutrina citada⁶⁴, e devem ser provados por quem os invoca na petição ou na reconvenção da acção de divórcio, mas tem dividido a jurisprudência, da primeira instância e da segunda instância, quer a anterior quer a posterior a 2008, como temos vindo a documentar⁶⁵.

64 Também em Macau, abordando a questão, em língua portuguesa, os textos das nossas *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, pp. 367 e ss, e os textos dos artigos de PAULA CORREIA, *Divorce in Macau: Models, Causes and Consequences*, cit., pp. 195 e ss, e *Relação matrimonial em Macau: Tradição e direito. Passado e presente. Que futuro?*, Macau, 2019, pp. 320 e 321 (pp. 312 e ss), e JIANG YI WA, em *Análise dos fundamentos de divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa*, cit., pp. 80 a 82, referindo as questões mas aparentemente sem se pronunciar sobre as mesmas.

65 No Direito Português a questão mantém-se pese embora as alterações legislativas referidas (*supra*, 4.1. Os pressupostos ou elementos da separação de facto e a presunção da separação subjectiva pela verificação da separação objectiva). Na Doutrina portuguesa, para além de PEREIRA COELHO E GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, Volume I Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª Edição, n.º 240, pp. 725 e ss; ver ainda, em especial, NUNO DE SALTER CID, *Sobre a separação de facto como fundamento do divórcio, e algo mais*, cit., pp. 63 e 64 e a jurisprudência citada, e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Manual de Direito da Família*, cit., pp. 277 e 278. A mesma posição é defendida por KUONG SI LONG, *A admissibilidade do divórcio a-pedido no ordenamento jurídico português: estudo comparativo com o divórcio unilateral no ordenamento jurídico espanhol*, cit., pp. 33 a 35. TOMÉ D'ALMEIDA RAMIÃO (Juiz do Tribunal de Família e Menores), *O divórcio e questões conexas, regime jurídico atual (de acordo com a Lei n.º 61/2008)*, pp. 68 (pp. 65 e ss), aborda expressamente a questão, no contexto do novo regime do divórcio, em que a mesma persiste, referindo-se também à jurisprudência, que deliberada e integralmente citamos (art. 498.º, n.º 4, do Código de Processo Civil Português corresponde ao art. 417.º, n.º 4, do Código de Processo Civil de Macau):

“Essa causa objetiva do divórcio tem de verificar-se no momento da instauração da acção, ou seja, a separação de facto por um ano consecutivo tem de estar verificada nessa altura, sendo irrelevante que se venha a verificar posteriormente, nomeadamente na fase julgamento.

Na verdade, a causa de pedir na acção de divórcio é o facto material e concreto que integra qualquer uma das várias categorias previstas na lei – art.º 498.º/4, do Cód. Proc. Civil. E se a causa de pedir na acção de divórcio é a separação de facto por um ano consecutivo, é obrigatório que esse prazo de separação esteja verificado na data da propositura dessa acção, sob pena de improcedência.

A não ser assim, bastariam dois ou três meses (ou menos) de separação de facto para a instauração da acção e esperar pela demora processual que se completasse o prazo de um ano. Aliás, essa acção até deveria ser liminarmente indeferida ou julgada improcedente no despacho saneador.

A titularidade do direito ao divórcio tem de se verificar no momento em que é exercido, ou seja, aquando da instauração da acção respetiva 64.

O direito ao divórcio tem de estar verificado nessa altura, e o respetivo fundamento tem que ser alegado e provado pelo cônjuge que formula o pedido, pois de acordo com o disposto no art.º 342.º/1 do C.Civil, àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do

Naturalmente, sem prejuízo das razões em seu favor, este entendimento da previsão da lei faz depender a decisão da causa do decurso da acção, caso em que a sua *duração, a pendência e a demora processual* podem determinar a procedência do pedido⁶⁶, não deixando de ser interessante que se possa defender invocando

direito alegado.”.

[64 No mesmo sentido Ac. do T. Rel. de Évora, de 27/01/2005, proc. n.º 2645/04-2, in www.dgsi.pt/jtre: “É irrelevante que o preenchimento do prazo para a procedência da ação de divórcio por separação de facto se tenha completado no decurso do iter processual. A sentença deve julgar como se o processo tivesse sido decidido no momento em que foi instaurado, porquanto a atendibilidade desse novo facto, constituiria uma nova causa de pedir ou uma alteração à causa de pedir, fora do respetivo quadro legal”. Entendimento diverso seguiu o STJ, no seu Ac. de 3/11/2005, proc. n.º 05B2266, in www.dgsi.pt/jstj, referindo: «E não se objete que o prazo legal de um ano de separação não se havia ainda completado na data da instauração da ação, quando sobre este marco de referência temporal tem prevalência o princípio da atualidade da decisão plasmado no artigo 663.º do Código de Processo Civil». E no seu Ac. de 6/3/2007, proc. n.º 07A297, in www.dgsi.pt/jstj, onde sublinha que «Não faria sentido, seria penoso para as partes e revelaria um notório desajustamento social e um excessivo apego a literalismos, vir agora dizer a um casal separado de facto há mais de quatro anos, ambos a quererem divorciar-se, pondo termo a relação irremediavelmente comprometida, que deveriam intentar nova ação, com custas e desgaste inerentes para demonstrar o que, aqui, está exuberantemente patente».]

66 Na jurisprudência portuguesa pode servir ainda de exemplo da controvérsia jurisprudencial a decisão recente do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa n 2271/20.7T8BRR.L1-2, de 28-04-2022, em que se sumariou o seguinte:

“I.—O divórcio em razão da separação de facto pressupõe: - A inexistência de comunhão de vida entre os cônjuges durante um ano seguido (elemento objetivo); - A intenção, de ambos ou de um dos cônjuges, durante tal lapso de tempo, em não restabelecer a comunhão (elemento subjetivo). II.—Naquele prazo de um ano inclui-se o lapso de tempo decorrido até ao final da audiência de discussão e julgamento.”.

Tendo *PAULO FERNANDES DA SILVA* como Relator, *INÊS MOURA* como 2.^a adjunta e *PEDRO MARTINS* como 1.^o adjunto, e com o seguinte voto de vencido.

Veja-se a primeira parte do voto de vencido de Pedro Martins:

“Os direitos que as partes pretendem ver reconhecidos em tribunal têm que ter os seus pressupostos preenchidos na data da propositura de uma acção. Ou seja, ninguém pode meter uma acção e esperar que os factos constitutivos do seu direito se venham a verificar no decurso da acção (como se a demora processual fosse um facto constitutivo do direito: neste sentido, ac. do STJ de 30/04/1997, BMJ 466, páginas 472 e seg, lembrado por Nuno Salter Cid, obra e local citados abaixo).

Isto tem aplicação, por inteiro, no caso dos divórcios, em que quase toda a doutrina e a maior parte da jurisprudência sempre defendeu que não se podia intentar uma acção de divórcio litigioso baseada na separação de facto por mais de um ano (chegou a ser de 6 anos), sem que esse prazo de um ano já estivesse verificado na data da propositura da acção (hoje a questão põe-se em relação ao divórcio sem consentimento, por separação de facto por mais de um ano: arts. 1781/-a e 1782, ambos do CC).

Dizer-se, simplesmente, como a tese contrária faz (por exemplo, no ac. do STJ de 03/10/2003, proc. 2610/10.9TMPRT.P1.S1), que o decurso do tempo não é, no caso, um facto constitutivo,

a *economia e a celeridade processual*⁶⁷, pese embora a sua relevância.

Com esta orientação, em vez de se prevenir a questão o tribunal tem de a remediar, mas, afinal, com o aparente comprometimento da melhor interpretação da lei e a aceitação da incerteza da prática judiciária, perdendo em tramitação de recurso o tempo que eventualmente se ganharia antecipando a oportuna propositura da acção, quando deveria orientar os interessados no legítimo exercício dos seus direitos, de acção e de defesa, prevenindo a apresentação de pedidos de divórcio surpresa, sem manifestação prévia mais ou menos inequívoca da intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, que a lei deveria garantir face ao regime potestativo do pedido e da causa peremptória de divórcio com fundamento em separação de facto⁶⁸.

mas um elemento de prova da cessação da comunhão, é uma simples afirmação, que tinha de ser demonstrada por aqueles que a fazem, porque vai contra o que sempre se entendeu por facto constitutivo de um direito.

Por isso, se o juiz tiver oportunidade para proferir um despacho liminar, deve indeferir liminarmente uma petição inicial de divórcio baseada numa separação de facto que ainda não tem um ano (art. 590/1 do CPC) e nenhuma norma lhe dá o direito de deixar a acção seguir, ou de atrasar o processo, ou de aceitar o atraso do processo com manobras dilatórias, à espera que, até ao encerramento da audiência final, tenha decorrido o prazo de um ano.

A tese seguida pelo acórdão, traduz-se em aceitar que o autor possa propor uma acção dizendo-se titular de um direito que o juiz sabe que ele não tem e que, apesar disso, a deixe seguir à espera que o processo se atrase o tempo suficiente para que esse direito venha a nascer. E se se seguir esta posição nas acções de divórcio, então tem, por uma questão de coerência, que se passar a aceitar que os autores possam começar a intentar acções relativas a outros direitos inexistentes e que poderão nunca vir a adquirir se o processo correr normalmente. A posição que se segue não tem nada, pois, a ver com posições a favor ou contra o divórcio, mas com a necessidade de um mínimo de rigor jurídico, por mais que se diga que ela é incompreensível socialmente (a mudança cabe ao legislador: pode alterar os requisitos do divórcio ou pode alterar o regime processual, admitindo que sejam feitos pedidos sem estar completado o prazo: (...).

Com muitos outros argumentos e outro desenvolvimento, veja-se Nuno de Salter Cid, *Desentendimentos conjugais e divergências jurisprudenciais, Lex Familia, RPDF*, ano 4, n.º 7, 2007, págs. 18 a 23, que relembra muitos autores e inúmeros acórdãos que vão todos neste sentido, indicando e criticando acórdãos que vão em sentido contrário, bem como o aproveitamento incorrecto que eles faziam dos então artigos 264, 663 e 664 do CPC (hoje artigos 5 e 661), também neste ponto com várias indicações de doutrina no mesmo sentido.”.

67 Como nas alegações de recurso no Ac. TS n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014, e no Ac. do TSI n.º 280/2011, de 9 de Fevereiro; também no Ac. do TSI n.º 457/2015, de 10 de Setembro de 2015, nas alegações da recorrente (§ 27.º).

68 Tomando como exemplo o do caso decidido no Ac. do TSI n.º 457/2015, de 10 de Setembro de 2015, e sem prejuízo da eventual bondade do pedido e da decisão, atentemos às alegações finais do recurso do recorrente, com a inversão dos argumentos, com se pode verificar a seguir.

Primeiro, “22. Como é, igualmente, o sentido da generalidade da doutrina.”, mas que se não invoca, como se não pode invocar, por não se encontrar.

Segundo, com itálico nosso, “23. Salvo o respeito devido, *a sentença recorrida é uma decisão*

4.6. Entendimento de que “o legislador de Macau está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo”

Por fim, *quanto ao entendimento do legislador de Macau*, assim se refere a questão: “Do terceiro, este, então, incisivamente, “na matéria de divórcio com fundamento na separação de facto, ao exigir a duração mínima de dois anos de separação de facto, o nosso legislador está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também o subjectivo. Pois este requisito, de natureza subjectiva, é um requisito de natureza complementar. Assim sendo, desde que tenha sido provada a separação de facto por dois anos e no momento de decisão persista a intenção de não restabelecer a comunhão de vida interrompida por dois anos consecutivos, é de decretar o divórcio.”⁶⁹

Não se demonstrando em que termos se revela o pensamento do legislador, o que não é explicitado, e por isso, ou também por isso, impõe-se a indagação e a confirmação ou infirmação do argumento invocado.

Na formulação adoptada, neste “*olhar*” ou *pensar* do “*nosso legislador*” estaria o entendimento ou a concepção da separação de facto como separação objectiva, complementada por um elemento subjectivo de manifestação necessária, mas não necessariamente duradoura, de manifestação da intenção de não restabelecimento da comunhão de vida, desde que manifestada com a propositura da acção e mantida no momento da discussão e julgamento da causa.

O argumento do olhar do nosso legislador é invocado antes num sentido, no Ac. do TSI n.º 74/2008, de 10 de Dezembro de 2009, e invocado depois noutro, designadamente no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, quem tem razão, qual a razão desta mudança de jurisprudência?

A questão colocada pelo recurso ao argumento suscita o problema da

surpresa com vocação normativa, pois criou norma nova, decidindo não só contra legem mas também ultra legem, e, portanto, violando o princípio da separação de poderes, o princípio do dispositivo e, bem assim, o princípio do inquisitório.

24. Efectivamente, *a decisão recorrida ultrapassou os limites autorizados por qualquer interpretação extensiva, violando a teleologia da norma e o pensamento do legislador*, em contradição com o sentido lógico e prático inerente à previsão legal, (só de iure condendo podendo admitir-se e decidindo *como se fosse o seguinte o elemento literal do n.º 1 do art.º 1638º do Código Civil*:

a) Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e houve da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer, *durante todo o período da separação de facto.*”

69 Transcrito no Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, p. 15, é enunciado, sem mais, incisivamente, no Ac. do TSI n.º 723/2013, de 13 de Março de 2014. E é repetido posteriormente, o próprio conteúdo do Ac. do TSI n.º 793/2012, de 22 de Maio de 2014, nos Acs. do TSI n.º 728/2014, de 5 de Fevereiro de 2015, n.º 756/2014, de 14 de Maio de 2015, e n.º 894/2018, de 16 de Maio de 2019.

interpretação da lei, da interpretação do art. 1637.º, n.º 1, al. a), e do art. 1638.º, n.º 1: qual o entendimento da lei? Será o entendimento dado pelo intérprete, o tribunal (TSI), o mais conforme com o pensamento legislativo, de um legislador razoável, perante a lei e as circunstâncias da sua aplicação?

Vamos, por partes, indagar de onde pode o Tribunal de Segunda Instância retirar esta conclusão incisiva, peremptória e repetidamente proclamada, começando pela *mens legislatoris* do legislador histórico.

Não resulta da letra da lei, agora constante do artigo do art. 1637.º, n.º 1, al. a), em que se prevê que “*São ainda fundamentos do divórcio litigioso: a) A separação de facto por 2 anos consecutivos*”, e do art. 1638.º referido, em cujo n.º 1 se prevê expressamente que *entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer*.

Literalmente, não resulta da lei, que não alterou a previsão da separação de facto relevante, a sua concepção e o seu entendimento, apenas a sua duração consecutiva, e manteve a formulação anterior.

Racionalmente também não, como explicitámos na análise das questões precedentes.

Não resulta dos trabalhos preparatórios disponíveis de que tenhamos conhecimento, se é que houve qualquer manifestação de intenção da sua alteração.

Não havendo muitos escritos que demonstrem o pensamento do legislador histórico, devemos começar pelos deixados pelo Coordenador do Projecto do Código Civil, LUÍS MIGUEL URBANO, em primeiro lugar, na comunicação *O Código Civil de Macau*⁷⁰, anterior à aprovação do Código, e, em segundo lugar, na comunicação “*O Código Civil de Macau de 1999*”⁷¹, posterior à respectiva aprovação, em que ao referir-se ao Direito da Família e das Sucessões, se é certo que reitera as razões de continuidade e de mudança, e de ter sido um domínio onde se impunham importantes alterações, designadamente em matéria matrimonial, se refere ao sistema de casamento – para justificar a adopção do sistema de casamento civil obrigatório, ao regime de bens supletivo – para justificar a adopção do regime da participação nos adquiridos, mas não se refere, – nem teria de o

70 Publicada no BFDUM, N.º 7, 1999, pp. 59 e ss, e apresentada no Seminário que ocorreu em 27 de Março de 1998, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, sobre “O Processo de localização do Sistema Jurídico de Macau – Questões de Direito Privado e Afins”.

71 Publicada no BFDUM, N.º 8, 1999, pp. 37 e ss, e apresentada nas Jornadas de Direito Civil e Comercial – O Código Civil e o Código Comercial de Macau”, de 28 a 30 de Setembro de 1999, organizadas pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

fazer, embora o pudesse ter feito – ao regime de divórcio, que foi objecto de alterações importantes, sendo que se se adoptasse um novo sistema de divórcio seria razoável que o destacasse.

Designadamente se se optasse por um *sistema de ruptura* como resultaria de uma opção pela admissibilidade do divórcio com fundamento em simples cessação da coabitação sem necessidade de demonstração de uma intenção duradoura de não restabelecimento da vida em comum. Pode assim não se entender, e considerar-se que não era de exigir ou esperar uma referência, quer porque a questão fosse considerada uma alteração não tão significativa que merecesse relevo no contexto, a título exemplificativo, quer porque, afinal, não era esse o entendimento adoptado⁷², e não haveria em qualquer caso essa alteração que merecesse ser destacada.

Por seu lado, na reflexão feita sobre os modelos de divórcio, GUILHERME DE OLIVEIRA⁷³, que, como referido pelo Coordenador do Projecto, prestou colaboração decisiva na vasta área do *Direito da Família*⁷⁴, após as reflexões que se lhe impunham sobre as dificuldades de legislar em matéria familiar, o casamento em especial, quanto ao sentido e conceito de casamento, os seus efeitos pessoais e patrimoniais, e o sentido geral de privatização da relação matrimonial, quanto ao divórcio ou ao sistema de divórcio, não aborda a questão se não por alto, sem descer ao pormenor da questão em análise. Àquela data e nesse momento não manifesta ter havido opção, quanto ao divórcio litigioso, por um modelo ou sistema de divórcio por culpa ou de divórcio ruptura, dando conta, designadamente, da preferência geral do divórcio por mútuo consentimento desformalizado, da generalização da aceitação do *mútuo consentimento passivo* pela aceitação por um dos cônjuges do divórcio pedido unilateralmente pelo outro, e da evolução do divórcio litigioso de um *divórcio baseado na violação dos deveres conjugais* para um *divórcio sem culpa ou divórcio da ruptura, baseado na constatação da ruptura indiciado por causas objectivas*. Mas não se refere às soluções em concreto adoptadas.

Por sua vez no Parecer n.º 2/99 da *Comissão eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos projectos relativos aos códigos civil, processual civil e comercial*, considera-se num dos parágrafos referentes ao divórcio, o seguinte: “108. As duas alterações fundamentais ao nível do divórcio

72 Nem encontramos ao mesmo referência do Coordenador do Projecto no *Projecto do Código Civil de Macau*, Governo de Macau, 1998, na *Breve Nota Justificativa*, pp. VII e ss (a antecipar o que seria o Código Civil de Macau e a respectiva *Breve Nota Justificativa*).

73 *A Reforma do Direito da Família de Macau*, BFDUM, N.º 8, 1999, pp. 161e ss

74 Como refere LUÍS MIGUEL URBANO, designadamente em *O Código Civil de Macau de 1999*, BFDUM, cit., p. 47 e na *Breve Nota Justificativa*, cit., p. XII.

foram, todavia, outras, no entender do Executivo. A mais importante terá sido a redução do prazo para a separação de facto servir de fundamento do divórcio litigioso, dos actuais seis para dois anos (artigo 1637.º, alínea a), do projecto). A outra, a também diminuição do prazo que é necessário observar antes de ser possível a interposição de uma acção de divórcio por mútuo consentimento, de três para um ano (1630.º, n.º 1)⁷⁵. Mas ainda seria relevante notar a referência à interpelação e à resposta dada às questões sobre a prova da causa de divórcio e ao valor das alegações em petição e em contestação das partes, pois como vimos, desempenham um papel determinante no apuramento dos pressupostos e na determinação da procedência do pedido⁷⁶.

Com relevo para o divórcio litigioso com fundamento em separação de facto, é salientada a redução do prazo de separação de facto, não qualquer alteração quanto ao seu conceito, nem qualquer manifestação da Assembleia Legislativa ou do Executivo proponente do Projecto respectivo, que se possa traduzir numa manifestação de que “o nosso legislador está a olhar apenas para o requisito objectivo e não também para o subjectivo”, ou ainda e que “este requisito, de natureza subjectiva, é um requisito de natureza complementar” e basta existir no momento da propositura da acção “e no momento da decisão persista a intenção de não restabelecer a comunhão de vida interrompida por dois anos consecutivos”.

A questão é apenas abordada pelo Coordenador do Projecto na *Breve Nota Justificativa*⁷⁷, nos termos seguintes:

“Ora, parece-nos que verificados os pressupostos de um período de certificação suficiente da ruptura material da relação como são a nosso ver

75 Assembleia Legislativa, Comissão eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos Projectos relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial, *Parecer n.º 2/99, Projecto do Código Civil de Macau, 1999* (<http://www.al.gov.mo/lei/codigo/civil/po/2.htm>).

76 No *Parecer n.º 2/99, citado na nota anterior*; o § 5.º 107 refere-se ao divórcio por mútuo consentimento, o § 109 refere-se ainda a aspectos da prova no divórcio litigioso (itálico nosso): “109. A Comissão interpelou ainda o Executivo sobre a *necessidade ou desnecessidade de produção de prova dos factos alegados pelo cônjuge que interpõe acção de divórcio litigioso, quando a outra parte confessa ou simplesmente não contesta*. A dúvida não mereceu resposta do coordenador do projecto, que *alegou tratar-se de uma questão de direito processual civil*. Em todo o caso, esclareceu que o sistema ainda procura determinar o principal culpado do divórcio, porque daí podem resultar para este algumas sanções (v.g., responsabilidade civil por danos morais causados ao outro cônjuge devido ao divórcio).”.

O que releva para as questões em análise, como a legitimidade da presunção judicial quando há propositura da acção de divórcio com fundamento em separação de facto sem contestação da outra parte, ou o entendimento de que o elemento subjectivo acompanha o elemento objectivo.

77 LUÍS MIGUEL URBANO, *Breve Nota Justificativa*, cit., pp. VII e ss. Esta *Breve Nota Justificativa* está também publicada no *Código Civil de Macau Anotado e Comentado*, JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, Volume I, cit., pp. 7 e ss.

os 2 anos –, a recusa ao cônjuge do poder de se divorciar deixaria de ter qualquer fundamento razoável – justificado pela protecção da instituição do casamento enquanto vínculo efectivo entre pessoas – para funcionar tão apenas como sancionamento do cônjuge que desse causa à ruptura do casamento. Mas, é precisamente por esta visão sancionatória da liberdade nos parecer ser perfeitamente desadequada que enveredámos pela admissibilidade de se poder promover a declaração jurídica do que a vida da relação já havia demonstrado – a ruptura de um casamento cuja viabilidade é, no mínimo, duvidosa”.

Podemos questionar, mas o mesmo não foi invocado, pelo que pudemos apurar na jurisprudência publicada, se se tem em vista, ou poderia ter, a referência a “um período de certificação suficiente da ruptura material da relação como são a nosso ver os 2 anos”.

Em nosso entender, o que está em causa é a justificação da admissibilidade do divórcio com fundamento em separação de facto por dois anos consecutivos, contrapondo e fundamentando com “um período de certificação suficiente da ruptura material” da relação de casamento a “declaração jurídica” da ruptura de um casamento cuja viabilidade é duvidosa, contrapondo a ruptura material à ruptura jurídica, não estando a referir-se ao requisito objectivo e ao requisito subjectivo, à separação material e à separação espiritual, ao *corpus* e ao *animus*. Aliás, quando refere que “verificados os pressupostos de um período de certificação suficiente da ruptura material da relação” em que a “ruptura material da relação” corresponderia à “separação de facto”, aquilo a que se refere são “os pressupostos” que são reconhecidamente a própria separação de facto, integrada pelo *elemento objectivo* e pelo *elemento subjectivo*, e ao “período de certificação suficiente de dois anos”, que aqui se consideram suficientes para no conjunto fundamentar o divórcio.

Porém, nunca foi invocada qualquer fonte de revelação da vontade ou do pensamento do legislador histórico, em face da letra e da *ratio legis*, quer perante os elementos históricos disponíveis, quer, prosseguindo, considerando o contexto do sistema jurídico ou elemento sistemático da interpretação, em que esta previsão tem natureza especial.

A separação de facto como causa de divórcio é especialmente prevista e definida na lei, como *tipo especial de separação de facto*, que se distingue de outros tipos de relevância de separação de facto, pelo que não se poderia generalizar e estar a considerar-se o legislador de outras previsões do Código Civil onde pode relevar a separação de facto como cessação da comunhão de vida independentemente da intenção de não restabelecer a vida em comum ou apenas como cessação da coabitação, ou mesmo o legislador de outras leis, como a lei que regula o regime de residência, como vimos anteriormente.

Aliás, na interpretação da norma ou previsão legal em causa, do ponto

de vista sistemático, a questão deve começar por se colocar a partir da unidade sistemática e lógica ou racional da norma, pela integração na norma do n.º 1 do art. 1638.º na al. a) do art. 1637.º, de que constitui um complemento do regime, por remissão expressa, para determinação da separação de facto fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum, que se deveria logicamente entender como “a) *A separação de facto - quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer - por 2 anos consecutivos*”⁷⁸.

Por outro lado, tratando-se de uma causa de divórcio peremptória em que uma vez provada a separação de facto relevante o tribunal deve decretar o divórcio, a separação de facto equivale ou corresponde a um divórcio de facto duradouro, simétrica de uma *posse de estado de divorciado*, a *declarar juridicamente por via judicial*, que pode ter efeitos retroactivos quanto às relações patrimoniais ao momento da cessação da coabitação (art. 1644.º) e alguns efeitos pessoais, como a cessação da presunção de maternidade e a presunção de paternidade do marido da mãe (art. 1688.º), além da cessação do dever de contribuir para os encargos da vida familiar, sem prejuízo do eventual dever de alimentos (cfr. arts. 1536.º e 1537.º, em que também releva a separação de facto fundamento de divórcio, por maioria de razão).

Sendo reconhecido, em todo o caso, que a separação de facto inclui um elemento objectivo, *corpus*, e um elemento subjectivo, *animus*, como a posse de estado, em regra trata-se de uma *situação de facto unitária e duradoura*, como sucede em lugares paralelos em matéria familiar no sistema jurídico, em que se esteja perante *situações de facto com valor de posse de estado*⁷⁹.

78 As previsões dos arts. 1638.º e 1639.º poderiam constar do art. 1637.º, de que constituem um complemento do regime, em que se recorre à técnica de remissão legislativa, e a ter em conta na interpretação sistemática, considerando a unidade do sistema.

Neste sentido, sem prejuízo de outras considerações, e da bondade da decisão final, observa-se uma inversão perversa da interpretação da lei em argumentações como a desenvolvida na arguição de recurso no caso decidido no Ac. do TSI n.º 745/2015, de 10 de Setembro, designadamente na parte já transcrita em 4.5. *A actualidade da decisão judicial e a separação de facto*, parte final. Sobre o elemento sistemático da interpretação lógica, ver, entre outros, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Volume II, com a colaboração de JOÃO GOMES DE CASTRO, 2019, pp. 156 e ss.

79 Como a posse de estado de casado (art. 1525.º), sobre a qual se pode ver a correspondente *Anotação ao Artigo 1653.º*, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume IV*, cit., , pp. 217 e ss, e NUNO ALONSO PAIXÃO, *Código Civil Anotado, Livro IV Direito da Família*, CLARA SOTTOMAYOR (Coord.), cit., pp. 188 a 191.

Sobre a caracterização da *separação de facto* como *divórcio de facto*, ver F. M. PEREIRA COELHO, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, RLJ, Ano 112.º, 1979-1980, n.º 3635, cit., págs. 338 a 350, em especial no § 6.º da Anotação.

Não observámos a invocação na jurisprudência do direito ao divórcio ou a liberdade de divórcio, sendo que o seu reconhecimento nos termos da lei atribui ao legislador o dever de regular o exercício dos direitos fundamentais, como seria o caso, que deve regular, em conformidade com a Lei Básica, com ponderação e harmonização dos direitos e interesses protegidos, designadamente da família constituída.

Por fim, neste *exercício interpretativo*, apelando ainda ao *elemento racional ou teleológico* (a distinguir dos motivos determinantes da proposta de alteração do regime do divórcio no contexto da alteração do regime das relações familiares e do Código Civil no seu todo, de aprovação de um código adaptado à realidade política, económica e social da sociedade em evolução), *quando se visou reforçar a liberdade dos membros do casal*, designadamente quanto à liberdade de convenção do regime de bens, ao regime de bens supletivo, e à liberdade de dispor, visando despatrimonializar o casamento, *a alteração do regime do divórcio também visou liberalizar e desdramatizar o regime do divórcio*. Assim, quanto ao divórcio por mútuo consentimento, reduziu o prazo mínimo da sua duração necessária e simplificou os respectivos processos, admitindo uma via administrativa registal ao lado da via judicial. Quanto ao *divórcio litigioso*, revendo o respectivo processo, quanto aos fundamentos de ruptura da vida em comum, reduzindo os prazos exigidos, estabeleceu em dois anos consecutivos a separação de facto requerida para presumir a ruptura da vida em comum, sem alteração quanto à concepção da separação de facto ou às demais condições de relevância da separação de facto.

O comprometimento irremediável da vida em comum seria demonstrado pela inexistência de comunhão de vida e pela intenção de a não restabelecer por um período de ruptura duradoura da vida em comum que afasta a expectativa de reconciliação e legitima a dissolução judicial do casamento por divórcio a pedido fundamentado de qualquer dos cônjuges.

A esta luz, a desnecessidade da manifestação duradoura da intenção de não restabelecer a comunhão de vida, bem como a desnecessidade de inexistência duradoura de comunhão de vida para admissibilidade do pedido de divórcio não seriam compatíveis com a *ratio legis* da previsão legal do divórcio por separação de facto.

Antes, a orientação adoptada na jurisprudência aproxima a separação de facto de uma violação objectiva do dever de coabitação, sem necessidade de prova da culpa, com duração da acção por dois anos consecutivos, transferindo o pressuposto da duração da separação para a duração da acção de divórcio judicial.

Para entendimento, e eventual fundamentação da orientação adoptada, ou da alteração da orientação jurisprudencial adoptada, restaria invocar o designado *elemento conjuntural da interpretação*, não apenas as circunstâncias em que a lei foi elaborada, mas também as condições específicas do tempo em que é aplicada,

uma interpretação actualista, em nome da liberdade de desvinculação por ruptura da vida em comum por separação de facto⁸⁰.

Sem intervenção legislativa, na Lei Básica, sem intervenção legislativa no Código Civil ou em lei avulsa, sem alteração radical na realidade social, embora com o aumento dos divórcios, importa perquntar sobre qual a razão próxima da alteração da jurisprudência ou do “*renvironment de jurisprudence*”. Que se deveria mais ao julgador do que ao legislador, embora se possa conceber como o entendimento que teria o legislador razoável se legislasse nas condições do tempo da aplicação da lei.

V. Considerações finais

A orientação jurisprudencial consagrada no citado Acórdão de referência, sem prejuízo das considerações que suscita, integra importantes contributos para a realização do direito.

Proporciona uma síntese informativa sobre as decisões anteriores relativas ao pedido de divórcio com fundamento em separação de facto, incluindo sobre a orientação jurisprudencial de que se afasta, e a determinação dos requisitos para o decretamento do divórcio por separação de facto.

Autonomiza e densifica os requisitos do elemento objectivo e do elemento subjectivo da separação de facto, embora pelo enunciado das conclusões do Acórdão, a referência a uma *separação material objectiva* permita distinguir a uma *separação material subjectiva*, mas ainda parte da separação material, ou elemento objectivo, a que acresce o elemento subjectivo, defende que o elemento subjectivo tende a acompanhar o elemento objectivo, a legitimidade da presunção judicial do elemento subjectivo quando há propositura da acção de divórcio com fundamento em separação de facto sem contestação da outra parte, que a separação de facto deve perdurar por dois anos consecutivos, e que a propositura da acção demonstra inequivocamente o propósito de não restabelecer a vida em comum.

Mas entende ainda, acompanhando essa orientação, que essa exigência de separação de facto não inclui o propósito de não restabelecer a vida em comum por dois anos consecutivos, que não têm de se verificar no momento da propositura da acção e perdurar por dois anos consecutivos, que bastaria a sua verificação no momento da propositura da acção, e, em todo o caso, que a separação de facto por dois anos será relevante para a procedência do pedido de divórcio desde que verificada até ao momento da decisão, e sem excepção, em nome do princípio da

80 Sobre o mesmo, ver DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Volume II, pp. 155 e 156.

actualidade da decisão.

Ora, como *elementos susceptíveis de discussão* encontramos os respeitantes à suposta suficiência da separação de facto como separação objectiva, e neste entendimento como separação de facto por dois anos consecutivos, a simples natureza complementar do elemento subjectivo, a conformação com a afirmação da dificuldade da prova e a aparente desconsideração da relevância do propósito ou intenção de não restabelecimento da vida em comum, a invocação de uma aparente opção do legislador, e a consideração, sem qualquer restrição, do princípio da actualidade da decisão.

Pode sempre questionar-se se será esta interpretação uma resposta implícita a uma questão e solução implícita, de se exigir um prazo de separação de facto mais curto, pois não consideramos razoável nem expectável no contexto do regime em vigor a defesa do divórcio unilateral perante o regime legal estabelecido.

Mas essa é uma resposta que a lei deveria dar à questão da desvinculação do casamento por divórcio litigioso, dos termos do direito de pedir o divórcio com este fundamento, sob pena de se estar a conceber o divórcio para além de um divórcio-ruptura, como um divórcio quase a-pedido, de se promover a duração ou mesmo a demora, com aceleração ou desaceleração processual, que pode determinar a improcedência ou a procedência do pedido de divórcio, perante diferentes entendimentos jurisprudenciais.

Tendo em conta a experiência portuguesa, considerando a relação histórica dos ordenamentos jurídicos, quer a origem da solução legislativa quer a experiência jurisprudencial, designadamente a invocada para fundamentar do ponto de vista do direito comparado as soluções e a orientação adoptada, é certo que nos anos já distantes da transição de século se estava perante prazos mais longos de separação de facto, que poderiam legitimar, segundo o entendimento adoptado, uma interpretação restritiva da lei, nem por isso sufragada pela doutrina perante o regime legal, nem mesmo com a diminuição do prazo de duração da separação de facto requerida como causa objectiva e peremptória de divórcio, mantendo-se o entendimento legal da separação de facto, se superou a controvérsia jurisprudencial.

A questão provavelmente persistirá mesmo num regime em que se continue a admitir o divórcio com fundamento em separação de facto por prazo mais curto, pois estará em causa saber quando se está perante separação de facto e depende da apreciação do comprometimento da vida em comum.

Perante a actualidade da decisão, à objecção da economia e da celeridade processual deve responder-se com economia e celeridade processual, com a eficácia da administração da justiça, incluindo com a judiciosa apreciação da prova, e como causa peremptória de divórcio, deveria ser apreciada no despacho liminar e depois no despacho saneador ou equivalente; deveria a acção poder ser

continuada se houvesse necessidade de haver prova da separação de facto na acção; ou teria de ser renovado o pedido com o mesmo fundamento; com a observância da lei, de acordo com os critérios de interpretação da lei, mesmo actualista, em conformidade com a Lei Básica, e com a protecção dos direitos fundamentais, de protecção da família constituída pelo casamento e da dignidade pessoal e do direito à liberdade pessoal, mesmo de desvinculação do casamento, nos termos da lei.

Nas mais recentes manifestações jurisprudenciais observamos uma afirmação do carácter essencial do elemento subjectivo e da não dispensa do ónus da prova do propósito de não restabelecer a vida em comum nos pedidos de separação de facto a título subsidiário, embora o mesmo demonstre o paradoxo da sua não exigência em qualquer caso, e uma necessidade de encontrar a verdadeira separação de facto, que dependerá do tipo legal de separação de facto relevante.

Perante o evoluir das concepções sociais e a flexibilização da vinculação e da desvinculação matrimonial e a admissibilidade do divórcio, para além de outras razões ponderosas, pode ser de considerar a revisão do regime do divórcio sabendo que esta questão não se resolve facilmente sem uma clarificação de regime, quer apenas dos pressupostos e do momento da sua exigibilidade, afinal uma questão de definição do tipo legal de separação de facto relevante como fundamento de divórcio por ruptura da vida em comum, que contribua para a superação das divergências jurisprudenciais e da resolução definitiva dos desentendimentos conjugais, quer do próprio regime do divórcio.

O REGIME DA IDENTIDADE DE GÉNERO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU (RAEM)

Carlos Alberto Gameiro de Campos Lobo
Juiz Desembargador, Portugal

Resumo: Ao longo dos tempos e nas mais diversas sociedades, a construção social, cultural e até afectiva do que encerra o ser homem ou o ser mulher, nem sempre corresponde à ideia decorrente do binómio puramente biológico determinante da atribuição de sexo e, conseqüentemente, não afasta a existência de situações de indefinição e, ou, desadequação interior, em relação à identidade pessoal de cada um no que se refere ao sexo e género fixados à nascença.

Em quadros de existência deste conflito, potenciadores de grande sofrimento para quem o enfrenta, importa encontrar soluções que o atenuem e, bem assim, combater processos de exclusão e discriminação que tais realidades vivenciais possam exortar.

Com efeito, determinadas pessoas, face à assunção de determinado *ser* e *estar* mais conforme com o seu mais íntimo *sentir*, debatem-se com as mais variadas dificuldades de rotina diária – levantar uma encomenda, utilizar sanitários públicos, abrir uma conta bancária, exhibir um cartão de embarque –, pelo simples facto de os seus documentos de identificação não retratarem ou corresponderem ao género assumido e evidenciado, tornando-os muitas vezes alvo de reservas várias, incluindo suspeição de utilização de documentos falsos.

Neste contexto, de evidente vulnerabilidade, importa que os ordenamentos

jurídicos encontrem soluções legais capazes de acalantar a protecção do direito fundamental do respeito pela Dignidade da Pessoa Humana, reconhecendo a identidade de género e, por essa via, permitir que determinadas pessoas vivam de acordo com o género com o qual se identificam.

Trata-se de caminho que vem sendo recomendado pelas mais diversas organizações internacionais e seguido em muitos ordenamentos jurídicos das mais variadas famílias, algumas delas próximas da particular realidade que constitui a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), importando, por isso, pensar eventuais soluções, neste contexto e realidade.

Palavras-chave: Reconhecimento da identidade de género; sexo; género; pessoas *trans*; dignidade da pessoa humana; direito à privacidade.

“When our parents and teachers and mentors and classmates told us that gender did not matter, what they really meant was that gender should not matter”.

Nancy J. Knauer¹

Introdução

Os direitos de personalidade, nas suas diversas vertentes, são o mote essencial para a concretização da ideia de Dignidade da Pessoa Humana, transversal a todas as sociedades modernas actuais.

Por via desta máxima impõe-se o respeito por cada pessoa no seu todo e, naturalmente, atendendo às diversas componentes que para tal concorrem – sentimentos, características emocionais, morais e psicológicas e integridade física -, que se reclame e defenda um mínimo de qualidade existencial para todo e qualquer ser humano, independentemente de como nasce, cresce, sente, amadurece e desenvolve o seu caminho enquanto cidadão.

Existindo quadros de harmonia vivencial entre o sexo conferido à nascença e o assumido, há pessoas, por seu turno, que se sentem como integradas num corpo errado, identificando-se com um género incompatível com o que lhe foi

1 KNAUER, Nancy J., *Gender Matters: Making the Case for Trans Inclusion*, in “Legal Studies Research Paper Series”, Research Paper No. 2007-10, 2007, p. 8.

atribuído no nascimento, o que lhes causa intenso sofrimento e um permanente conflito interior².

Perante tal realidade, alguém que nela se reveja, até ao reconhecimento do seu estar, nomeadamente e desde logo, até à rectificação do seu registo civil, não está no pleno gozo dos seus direitos de personalidade. O simples dado *nome*, não representa nem traduz a sua identidade psíquica, emocional e física, sendo amiudadas vezes visto como algo de bizarro / estranho / anormal.

Nesta senda, o direito à diversidade de género além de dever ser objecto de respeito, compreensão e aceitação, tem exigido dos ordenamentos jurídicos hodiernos a sua defesa e resguardo³, impondo-se que o direito ao reconhecimento da identidade de género, como sendo inerente à personalidade do indivíduo, seja tratado e assinalado como um direito fundamental.

O presente trabalho pretende abordar a temática do reconhecimento da identidade de género no particular contexto da RAEM e tem como objectivo essencial procurar o caminho ou caminhos possíveis para a sua consagração legal.

Com tal escopo último, sempre tendo em mente a ideia de legislar sobre a matéria em causa, estabelece-se um percurso que se inicia pela abordagem geral do conceito da identidade de género e os direitos humanos, perspectivando-se aqui diversos mecanismos internacionais que, por diversas formas, patenteiam e aclamam o direito ao reconhecimento da identidade de género como um direito fundamental.

Num segundo momento, por se entender de importância na integração da matéria em ponderação e análise, visitam-se os conceitos de *sexo* e *género*, recorrendo a noções apresentadas por diferentes organismos internacionais, complexos legais e teorizadores na matéria.

Visando uma leitura suportada em experiências já encetadas e por contraponto com outras realidades onde a matéria não tem qualquer tratamento, discorre-se, num terceiro passo, sobre diversos ordenamentos jurídicos de famílias jurídicas diferentes, de variados continentes e contextos culturais, procurando-se

2 Neste sentido uma decisão proferida por um Tribunal de Hong Kong em 13 de Maio de 2013, referida em *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, Executive Summary, Inter-Departmental Working Group on Gender Recognition (Hong Kong), Junho 2017, p. 3, onde se pode ler *People who have the misfortune of suffering from the gender identity disorder or gender dysphoria of transsexualism possess the chromosomal and other biological features of one sex but profoundly and unshakeably perceive themselves to be members of the opposite sex. They may persistently experience acute emotional distress, feeling themselves trapped in a body which does not correspond with what they firmly believe to be their real sex.*

3 ROCHA, Maria Vital e SÁ, Itanieli Rotondo, *TRANSSEXUALIDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DE GÊNERO*, in Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Ano 2 (2013), nº 3, p. 2338.

um particular enfoque em sistemas de matriz semelhante ao ordenamento jurídico da RAEM.

Prosseguindo no trilho traçado, apresenta-se um quarto patamar relatando o quadro legal que se mostra vigente no Território de Macau nesta matéria, abordando as dificuldades emergentes do mesmo.

Entendendo-se como necessária uma intervenção legislativa, surge um quinto ponto onde se desenvolvem quais os aspectos de nota que importa ponderar / discutir, desde a forma de intervenção legislativa às diversas exigências / requisitos a salvaguardar.

Neste último vector ainda se lançam, em termos de síntese, os efectivos passos práticos a implementar ?

Finalmente, apresentam-se as conclusões de todo o trabalho desenvolvido.

Cumprir referir que o presente trabalho decorre de uma reflexão determinada pelo desafio de eventualmente se legislar sobre a matéria na RAEM.

Trata-se de um estudo teórico, descritivo, interdisciplinar, ponderativo / reflexivo e analítico⁴, alicerçado na leitura e interpretação de diversos complexos legais, na consulta de variados documentos produzidos por organizações internacionais e movimentos *trans* e, bem assim, em diversos teóricos que, directa ou indirectamente, abordam o tema.

1. A identidade de género e direitos humanos

A função do direito assenta na ideia de regular as mais variadas áreas da vivência em sociedade, desencadeando princípios e normas que pretendem fixar e determinar as fronteiras dos diversos campos daquela.

Neste contexto, e em notas cada vez mais evidentes no *Mundo* actual, vários ordenamentos jurídicos têm tentado enfrentar a problemática decorrente das diferentes manifestações da identidade e expressão do género humano, quer numa vertente pessoal, quer numa dimensão relacional que, como é por todos reconhecido, vão muito para além do quadro binário de um conceito puramente biológico e imediatamente apreensível, através da mera apreciação visual dos órgãos genitais do ser humano.

Com efeito, nas sociedades actuais, tem-se vindo a assistir a um crescente despontar de um sentimento, ainda que em determinadas realidades de forma tímida / subtil / reservada, do dever de respeitar o direito à autodeterminação em termos de sexualidade, à liberdade de escolha no domínio de comportamentos

4 Ver neste sentido, LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade – *Fundamentos de Metodologia Científica*, Atlas, São Paulo, 2003, pp. 238- 239.

sexuais, às opções quanto a formas de vida em função das preferências sexuais de cada um, defendendo-se a proibição de discriminações nesta matéria⁵.

Parece também inquestionável, olhando aos tempos que se vivem e aos caminhos que se vêm trilhando, que um número significativo de ordenamentos jurídicos da actualidade, se dirigem no sentido de entender que o direito ao desenvolvimento da personalidade reclama uma tutela ampla e envolvente, abrangendo não só a livre formação da personalidade, mas também o reconhecimento e consequente protecção de um espaço de autonomia, de liberdade e de aceitação da possibilidade de realização pessoal de cada um⁶.

Igualmente se perfilam no *Mundo* actual, não raras vezes, sentimentos e filosofias contraditórios, onde se cruzam a ideia do respeito pela diversidade, por um lado, e a manutenção de valores tradicionais, mais ou menos rígidos, impregnados de uma religiosidade intensa e inquestionável, que importa contrabalançar, por outro lado.

Por seu turno, crê-se que se pode afirmar, que há muito que se estuda a problemática em torno da sexualidade humana, perspectivando-se esta, nas suas diversas formas de expressão, nos variados papéis assumidos pelos géneros, nas múltiplas identificações, discriminações e rotulagens oriundas da determinação do que é, neste contexto, um *padrão correcto / um ser-estar normal*⁷.

Na verdade, existem muitas pessoas que, apesar de exibirem em termos anatómicos determinadas características que as integram na qualificativa, “género masculino” ou “género feminino”, não se enquadram / identificam nesse retrato e, nessa medida, importa pensar na possibilidade de encontrar soluções que permitam ultrapassar este conflito⁸.

5 XAVIER, Rita Lobo, *Direito a constituir família, discurso de igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual e a perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, in Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos, Volume II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 466.

6 Neste sentido, entre outros, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 286 e segs

7 BUTLER, Judith filósofa americana e uma das principais teóricas das questões de género, defende que a orientação sexual e a identidade sexual ou de género dos indivíduos são o resultado de uma construção social e que, nessa medida, não existem papéis sexuais essencial ou biologicamente inscritos na natureza humana – In *Lei de Identidade de Género: Uma Análise Comparativa da Lei Argentina e o Pl 5002/2013 do Brasil*, LIMA e SILVA, Bruna Camilo de Souza, e OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante, Libertas-Ouro Preto-MG-ISSN 2319-0159, Volume 2/n.1, 2016, p. 227.

8 Ver neste sentido, *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem p. 2, onde se pode ler *There are people in society who have the feeling that they were born into the wrong body, because the gender they identify with is incompatible with the gender they were assigned at birth.*

Decorre, desde logo, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos⁹ que, havendo que reconhecer a dignidade inerente à natureza humana, a todos os indivíduos deve ser salvaguardado o respeito pelos seus direitos, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de posição económica, de nascimento ou de qualquer outra situação, sendo que, todos são iguais perante a lei e, sem qualquer diferenciação, têm igual direito de protecção da lei e direito a protecção igual contra qualquer acto de discriminação (cfr. artigos 2º¹⁰ e 26º¹¹).

Estes direitos tidos como fundamentais do ser humano, inseparáveis das noções de personalidade e dignidade no que respeita à autodeterminação e reconhecimento de género, foram claramente reforçados com os Princípios de Yogyakarta¹², adoptados em Novembro de 2006 e proclamados em 2007, os quais

9 Instrumento jurídico decorrente da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado em 16 de Dezembro de 1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e que, de acordo com o artigo 40º da Lei Básica tem aplicação no território da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

10 Artigo 2º

Cada um dos Estados-Signatários no presente Pacto compromete-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se encontrem no seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social.

(...)

11 Artigo 26º

Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual protecção da lei. A este respeito, a lei proibirá toda a discriminação e garantirá a todas as pessoas protecção igual e efectiva contra qualquer discriminação por motivos de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social.

12 Este instrumento jurídico, apresentado em 26 de Março de 2007, decorre de proposta de 16 peritos em direito internacional no âmbito dos direitos humanos e contém 29 princípios que, na sua estrutura, reproduzem o catálogo enunciado na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Destacam-se – direito ao gozo universal dos direitos humanos, direito à igualdade e à não discriminação, direito ao reconhecimento perante a lei, direito à vida, direito à segurança pessoal, direito à privacidade, direito de não sofrer privação arbitrária da liberdade, direito a julgamento justo, direito a tratamento humano durante a detenção, direito a não sofrer tortura e tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante, direito à protecção contra todas as formas de exploração, venda e tráfico de seres humanos, direito ao trabalho, direito à segurança social e a outras medidas de protecção social, direito a um padrão de vida adequado, direito à habitação adequada, direito à educação, direito ao padrão mais alcançável de saúde, protecção contra abusos médicos, direito à liberdade de ir e vir, direito de constituir família, direito de participar na vida pública, direito de participar da vida cultural, direito a recursos jurídicos e medidas correctivas eficazes, responsabilização (*accountability*).

apelam à aplicação das convenções internacionais de direitos humanos sobre orientação sexual e identidade de género.

Faça-se notar que este documento, embora não se apresente como padrão internacional formalmente adoptado, tem sido assumido como guião na definição de políticas a implementar, quer por órgãos da ONU, quer por governos e outras instituições (como os tribunais), dos diversos Estados.

Mencione-se ainda que o Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas veio declarar, claramente, que a identidade de género avulta como uma das causas proibidas de discriminação¹³.

São também exemplos da acuidade do tema, decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que, aplicando a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, vem decidindo que os estados devem proporcionar às pessoas *trans* a possibilidade de acesso às cirurgias de reatribuição de sexo, que os sistemas de seguro devem cobrir as despesas com tal relacionadas¹⁴, bem como reconhecer a mudança de sexo nos documentos de identificação¹⁵, num evidente respeito pelo reconhecimento da identidade de género.

Partindo deste balizar de princípios, hodiernamente tem-se entendido que a orientação sexual¹⁶ e a identidade de género¹⁷ são notas essenciais para a defesa da dignidade e humanidade de cada pessoa, não devendo por isso, contrariamente, ser motivo de discriminação / segregação / marginalização ou abuso¹⁸.

13 Observação Geral nº 20, relativa à não discriminação em termos de direitos económicos, sociais e culturais de onde se retira que a proibição da discriminação em função do sexo abrange não só as questões relacionadas com o binómio homem/mulher, mas também os aspectos relacionados com a construção de estereótipos de géneros, referindo que se reconhece a identidade de género dentro das causas proibidas de discriminação, por exemplo, aquelas pessoas que são transgénero, transsexuais ou intersexuais e enfrentam, repetidamente, graves violações dos direitos humanos, tais como *bullying* na escola ou no trabalho. Cfr. pp. 6 e 10.

Disponível em direitoshumanos.gddc.pt. - Acesso em linha em 10 de Novembro de 2017.

14 Caso van Kuck v. Germany (Alemanha), julgamento de 12 de Junho de 2003. Application No. 35968/97 (2003)

15 Caso Christina Goodwin v. U.K. (Reino Unido), julgamento de 11 de Julho de 2002. Application No. 28975/95 (2002).

16 Orientação sexual tem-se utilizado como referência à capacidade de cada pessoa de ter atracção emocional, afectiva ou sexual por indivíduos de género diferente, do mesmo género ou de mais de um género e, nessa medida, desenvolver relações íntimas e sexuais com esse universo de pessoas.

17 Identidade de género, grosso modo, tem-se usado para apontar o sentimento vivido por cada pessoa, que pode corresponder ou não ao sexo atribuído no nascimento e formalmente assumido, incluindo o senso pessoal do corpo, modo de vestir, modo de falar, forma de socialização.

18 Exemplo do aqui afirmado, e já no século passado (1996), surge a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), no caso C-13/94, P. v S. and Cornwall Country Council,

Sem embargo de existirem realidades onde as pessoas podem, por alguma forma, vivenciar sofrimento por causa da sua orientação sexual e / ou identidade de género, pelos mais diversos meios, parece ser também verdade que alguns avanços têm sido protagonizados, no sentido de assegurar que todos, independentemente das suas orientações sexuais ou identidade de género, possam viver com a mesma dignidade e sob o mesmo respeito.

Olhando ao todo complexo internacional, parece poder afirmar-se que significativos passos têm sido dados no sentido da protecção e defesa da igualdade entre os géneros e na protecção contra a violência na sociedade, na comunidade e na família. Igualmente, e neste patamar de amparo, importantes mecanismos se vão tentando implementar, por forma a que os diversos ordenamentos possam assegurar, a todas as pessoas, guarda eficaz contra a segregação, por motivos de orientação sexual ou identidade de género.

Contudo, outros haverá certamente que encetar, com vista a promover e a sedimentar a defesa de direitos de todas as pessoas, com base na igualdade e na não discriminação.

Ora, a noção de identidade de género¹⁹, reconhecida, consagrada e tratada em instrumento legal, afigura-se como um novo avanço na linha do expandido, na medida em que estatui que o sexo atribuído a um indivíduo no momento do nascimento pode não corresponder à identidade inata de género que esse mesmo indivíduo desenvolve e assimila no seu processo de crescimento e amadurecimento.

Na verdade, e perante a inegável discriminação que as pessoas transexuais e intersexuais ainda vivenciam, bem como face à especificidade / particularidade dos problemas que quotidianamente enfrentam, tem-se assistido a um apelo à

juízo de 30 de Abril de 1996, ECR (1996) 12, onde se considerou que a discriminação proveniente de situação de reatribuição de sexo, deve entender-se como discriminação por causa do sexo.

Pode ler-se no sumário "(...) *Since the right not to be discriminated against on grounds of sex constitutes a fundamental human right, the scope of the directive cannot be confined simply to discrimination based on the fact that a person is of one or other sex. It must extend to discrimination arising from gender reassignment, which is based, essentially if not exclusively, on the sex of the person on the ground that he or she intends to undergo, or has undergone, gender reassignment is to treat him or her unfavorably by comparison with persons of the sex to which he or she was deemed to belong before that operation.*"

19 Esta noção, nem sempre foi seguida em termos de nomenclatura relativamente à temática que aqui se aborda, havendo ainda quem a discuta, embora seja claro que, por via dos Princípios de Yogyakarta, tal discussão tenha deixado de existir com tanta notoriedade.

A noção de identidade de género permite perceber que o sexo atribuído no momento do nascimento pode não corresponder à identidade de género que o indivíduo vai desenvolvendo no seu processo de crescimento; respeita à experiência interior e individual de cada ser humano, sentida a um nível profundo, incluindo o sentido pessoal do corpo, a forma de vestir, os gestos, o modo de estar.

intervenção dos mais variados organismos internacionais, no sentido de motivarem medidas que promovam e densifiquem a dignidade deste universo de indivíduos.

A discriminação entre seres humanos é, seguramente, inaceitável sempre que baseada na realização de uma conexão entre as capacidades, talentos ou património de uma pessoa (sejam aspectos físicos, genéticos ou biológicos) e as suas características morais, éticas ou intelectuais²⁰.

Por outro lado, a não discriminação, assumindo-se como um dos vectores do princípio da igualdade, traduz-se na proibição de diferenciações alicerçadas em razões arbitrárias ou irracionais e pressupõe o reconhecimento e aceitação da identidade própria de cada indivíduo e, concomitantemente, dos seus elementos diferenciadores dos demais²¹. A questão da igualdade entre os homens é o resultado da própria natureza das coisas, sendo que a simples referência à espécie humana encerra, em si mesma, o reconhecimento de que os homens são iguais na sua essência, (...), naquilo que nos autoriza a qualificá-los como homens²², exultando as suas diferenças como aspectos que os individualizam perante todos os outros, e não como factores que os superiorizam ou diminuem.

Neste ambiente, as modernas linhas de pensamento vêm tomando contornos cada vez mais consistentes, no sentido de que, sendo o direito à identidade um direito da personalidade, centrado na defesa da dignidade humana, em ideias de não discriminação, no reconhecimento do indivíduo enquanto pessoa e na assunção de uma esfera intangível de direitos que não podem nem devem ser questionados, dar acolhimento ao reconhecimento da identidade de género não é mais do que concretizar esse direito fundamental

2. Sexo e género

Na abordagem da questão essencial que se pretende desenvolver, cumpre atentar em alguns conceitos que poderão ser aspectos-chave nesta temática.

Na procura do respeito pela dignidade humana e pela autonomia da pessoa, bem como do respeito pela liberdade individual e pela identidade pessoal (onde se inclui a identidade de género) muitas vezes se confundem e / ou colocam no mesmo

20 Neste sentido, WIEVIORKA, Michel, *L'espace du Racisme*, Seuil, Paris, 1991, pg.15, citado por MOIZARD, Catherine Haguenu, "La Lute Contre Le racisme para La Droit En France Et au Royaume-Uni", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Ano 51, 2, Abril/Junho de 1999, p. 347 e segs.

21 Neste sentido, VAN DUNEN, Francisca, "A Discriminação em função da raça na lei penal", *ESTUDOS em Homenagem a Cunha Rodrigues*, volume 1, Coimbra Editora, 2001, p. 941.

22 PEREIRA, Rui, "O Princípio da Igualdade em Direito Penal", *O Direito*, Ano 120, I-II (Janeiro-Junho de 1988), p. 113.

patamar, diversos conceitos que, na verdade, elucidam realidades distintas²³.

Importa talvez salientar que os termos binários, ou seja, o fixado reconhecimento do padrão homem e mulher, como sendo o normal referencial da Humanidade, não constitui por si só, uma violação de direitos humanos, nem afasta a protecção e defesa da diversidade de género.

Cabe, ainda, fazer notar que a colocação, no mesmo tecto discursivo, de diversas realidades que parecem compor a designação *trans*²⁴, é uma tendência muito comum na abordagem deste debate sobre o reconhecimento da identidade

- 23 Em muitos marcos legais de diversos ordenamentos jurídicos, integra-se na mesma categoria da orientação sexual, a questão da identidade de género. Todavia, são realidades distintas. No primeiro caso está-se perante situações relativas à capacidade de cada pessoa para uma atracção emocional, afectiva, sexual e, conseqüentemente, desenvolver relações íntimas e sexuais com pessoas de diferente ou mesmo género. Na segunda situação, está antes em causa o modo de sentir, estar e viver.

Tal é o que parece decorrer da definição sobre orientação sexual e identidade de género, constante do Preâmbulo aos Princípios de Yogyakarta:

(...) “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atracção emocional, afectiva ou sexual por indivíduos de género diferente, do mesmo género ou de mais de um género, assim como ter relações íntimas e sexuais com essa pessoa;

(...) “Identidade de género” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao género, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de género, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo; (...)

Disponível em www.yogyakartaprinciples.org – Acesso em linha em 24/07/2017.

- 24 SUESS, Aimar, *Análisis del panorama discursivo alrededor de la despatologización trans: procesos de transformación de los marcos interpretativos en diferentes campos sociales*. In: MISSÉ, Miquel e COLL-PLANAS, Gerard (ed.), *El género desordenado – críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona-Madrid, Egales, 2010.

Com esta designação, pretende referir-se “todas as pessoas que elegeram uma identidade ou expressão de género diferente da atribuída ao nascer, incluindo pessoas transexuais, transgéneros, travestis, *cross dressers*, não géneros, multigéneros, de género fluido, género *queer* e outras autodeterminações relacionadas”.

No mesmo sentido, HAMMARBERG, Thomas, *Direitos Humanos e Identidade de Género, Relatório Temático, Comissão de Direitos Humanos do Conselho da Europa, Série de Publicações do TvT, Volume 5, p. 6*. Disponível em <http://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg-port.pdf> Acesso em linha em 26/09/2017.

*(...) a comunidade trans é muito diversificada. Inclui as pessoas transexuais pré-operadas, mas também as pessoas que optam por não realizar; ou não têm acesso às operações. Pode ser que se identifique como pessoas trans mulher-a-homem (female-to-male/FtM) ou de homem-a-mulher (male-to-female/MtF), e pode ser que tenham ou não realizado intervenções cirúrgicas ou terapia hormonal. A comunidade inclui também *cross-dressers*, travestis e outras pessoas que não se enquadram nas reduzidas categorias de “homem” ou “mulher”(...).*

de género.

Em diversos estudos, organismos e jurisdições, são utilizadas nomenclaturas como *transsexual*, *transgénero* e *trans*, como sendo a mesma realidade, tentando abarcar todo o universo de pessoas que vive, ou deseja viver, o papel de um género que não é aquele que lhe foi atribuído aquando do seu nascimento²⁵.

Por outro lado, muitas vezes se ensaia alguma confusão entre os conceitos de *sexo* e *género*.

Todavia, ao longo de diversos processos de estudo e reflexão, e através de posições assumidas pelas mais variadas instâncias internacionais, seguindo a linha de pensamento da chamada *ideologia do género*²⁶, parece poder apontar-se para uma solução em que *sexo* representa o factor biológico que caracteriza homens e mulheres, sendo o *género* a construção social e cultural do que significa ser homem ou ser mulher, nas várias sociedades.

Este caminho parece assentar em dois vectores distintos – natureza e cultura, surgindo o *sexo* como representação da condição natural e biológica que diferencia fisicamente o homem e a mulher²⁷, assumindo-se o *género* como a concretização da construção histórico-cultural da identidade masculina e feminina²⁸.

Assim, *sexo* refere-se às diferenças biológicas entre homem e mulher as

25 Ver neste sentido o documento produzido pelo Grupo de Trabalho de Hong Kong, sobre o reconhecimento da identidade de género, referido na nota 2.

26 Em desenvolvimento desta matéria, ver GALEOTTI, Giulia, *Gender Genere, Chi vuole negar ela differenza mashio-femina? L'alleanza tra femminismo e Chiesa cattolica*, Edizioni Viverein, Roma, 2009.

Há quem também fale em *teoria do género*, exactamente para afastar a abordagem do ser humano na mera vertente da diferenciação sexual homem / mulher. Neste sentido BURGGRAF, Jutta, “Género (Género)” in *Léxico da Família, Termos ambíguos e controversos sobre Família, vida e aspectos éticos*, Conselho Pontifício para a Família, Princípa, Cascais, 2010, p. 541 e segs. Em contrário a esta ideia / filosofia, mostrando-se inclusivamente em manifesta oposição ao casamento de pessoas do mesmo sexo, PATTO, Pedro Vaz, in LOGOS, *A lei de Identidade de Género e os Limites da Omnipotência do Legislador*. Ver também PATTO, Pedro Vaz, e ALMADA, Gonçalo Portocarrero de, *Porque não – Casamento entre pessoas do mesmo sexo*, Bertrand, Lisboa, 2010.

27 Seguindo a linha de pensamento de Simone de Beauvoir, *uma mulher não nasce mulher, torna-se mulher*, uma mulher ou um homem não nascem mulher ou homem, tornam-se mulher ou homem, ou seja, nasce-se em termos de dimensão biológica, homem ou mulher, mas adquire-se a identidade masculina ou feminina no processo de crescimento, desenvolvimento e amadurecimento.

28 Neste sentido ELÓSEGUI ITXASO, Maria, *Diez Temas de Género, Hombre y Mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Ediciones Internacionales Universitarias, Novembro de 2002, quando afirma a p. 16 “género (...) equivale (...) a la función social que assumen cada uno dos sexos, tanto el femenino como el masculino (...)”.

quais são universais, sem contudo esquecer o seu carácter pluridimensional²⁹, ao passo que *género* refere-se às diferenças sociais entre homem e mulher que são adquiridas e alteráveis ao longo do tempo e têm diversos cambiantes dentro e entre culturas. *Género* é uma variável sócio-económica que parte de papéis, responsabilidades, constrangimentos, anseios, oportunidades e necessidades do homem e da mulher, em qualquer contexto³⁰.

A propósito desta temática, nos tempos mais recentes, têm-se apresentado variadas definições, mais ou menos detalhadas, sobre estes conceitos.

Sendo mais ou menos unânime a definição de *sexo*, quanto à de *género*, apresentam-se diferentes matizes:

Segundo a UNESCO, para se falar em *género* há que apelar também a padrões de comportamento³¹.

Para a UNFPA, a designação *género* apela a influências sociais, à construção de papéis decorrente de diversos factores³².

29 Neste sentido PERES, Ana Paula Ariston Barion, *Transsexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, onde a pp. 65-88 se desenvolvem os conceitos de *sexo genético* (constituição cromossomática do indivíduo), *sexo gonádico* (o que decorre de gónadas masculinas e femininas), *sexo somático* (o que resulta da formação das estruturas genitais internas e externas de caracteres secundários), *sexo legal* (o que consta do assento de nascimento, o qual pode vir a ser alterado), *sexo de criação* (o decorrente do meio familiar, social, cultural, onde a pessoa se desenvolve) e o *sexo psicossocial* (o que advém da interacção de diversos factores genéticos, fisiológicos, psicológicos e que nem sempre corresponde ao sexo biológico).

30 Entendimento perfilhado em 20 de Dezembro de 1996, no documento produzido pelas Nações Unidas, *Integrating the Human Rights of Women throughout the United Nations System: report of the Secretary-General*. Disponível em repositor.un.org/handle/11176/216278 – Acesso em linha a 06/07/2017.

31 “Gender refers to the role and responsibilities of men and women that are created in our families, our societies and our cultures. The concept of gender also includes the expectations held about the characteristics, aptitudes and likely behaviors of both women and men (femininity and masculinity). Gender roles and expectations are learned. They can change over time and they vary within and between cultures” - *Gender Mainstreaming Implementation Framework for 2002-2007*. Paris, The Section of Women and Gender Equality of the Bureau of Strategic Planning 2003. Disponível em unesdoc.unesco.org/images/0013/001318/131854e.pdf – Acesso em linha em 05/07/2017.

32 “Gender refers to the array of socially constructed roles and relationships, personality traits, attitudes, behaviors, values, relative power and influence that society ascribes to the two sexes on a differential basis. Whereas biological sex is determined by genetic and anatomical characteristics, gender is an acquired identity that is learned, that changes over time and that varies widely within and across cultures (...)” - *Gender at the Heart of ICPD: the UNFPA Strategic Framework on Gender Mainstreaming and Women’s Empowerment*. NY, UNFPA, 2011. Disponível em www.unfpa.org/publications/gender-heart-icpd - Acesso em linha em 05/07/2017.

Por sua vez, a OMS, resume, de forma que se entende muito hábil, estes conceitos, dizendo que homem e mulher são categorias do sexo, enquanto masculino e feminino são categorias do *género*³³, defendendo igualmente que é de suma importância reconhecer outras identidades que não se enquadram na noção binária de sexo, homem/mulher.

Para a UN Women, o conceito de *género* faz também apelo a factores sociais, adquiridos no processo de crescimento e socialização³⁴.

O CEDAW (Committee on the Elimination of Discrimination Against Women), afirma que o *sexo* respeita às diferenças biológicas entre homem e mulher, e *género* refere-se às identidades sociais construídas, atributos e papéis do homem e da mulher no tecido social e cultural³⁵.

A necessidade de clarificação destes conceitos conduziu à inclusão da definição do que se entende por género no “Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional”³⁶ e na chamada “Convenção de Istambul”, do Conselho da Europa³⁷.

No primeiro complexo, encontra-se uma definição de *género* no seu artigo

33 “Sex refers to the biological and physiological characteristics that define men and women. Gender refers to the socially constructed roles, behaviors, activities, and attributes that a given society considers appropriate for men and women (...) Male and female are sex categories, while masculine and feminine are gender categories” – Gender, Women and Health: what do we mean by “sex” and “gender”?, disponível em apps.who.int/gender/whatisgender/en e Gender, Equity and Human Rights. Disponível em www.who.int/gender-equity-rights/understanding/gender-definition - Acesso em 05/07/2017.

34 “Gender refers to the social attributes and opportunities associated with being male and female and the relationships between women and men and girls and boys, as well as the relations between women and those between men. These attributes, opportunities and relationships are socially constructed and are learned through socialization processes. They are context/time specific and changeable. Gender determines what is expected, allowed and valued in a woman or a man in a given context”- UN Women – Concepts and Definitions. Disponível em www.un.org/womenwatch/OSAGI/conceptanddefinitions - Acesso em linha em 05/07/2017.

35 “The term sex here refers to biological differences between men and women. The term gender refers to socially constructed identities, attributes and roles for women and men and society’s social and cultural meaning for these biological differences resulting in hierarchical relationships between women and men and in the distribution of power and rights favoring men and disadvantaging women. This social positioning of women and men is affected by political, economic, cultural, social, religious, ideological and environment factors and can be changed by culture, society and community”- *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres*.

36 Instrumento aberto à assinatura dos Estados em 17 de Julho de 1998.

37 Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adoptada em Istambul em 11 de Maio de 2011.

7º, nº 338, surgindo a definição desse mesmo conceito no artigo 3º, alínea c)³⁹ do segundo instrumento referido.

De todo este enunciado, ainda que sumariamente, parece poder afirmar-se que a construção social e cultural do que significa ser mulher ou ser homem, num determinado tempo, lugar e envolvência, não afasta, por si só, a possibilidade de existência de casos de indefinição no que respeita à identidade pessoal de sexo e género que, precisamente por assumirem esses contornos, além de causarem vivências de sofrimento, são as mais variadas vezes causas de exclusão, que importa minorar/combater.

Apresenta-se assim, neste quadro, o caminho que se vem seguindo de, sendo necessário concretizar a ideia de afastar qualquer tipo de discriminação contra pessoas ou grupos específicos, por questões relacionadas com orientação sexual e/ou de identidade de género, se implementarem soluções que efectivem o respeito pela diferença.

Esta nota de consagração de mecanismos facilitadores dessa ideia pode passar pelo respeito da identidade de género de cada pessoa. Diga-se que isto não significa assunção obrigatória de uma *diversidade de género*, mas sim que se aceita que uma pessoa mude de género, dentro da categorização biológica possível, ou seja, entre feminino e masculino⁴⁰.

Tem sido na perseguição de tais objectivos que, com o intuito de promover

38 Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade

1. (...), a) (...), b) (...), c) (...), d) (...), e) (...), f) (...), g) (...), h) (...), i) (...), j) (...), k) (...)

2. (...), a) (...), b) (...), c) (...), d) (...), e) (...), f) (...), g) (...), h) (...), i) (...)

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "género" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

39 Artigo 3º

Definições

Para efeitos da presente Convenção:

a) (...), (...), b) (...)

b) "Género", refere-se aos papéis, aos comportamentos, às actividades e aos atributos socialmente construídos que uma determinada sociedade considera serem adequados para mulheres e homens;

c) (...), (...), d) (...), e) (...)

40 Cite-se, a título de exemplo, uma referência do Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, Nils Muiznieks e constante do Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (91/CNEV/2017), a respeito de Projecto de Lei nº 242/XIII/1ª (BE) relativo ao reconhecimento do direito à autodeterminação de género, p. 8 – *os certificados de nascimento e outros documentos oficiais requerem quase sempre a identificação do sexo do indivíduo visado. Geralmente, é impossível diferenciar o reconhecimento oficial de uma pessoa da definição do sexo do indivíduo. Desta forma, uma pessoa sem uma identificação clara do sexo pode facilmente cair num limbo onde a sua condição pessoal não é reconhecida na documentação oficial.*

a dignidade da pessoa humana, tentando combater / atenuar a discriminação e os graves problemas que quotidianamente enfrentam as pessoas transexuais e intersexuais, diversas instituições internacionais vêm produzindo documentos, conferindo orientações aos diversos Estados, nomeadamente no sentido do reconhecimento positivado, da identidade de género.

3. Direito Comparado (algumas situações)

Importa fazer uma breve análise de alguns ordenamentos jurídicos, de famílias e edifícios jurídicos diversos, por forma a lograr uma maior visão e abrangência, nesta sensível matéria de reconhecimento legal da identidade de género.

Dos vários ordenamentos a visitar, parecem emergir três grandes modelos quando se atenta ao meio de apreciação a seguir e à fonte normativa que o sufraga – o modelo legislativo, o modelo administrativo e o modelo jurisdicional ou de *case law*.

A abordagem a levar a cabo, olhando a contextos geográficos, demonstra a existência dos aludidos modelos.

3.1. Ásia e Pacífico

Trata-se de um vasto âmbito de abrangência que, por essa mesma razão, determina um olhar, somente para algumas das realidades existentes, as quais por exibirem quadros diferentes e variados, poderão contribuir para a abordagem eventualmente a encetar na RAEM.

Neste contexto geográfico, e atentando apenas a alguns casos⁴¹, exultam palcos legais bastante distintos, sendo que há situações onde os respectivos ordenamentos jurídicos têm lei específica tratando a matéria do reconhecimento da identidade de género (Japão⁴², Austrália do Sul⁴³, Austrália Ocidental⁴⁴ e

41 Por razões que se prendem com a integração geopolítica da RAEM, ponderar-se-ão isolada e particularmente as situações vigentes nesta matéria na Região Administrativa Especial de Hong Kong e na China Continental.

42 Act on Special Cases in Handling Gender for People with Gender Identity Disorder (Japan) Law No. 111 of 2013 (Effective Jul. 16, 2004). Disponível em http://blog/hawaii.edu/aplpj/files/2013/02/APLPJ_14.2_Taniguchi.pdf - Acesso em linha em 11/07/2017.

43 Births, Death and Marriages (Gender Identity) Amendment Bill 2016, disponível em <http://www.legislation.sa.gov.au/.../BIRTHS%20DEATHS%20AND%20MARRIAGE%20%28GENDER%20IDENTITY%29AMENDMENT%20BIL> – Acesso em linha em 11/07/2017.

44 Gender Reassignment Act 2000. Disponível em http://austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/gra2000200.../wa/...act/gra2000200.rtf - Acesso em 11/07/2017.

Vietnam⁴⁵), outros há que têm apenas mecanismos legais que indirectamente o permitem (Sri Lanka⁴⁶, Singapura, Índia, China Continental⁴⁷, Nova Zelândia, Coreia do Sul, Taiwan, Austrália, Nova Escócia do Sul, Queenslândia, Tasmânia e Victoria⁴⁸).

Em termos de forma a observar, e em relação aos ordenamentos referidos, uns seguem a solução do processo judicial (Japão⁴⁹, Índia⁵⁰, Nova Zelândia⁵¹ e Coreia do Sul), sendo que os restantes dos referidos adoptam o mero procedimento administrativo.

No que respeita aos aspectos relativos à necessidade de prévia cirurgia

45 Por via da alteração do Código Civil, nomeadamente do seu artigo 36.

Article 36 Right to re-establish gender

An individual has the right to re-establish his or her gender.

The re-establishment of the gender of a person is implemented where the gender of a person is subject to a congenital defect or has not yet been accurately formed and requires medical intervention in order to identify clearly the gender.

The re-establishment of the gender of a person shall be implemented in accordance with law.

Disponível em <http://auschamvn.org/editor/assets/Civil%20Code%20332005QH11-ENG.pdf> – Acesso em 11/07/2017.

No entanto ainda está por concluir a lei específica a que alude este artigo do Código Civil do Vietnam, onde se irão estabelecer as regras e requisitos de todo o procedimento.

46 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *Trans Legal Mapping Report – Recognition before the law*, Novembro de 2016, p. 22. Disponível em http://ilga.org/downloads/TLMR_ENG.pdf – Acesso em linha em 12/07/2017.

47 Em termos mais detalhados, analisar-se-á a questão no ordenamento jurídico da China Continental em ponto específico.

48 Informação recolhida em *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, Inter-Departmental Working Group on Gender Recognition (Hong Kong), Junho 2017, p. 75.

49 *Article 3: Procedure to Change the Treatment of Gender*

1. *The family Courts are authorized to adjudicate a change in the handling of gender upon the application of a person with Gender Identify Disorder who fulfills the following requirements:*

i. *The person is 20 years older;*

ii. *The person is not presently married;*

iii. *The person does not presently have a minor child;*

iv. *The person does not have gonads or permanently lacks functioning gonads; and*

v. *The person's physical form is endowed with genitalia that closely resemble the physical form of an alternative gender.*

2. (...)

Referenciado em TANIGUCHI, Hiroyuki, *Japan's 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, and No Child Requirements as Perpetuations of Gender Norms in Japan*, in *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, vol. 14:2, p. 117.

50 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* p. 16.

51 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* p. 63.

de reatribuição de sexo ou de procedimentos cirúrgicos, ela opera em dez das jurisdições mencionadas (Japão⁵², Sri Lanka⁵³, China Continental, Nova Escócia do Sul, Queenslândia, Taiwan, Tasmânia, Victoria, Vietnam e Austrália do Norte⁵⁴). Contrariamente, a Austrália do Sul, Índia⁵⁵, Nova Zelândia⁵⁶ e a Coreia do Sul não fazem qualquer tipo de exigência a este nível. Em Singapura faz-se um claro apelo à prévia existência de *procedimento de reatribuição de sexo*, contudo, em nenhum complexo legal se indica o que tal significa e abrange.

São também variados os caminhos seguidos quanto a diagnósticos médicos, tratamentos hormonais, relatórios sobre vivência durante determinado tempo na condição do género pretendido.

Na Índia, reclama-se um diagnóstico médico decorrente de perícia psicológica realizada por uma equipa de peritos que conclui ou não, pela inclusão do indivíduo num *terceiro género*⁵⁷. No Sri Lanka exige-se um diagnóstico psiquiátrico atestando *transexualismo*, de acordo com a classificação internacional de doenças, prévio tratamento hormonal e cirúrgico⁵⁸. No Japão, há sempre que apresentar um diagnóstico de perturbação de identidade de género⁵⁹. Na China Continental, exige-se diagnóstico de perturbação de identidade de género e de acompanhamento psiquiátrico e psicológico durante pelo menos um ano, sendo que na Coreia do Sul é necessária a comprovação de prolongado tratamento

52 Ver o artigo 3º, 1. v., referido na nota 49.

53 Aqui faz-se expressa referência à necessidade de tratamento hormonal e procedimentos cirúrgicos. Cfr. CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* p. 22.

54 *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, *ibidem* p. 76.

55 Refira-se que a Índia permite a existência de um terceiro género, como se refere no Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *ibidem* p. 15.

O Supremo Tribunal de Justiça da União Indiana no conhecido caso NALSA v. União Indiana (15 de Abril de 2014) reconheceu o direito das pessoas transgénero, decidirem/optarem pelo género masculino, feminino ou um terceiro género, impondo ao Governo que respeite essa decisão.

The Court declared that the Centre and State governments must Grant legal recognition of gender identity as male, female or third gender. A full recognition is to be given even in the absence of any existing statutory regime (...). Disponível em <http://equalrightstrust.or/erkdocumentbank/NLSA%20%20Union%20of%20India.pdf> – Acesso em linha em 12/07/2017.

56 No sistema vigente apenas se exige um relatório médico reportando que a pessoa não se identifica com o género atribuído na altura do nascimento. Cfr. Births, Deaths, Marriages, and Relationships Registration Act 1995, alterado em último em 1 de Março de 2017, nomeadamente os artigos 21-A, 21-B e 28. Disponível em <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0016/latest/DLM364150.html> - Acesso em linha em 12/07/2017.

57 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* p. 16.

58 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* p. 22.

59 TANIGUCHI, Hiroyuki, *ibidem* p. 117.

psiquiátrico e em Taiwan um diagnóstico de disfunção de gênero⁶⁰.

Nos restantes palcos legais aqui analisados, nada se refere quanto a este segmento.

Relativamente ao estado civil da pessoa, e em relação aos ordenamentos jurídicos aqui em disputa, na maioria dos casos, é imposição não ser casado, não sendo claro, dada a menção *não ser casado*, se a situação de divorciado(a) e/ou viúvo(a) o permite.

Os casos da Nova Zelândia e da Austrália do Sul são claros quanto à não exigência de qualquer estado civil. Índia, Sri Lanka, Taiwan, Singapura e Vietnam, são omissos⁶¹.

Em termos de idade, emergem também diferentes tratamentos legais. Situações há em que os menores, através dos seus representantes legais, podem peticionar o reconhecimento da identidade de gênero – Índia⁶², Austrália (Capital e Norte), Nova Escócia do Sul, Nova Zelândia, Queenslândia, Singapura, Austrália do Sul, Victoria, Austrália Ocidental e na Província de Shanxi na China Continental⁶³. No Japão, é requisito legal a idade mínima de 20 anos⁶⁴. No Sri Lanka, fixa-se a idade mínima de 16 anos⁶⁵. Nos restantes não há normas específicas nesta matéria.

Finalmente e no que concerne à consideração e conseqüente aceitação do reconhecimento da identidade de gênero e/ou da cirurgia de reatribuição de gênero, decorrentes de outras jurisdições, em quase todos os retratos aqui ponderados, a legislação é omissa.

Apenas a Austrália Ocidental e a Província de Henan da China Continental têm previsões expressas neste domínio. No primeiro caso é reconhecido um certificado emitido por entidade competente contendo a menção quanto à identidade de gênero. Na segunda situação, há o reconhecimento, desde que a cirurgia de reatribuição realizada noutra Estado seja validamente reconhecida por

60 *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem p. 76.

61 *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem p. 77 e CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, ibidem p. 22.

62 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, ibidem p. 16.

Consta também de uma proposta de lei – The Transgender Persons (Protection Of Rights) Bill, 2016 -, onde no seu artigo 5º, se pode ler Provided that in the case of a minor child, such application shall be made by a parent or guardian of such child. Disponível em <http://www.prsindia.org/uploads/media/Transgender%20Persons%20Bill%202016.pdf>. – Acesso em linha em 12/07/2017.

63 Esta situação pode conflitar com a exigência legal existente na China Continental de que, apenas pessoas com mais de 21 anos podem ser sujeitas a cirurgia de reatribuição de sexo.

64 Cfr. nota 49....?

65 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, ibidem p. 22.

Departamento público para tal habilitado⁶⁶.

3.2. Europa

A Europa apresenta um traço em muito correspondente ao contraponto existente entre países que seguem a linha do sistema romano-germânico, e aqueles de orientação do sistema da *common law*.

Parece transparecer igualmente que, em matéria de reconhecimento da identidade de género, os notórios avanços começaram a sentir-se entre os anos de 2014 e 2016.

Todavia, elucidando a ainda pouca consolidação / tradição desta matéria no Continente Europeu, é possível verificar que, em termos de países que integram a União Europeia, há treze países que tratam a discriminação com base na identidade de género como uma forma de discriminação por sexo, existem dois que a consideram como discriminação a nível de orientação sexual e, os restantes não a entendem nem num, nem noutro patamar⁶⁷.

Consultando o documento TRANS RIGHTS EUROPE INDEX 2016⁶⁸ verifica-se, desde logo, que é possível a mudança do nome e do sexo em 41 Estados europeus (Alemanha, Arménia, Áustria, Azerbaijão, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Látvia, Lituânia, Luxemburgo, Macedónia, Malta, Moldávia, Montenegro, Noruega, Polónia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Roménia, Rússia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia), e conseqüentemente, desencadear tal mudança nos documentos oficiais, sendo assim sufragado o direito ao reconhecimento da identidade de género.

Na sua generalidade, em todos os Estados europeus o procedimento desenrola-se junto das autoridades administrativas, não se reclamando um

66 *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem p. 78.

67 Ver neste sentido, Agência Dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), *Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States, Part I – Legal Analysis*, p. 21.

(...) *thirteen EU Member States treat discrimination on grounds of transgenderism as a form of sex discrimination, although this is generally a matter of practice of the antidiscrimination bodies at the courts (...) other States, discrimination on grounds of transgenderism is treated neither as sex discrimination nor as sexual orientation discrimination, resulting not only in a situation of legal uncertainty (...) but also in a much lower level of protection of these persons (...).*

Disponível em fra.europa.eu/sites/default/files/fra.../192-FRA_hdgso_report_Part%201_en.pdf – Acesso em linha em 07/07/2017.

68 Documento Disponível em <http://tgeu.org/wp-content/uploads/2016/05/Trans-Rights-Europe-Index-2016-WEB.pdf> - Acesso em linha em 07/07/2017.

mecanismo judicial.

Em termos de exigências a observar no procedimento jurídico a tal destinado, são distintas as soluções encontradas.

Em 5 desses Estados, para efeitos legais no reconhecimento da identidade de género, não é exigível qualquer relatório de diagnóstico de perturbação mental (Dinamarca, Espanha, Irlanda, Malta, Noruega).

A eliminação desta exigência surge no alinhamento de recomendações de diversas organizações internacionais, onde se destaca a Agência para os Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁹.

Igualmente, em 18 Estados, não há obrigatoriedade de realização de cirurgia invasiva (Alemanha, Áustria, Bielorrússia, Dinamarca, Espanha, Estónia, Finlândia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Malta, Moldávia, Noruega, Portugal, Reino Unido e Suécia).

Esta opção, de não imposição de intervenção cirúrgica de reatribuição de sexo, tem sido também muito aclamada pelos defensores dos direitos humanos.

Ressalta ainda que, em relação a 11 Estados, a exigência da obrigatoriedade de intervenção médica nos procedimentos jurídicos de reconhecimento da identidade de género, não se verifica (Alemanha, Áustria, Bielorrússia, Dinamarca, Holanda, Irlanda, Malta, Moldova, Noruega, Portugal e Reino Unido).

Em 18 Estados, não se reclama a esterilização obrigatória (Alemanha, Áustria, Bielorrússia, Dinamarca, Espanha, Estónia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Malta, Moldávia, Noruega, Polónia, Portugal, Reino Unido e Suécia).

Apenas em 7 Estados não há qualquer restrição a nível de idade para o reconhecimento da identidade de género (Alemanha, Áustria, Croácia, Espanha, Malta, Moldávia e Suíça), permitindo-se assim aos menores o reconhecimento legal da identidade de género.

Encontram-se igualmente registos de ordenamentos em que há marcadores legais de género neutro (Malta) ou que o registo do sexo de um recém-nascido fique em branco, caso o sexo não seja imediatamente determinável como sendo feminino ou masculino (Alemanha)⁷⁰.

Somente em 19 Estados, o reconhecimento da identidade de género não reclama que, pessoas casadas se divorciem (Alemanha, Áustria, Bélgica, Croácia,

69 De acordo com esta entidade, deve entender-se a *identidade de género como um elemento da vida privada e da autodeterminação, e não como uma perturbação psiquiátrica, principalmente no que se refere à rectificação do sexo registado ou à alteração do nome em documentos oficiais*. Disponível em http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1757-FRA-Facsheet-Homophobia-Study-2010-FS1_PT.pdf – Acesso em linha em 07/07/2017.

70 Estas opções legislativas visam essencialmente conferir protecção jurídica às pessoas intersexo, por forma a neutralizar acções de sujeição de crianças a tratamentos médicos de normalização, em acto imediato ao seu nascimento, logo, sem o seu consentimento.

Dinamarca, Espanha, Estónia, França, Geórgia, Holanda, Islândia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça).

Em 41 Estados é legalmente permitido o casamento de pessoas *trans* com pessoas de outro género (Alemanha, Arménia, Áustria, Azerbaijão, Bielorrússia, Bélgica, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Holanda, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Látvia, Lituânia, Luxemburgo, Macedónia, Malta, Moldávia, Montenegro, Noruega, Polónia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Roménia, Rússia, Sérvia, Suécia, Suíça, Turquia e Ucrânia).

Apesar deste quadro resumidamente enunciando o panorama do continente europeu, a verdade é que a concepção de procedimentos legais para o reconhecimento da identidade de género, neste lastro geográfico, surge apenas nos finais do século XX, afirmando-se, com maior evidência, no início deste século, sendo assim claro que se trata de um processo ainda muito recente.

A Alemanha surge como um dos primeiros países europeus a produzir legislação tratando a matéria relativa a transexuais. Com efeito, em 1980 a então RFA elaborou um diploma legal (lei sobre a mudança de nome e a determinação do sexo em casos particulares) o qual veio a entrar em vigor no ano de 1981, e que conduziu à comumente lei designada por *Transsexuellengesetz, TSG*, a qual se manteve em vigor após a reunificação⁷¹.

Esta lei exhibe algumas particularidades que importa salientar e decorrentes da consagração de uma solução simples / pequena solução (*kleine Losung*) e de uma solução abrangente / grande solução (*grosse Losung*).

No primeiro caso, todo aquele que vive há mais de três anos na condição do sexo que pretende ver reconhecido e que tal possa ser comprovado, pode pedir e obter a mudança de nome. Na segunda situação, e no seguimento do percurso de mudança, o interessado pode pedir a mudança de sexo, para o que se exige que demonstre não ser casado, ter um sentimento profundo de pertença ao outro sexo e a existência de intervenção cirúrgica prévia conformadora dos órgãos genitais externos correspondentes.

Contudo, por decisão de 2008, o Tribunal Constitucional Alemão veio entender como inconstitucional a necessidade de verificação do requisito negativo *não ser casado*, tendo, mais tarde e por decisão de 11 de Janeiro de 2011, decidido pela inconstitucionalidade da obrigação de submissão a intervenção cirúrgica de

71 *Gesetz über die Anderrung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen.*

Nos termos desta lei, é necessário que a pessoa em causa seja não fértil e sujeita a processo cirúrgico que a aproxime significativamente à aparência da sua preferência biológica em termos de sexo. Ainda se exige que seja de nacionalidade alemã, sem nacionalidade, estrangeiro apátrida ou refugiado e tenha 25 anos de idade.

ablação dos caracteres sexuais externo-genitais⁷².

Ainda no fim do século XX, a Itália, por via de expediente legal integrador da *Ley 164* de 14 de Abril de 1982, vem considerar a possibilidade de serem reconhecidas situações de facto relativas a mudança de sexo⁷³.

Já no corrente século, o Reino Unido perfilou-se como um dos pioneiros a evidenciar o acolhimento de um entendimento mais próximo com as ideologias do género, apelando ao conceito de identidade de género, ao criar um procedimento de reconhecimento de género que prescinde de esterilização forçada⁷⁴.

Este tem sido considerado como um exemplo de boas práticas e modelo a seguir.

O regime implementado decorre de instrumento legislativo bastante detalhado, sendo que o pedido é dirigido, apreciado e decidido por uma comissão de peritos (*Gender Recognition Panel*⁷⁵), à qual podem apelar maiores de 18 anos⁷⁶, sem qualquer exigência quanto ao estado civil dos mesmos, sendo admissível o recurso⁷⁷ de decisões proferidas por esta entidade.

72 Processo 1 BvR 3295-07.

73 *Ley 164 de 14 de Abril de 1982 – art. 1: La rectificación a que se refiere el art. 454 cc. Se hace tambien por virtud de sentencia en firme del tribunal que atribuya a una persona sexo diverso de aquel enunciado en el registro civil de nacimiento, como consecuencia de la modificación de sus caracteres sexuales*, in RUEDA, Natalia, *Corrección del registro civil por cambio de sexo. A propósito de una sentencia italiana: ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?*, Revista de Derecho Privado, 28, Universidad Externado de Colombia, pg. 4. Disponível em <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4559/5337> - Acesso em linha em 14 de Novembro de 2017.

74 *Gender Recognition Act 2004, 1st July 2004 – An Act to make provision for and in connection with change of gender*. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>. - Acesso em linha em 6 de junho de 2017.

75 *Section 1 Applications*

(1) *A person of either gender who is aged at least 18 may make an application for a gender recognition certificate on the basis of:*

(a) *living in the other gender, or*

(b) *having changed gender under the law of a country or territory outside the United Kingdom.*

(2) (...), a (...), b (...)

(3) *An application under subsection (1) is to be determined by a Gender Recognition Panel.*

(4) (...)

76 Cfr. *Section 1(1)* – Nota anterior.

77 *Section 8 Appeals acts.*

(1) *An applicant to a Gender Recognition Panel under section 1(1), 5(2) or 6 (1) may appeal to the High Court or Court of Session on a point of law against a decision by the Panel to reject the application.*

(2) (...)

Neste complexo legal, abordam-se minuciosamente vários aspectos que, por alguma forma, possam estar ligados e/ou ser desencadeados com o reconhecimento da identidade de género – segurança social, discriminação, sucessão, títulos honoríficos / nobiliárquicos, participação em eventos desportivos. Trata-se na verdade de acervo que dimana uma evidente preocupação em cobrir, de modo muito abrangente, todos os vectores da vida.

Mais tarde, em 2007, a Espanha surgiu com uma lei de identidade de género que, além de dispensar a esterilização forçada, construiu um procedimento bastante simplificado⁷⁸, o qual prossegue no Registo Civil⁷⁹, ao mesmo podendo aceder apenas maiores de idade⁸⁰, não havendo qualquer limitação em função do estado civil.

Factor interessante desponta deste edifício legal que, na sua exposição de

(3) (...), a (...), b (...), c (...)

(4) (...)

(5) (...)

(6) (...), a (...), b (...)

78 LEY 3/2007, de 15 de Março, publicada no Boletim Oficial de Espanha, nº 65, de 16 de Março de 2007. *Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.*

Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación.

1. *La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite:*

a) *Que le há sido diagnosticada disforia de género.*

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

- (...)

- (...)

b) *Que há sido tratada medicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.*

2. *No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurran razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.*

79 *Artículo 3. Autoridad competente.*

La competencia para conocer de las solicitudes de rectificación registral de la mención del sexo corresponderá al Encargado del Registro Civil del domicilio del solicitante.

80 *Artículo 1. Legitimación*

1. *Toda persona de nacionalidade española, mayor de edad y com capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.*

(...)

2. (...).

motivos, fazendo apelo à necessidade de permitir a alteração do registo de uma pessoa, cuja inscrição não corresponde à sua verdadeira identidade de género, acaba por integrar todas as realidades *trans* na referência *transsexualidade*⁸¹.

Em Portugal, através da Lei nº 7/2011, de 15 de Março, consagrou-se um regime, nesta matéria⁸², dispensando a esterilização forçada ou qualquer tratamento médico, sendo que, para ver a identidade de género reconhecida, a pessoa, maior de idade⁸³, independentemente do seu estado civil, apenas precisa de apresentar um requerimento próprio, junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, acompanhado de um relatório médico assinado por dois profissionais de saúde⁸⁴.

Olhando ao caminho consagrado no sistema português, verifica-se que seguiu, em certa medida, a solução do direito espanhol.

81 *La presente Ley tiene por objecto regular los requisitos necesarios para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo de una persona en el Registro Civil, cuando dicha inscripción no se corresponde con su verdadera identidad de género (...)*

La transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, há sido ampliamente estudiada ya por la medicina y por la psicología (...).

82 Até então, todas as situações surgidas eram tratadas por via judicial, mediante a propositura de acções declarativas que, nem sempre conduziam ao reconhecimento da identidade de género. A título de exemplo refira-se o Acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa, de 22 de Junho de 2004, proferido no processo 2518/2004-1, onde apenas por maioria, foi declarado que o *autor (a) pertence ao sexo feminino, e ordena que se altere por averbamento as referências constantes do seu assento de nascimento quanto ao sexo, de modo a passar a constar sexo feminino, bem como em relação ao nome, de modo a passar a constar (...)*.

Neste caso, tratava-se de pessoa que deixou de possuir todos os caracteres morfológicos do seu sexo de origem e, por isso, entendeu o tribunal que sendo o registo civil uma forma de tornar público factos que correspondam à realidade, tendo-se esta alterado, há que fazer corresponder o registo a essa nova realidade.

Disponível em dgsi.pt. Consulta em linha em 31 de Agosto de 2017.

83 Cfr. artigo 2º da Lei nº 7/2011, de 15 de Março. Há relativamente pouco tempo, estando ainda em discussão, foi apresentada uma proposta de Lei na Assembleia da República, no sentido de se permitir que menores de 16 anos, através dos seus representantes legais, procedessem ao pedido de reconhecimento da identidade de género – Proposta de Lei nº 242/XIII/1ª (BE).

84 Artigo 3º Pedido e instrução

1 – O pedido pode ser apresentado em qualquer conservatória do registo civil e deve ser instruído com os seguintes documentos:

- a) Requerimento de alteração de sexo com indicação do número de identificação civil e do nome próprio pelo qual o requerente pretende vir a ser identificado, podendo, desde logo, ser solicitada a realização de novo assento de nascimento;
- b) Relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade, elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro.

2 – O relatório referido na alínea b) do número anterior deve ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo.

Ainda no Continente Europeu, uma nota referencial ao ordenamento jurídico de Malta que, em Abril de 2015 fez aprovar um diploma legal, contendo particularidades interessantes⁸⁵, assumindo-se, porventura, como uma das mais liberais nesta matéria.

Exibindo definições como “expressão de género” e “identidade de género”⁸⁶, consagra claramente o direito ao reconhecimento da identidade de género⁸⁷, atribuindo-lhe uma dimensão de direito fundamental e, de modo expresse, afasta a necessidade de qualquer elemento probatório de cariz médico⁸⁸, seguindo a linha da aceitação da autodeterminação de cada indivíduo, nesta matéria. Admite-se que menores, representados por quem exerça o poder parental, possam ver reconhecido o novo género⁸⁹, existindo a possibilidade de um género neutro⁹⁰.

85 Act. No. XI of 2015, de 14 de Abril de 2015 – *AN ACT for the recognition and resgistration of the gender of a person and to regulate the effects so such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person*, Disponível em https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf. – Acesso em linha em 15 de Novembro de 2017.

86 Nesta lei pode ler-se:

2 – *In this Act, unless the context otherwise requires:*

(...)

“gender expression” refers to each person’s manifestation of their gender identity, and/or the one that is perceived by others;

“gender identity” refers to each person’s internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance and/or functions by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including name, dress, speech and mannerisms;

(...).

87 3. (1) *All persons being citizens of Malta have the right to -*

(a) *the recognition of their gender identity:*

(...)

(2) (...)

(3) *The gender identity of the individual shall be respected at all times.*

(...).

88 Consagra-se expressamente na alínea (4) do artigo 3º *The person shall not be required to provide proof of a surgical procedure for total or partial genital reassignment, hormonal therapies or any other psychiatric, psychological or medical treatment to make use of the right to gender identity.*

89 7. (1) *The persons exercising parental authority over the minor or the tutor of the minor may file an application in the registry of the Civil Court (Voluntary Jurisdiction Section) requesting the Court to change the recorded gender and first name of the minor in order to reflect the minor’s gender identity.*

(...).

90 7. (4) *The persons exercising parental authority over the minor or the tutor of the minor whose*

Muito recentemente adoptou a França um constructo legal bastante semelhante ao espanhol e ao português, através de Lei aprovada pela Assembleia Nacional em finais de 2016, onde claramente se consagra que a circunstância de o indivíduo não se ter submetido a tratamentos médicos, a cirurgia ou a esterilização, não é determinante da recusa do reconhecimento da identidade de género⁹¹.

O pedido é apresentado junto do Tribunal de Grande Instância, por maior de idade ou emancipado⁹², sem qualquer condicionante em relação ao estado civil.

3.3. América Latina

Neste lastro geográfico exorbita um panorama bastante díspar entre os diversos países a ele pertencentes.

Com efeito, existindo ordenamentos em que o reconhecimento da identidade de género é uma realidade, apresentando-se alguns sistemas como exemplos a seguir, outras situações há em que esta matéria não se mostra tratada, ainda que indirectamente.

O Uruguai terá sido o pioneiro a legislar nesta matéria, vindo a reconhecer em lei (*Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios*) que toda a pessoa tem o direito de livremente desenvolver a sua personalidade, de acordo com a sua identidade de género, independentemente do seu sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de registo de atribuição ou outro⁹³.

Aqui, consagrando-se expressamente o direito à identidade de género⁹⁴,

gender has not been declared at birth, shall before the minor attains the age of eighteen, file an application in the registry of the Civil Court (voluntary Jurisdiction Section) in order to declare of gender and the first name of the minor, if the minor wants to change the first name (...).

91 *Loi* n° 2016-1547, de 18 de Novembro de 2016.

Art. 61-6. – La demande est présentée devant le tribunal de grande instance.

(...)

Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande.

92 Cfr. artigo 61-5 do supra referido diploma legal.

93 *Ley* n° 18.620, de 25 de Outubro de 2009.

Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/treaties/CCPR/Shared%20Documents/URY/INT_CCPR_ADR_URY_15485_S.pdf - Acesso em 10/07/2017

94 *Artículo 1º (Derecho a la identidad de género) – Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cual sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u outro.*

Este derecho incluye el de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona, sean las actas del Registro de estado Civil, los documentos de identidad, electorales, de viaje u otros.

estabelece-se um regime algo simplificado, permitindo-se a adequação registral a todos os que o nome, o sexo, ou ambos, sejam discordantes com a própria identidade de género e sempre que esta discrepância se verifique em termos de estabilidade e persistência, durante pelo menos dois anos. Não se exige a realização de cirurgia de reatribuição de sexo⁹⁵.

O pedido é tramitado ante juízos de família⁹⁶, sendo que não decorre da lei qualquer exigência quanto ao estado civil do peticionante.

Como modelo de caminho mais consensual a perfilhar, tem sido apontada a lei argentina⁹⁷ - *Ley de Identidad de Género*.

Neste complexo legal, o reconhecimento da identidade de género, sendo tido como um efectivo direito⁹⁸, funda-se exclusivamente na autodeterminação do indivíduo, ou seja, basta apenas e só o pedido do próprio – de idade mínima de 18 anos, em princípio - para que se reconheça o género pretendido⁹⁹.

95 *Artículo 3º (Requisitos) – Se hará lugar a la adecuación registral de la mención del nombre y en su caso del sexo toda vez que la persona solicitante acredite:*

1) *Que el nombre, el sexo – o ambos – consignados en la acta de nacimiento del Registro de Estado Civil sin discordantes con su propia identidad de género.*

2) *La estabilidad y persistencia de esta disonancia durante al menos dos años, de acuerdo con los procedimientos establecidos en la presente ley.*

En ningún caso se exigirá cirugía de reasignación sexual para la concesión de la adecuación registral (...).

Cuando la persona haya procedido a la cirugía de reasignación sexual, no le será necesario acreditar el extremo previsto en el numeral 2) del presente artículo.

96 *Artículo 4º (Procedimiento y competencia) – La adecuación de la mención registral del nombre y del sexo será de iniciativa personal del titular de los mismos.*

(...)

Se tramitará ante los Juzgados Letrados de Familia, mediante el proceso voluntario previsto por el artículo 406.2 del Código General del Proceso (...).

97 Ley 26.743, promulgada em 23 de Maio de 2012. Disponível em <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm> - Acesso em 10/07/2017

98 *Artículo 1º - Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:*

a) *Al reconocimiento de su identidad de género;*

b) *Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;*

c) *A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de esse modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo com los que allí es registrada.*

99 *Artículo 4º - Requisitos. Toda persona que solicite la rectificación registral del sexo, el cambio de nombre de pila e imagen, en virtud de la presente ley, deberá observar los siguientes requisitos:*

1. *Acreditar la edad mínima de dieciocho (18) años de edad, com excepción de lo establecido en el artículo 5º de la presente ley.*

2. *Presentar ante el Registro Nacional de las Personas o sus oficinas seccionales correspondientes, una solicitud manifestando encontrarse amparada por la presente ley (...).*

3. *Expresar el nuevo nombre de pila elegido com el que solicita inscribirse.*

Segundo esta lei, identidade de género é uma experiência interior e individual tal como cada pessoa a percebe, que pode obedecer ou não ao sexo verificado e atribuído na altura do nascimento, abarcando a vivência pessoal do corpo¹⁰⁰. Nesta linha, qualquer pessoa pode requerer a alteração no registo civil, do seu sexo, nome e foto de identificação, não sendo necessário o recurso aos tribunais para o reconhecimento da identidade de género, devendo ainda o sistema de saúde providenciar pelas cirurgias e / ou pelos tratamentos necessários ao ajustamento ao género escolhido¹⁰¹.

O pedido é feito junto do Registo Civil¹⁰², não se consagrando qualquer limitação relativamente ao estado civil do indivíduo ou a aspectos de parentalidade.

Colhe notar que se encontra previsto que a rectificação do registo não altera a titularidade dos direitos e obrigações anteriormente existentes, consagrando-se de forma expressa que as relações próprias de direito de família se mantêm inalteradas, incluindo situações de adoção¹⁰³.

O Estado da Colômbia exhibe, de forma análoga, uma lei específica regulando esta matéria (Decreto 1227, de 4 de Junho de 2015) surgido na sequência de decisão do Tribunal Constitucional (sentença T-063 de 2015)¹⁰⁴.

En ningún caso será requisito acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, ni acreditar terapias hormonales u outro tratamiento psicológico o médico.

100 *Artículo 2° - Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.*

101 Cfr. artigo 11º da Ley 26.743.

102 Cfr. artigo 6º da Ley 26.743.

103 *Artículo 7° - Efectos. Los efectos de la rectificación del sexo e el/los nombre/s de pila, realizados en virtud de la presente ley serán oponibles a terceros desde el momento de su inscripción en el/los registro/s.*

La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, nil as provenientes de las relaciones propias de derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción.

(...).

104 O Tribunal Constitucional da Colômbia assumindo que o recurso à via judicial por parte das pessoas transgénero, para verem reconhecido o seu direito de correcção da referência ao género no seu registo civil, pressupõe a afectação de múltiplos direitos fundamentais daquelas, determinou que fosse encontrado outro meio legal alternativo, menos lesivo dos aludidos direitos. É o que decorre dos considerandos do diploma em causa.

Disponível em <http://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%23%20>

O caminho aqui a seguir, de grande simplicidade, suporta-se em pedido a realizar junto do Registo Civil (*Registraduria Nacional del Estado Civil*), omitindo-se qualquer menção expressa à idade mínima exigível e quanto ao estado civil, exigindo-se apenas uma declaração sob compromisso de honra, por parte do interessado, quanto à sua efectiva equivalência à identidade sexual que pretende ver reconhecida¹⁰⁵.

Na Bolívia, foi aprovada uma lei no ano de 2016 (*Ley de Identidad de Género*), consagrando o procedimento a seguir para mudança de nome próprio, sexo e imagem, relativamente a pessoas transexuais e transgénero¹⁰⁶.

Esta lei apresenta um detalhe interessante pois define género¹⁰⁷ e identidade de género¹⁰⁸ e, bem assim, sexo¹⁰⁹, transexual¹¹⁰ e transgénico¹¹¹. O procedimento, igualmente simples e de cariz administrativo, baseia-se em pedido formulado pelo interessado junto dos serviços do Registo Civil (SERECI), o qual terá que ser maior de idade, juntando entre outros documentos de índole administrativa, um relatório técnico psicológico que certifique / ateste que a pessoa conhece e assume voluntariamente as consequências da sua decisão¹¹². São elegíveis pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas¹¹³.

decretos/1.%20 DECRETO%202015-1227%20sexo%20c%C3%A9.pdf – Acesso em linha em 13/07/2017.

105 Cfr. Artículo 2.2.6.12.4.5 do Decreto 1227.

106 Ley n° 807, de 21 de Maio de 2016, disponível <http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/SantaCruz/pt.br/file/bolivia%20-20ley%20807%20-%20ley%20de%20identidad%de%20.pdf> – Acesso em linha em 10/07/2017.

107 Género é a construção social de papéis, comportamentos, usos, ideias, forma de vestir, práticas ou características culturais e outras para o homem e para a mulher – artigo 3°.

108 Identidade de género é a vivência individual de género tal com cada um o sente, o vive e o exerce na sociedade, a qual pode ou não corresponder ao sexo atribuído no momento do nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo que pode implicar a modificação da aparência corporal livremente escolhida, por meios médicos, cirúrgicos ou outros – artigo 3°.

109 Sexo é a condição biológica, orgânica e genética que distingue as mulheres dos homens – artigo 3°.

110 Transexual é a pessoa que se sente como pertencendo ao género oposto àquele que foi atribuído à nascença e que opta pela via da intervenção médica para adequar a sua aparência física ou biológica à sua realidade psíquica e social – artigo 3°.

111 Transgénero é o homem ou mulher cuja identidade de género não corresponde ao sexo que lhe foi atribuído no momento do nascimento, sem que isso implique intervenção médica de modificação corporal – artigo 3°.

112 Cfr. artigo 8°.

113 *Artículo 4. (Ámbito de aplicación y alcance)*

1. *El alcance de la presente Ley es aplicable en todo el territorio nacional a personas bolivianas transexuales y transgénero, solteras, divorciadas o viudas, mayores de dieciocho (18) años de edad.*

No Equador, por via da *Lei Orgánica de Gesto de lá Identidade y Dato Civil*, aprovada em 4 de Fevereiro de 2016¹¹⁴, é reconhecida a identidade de género.

Toda a pessoa maior de 18 anos, sem necessidade de qualquer cirurgia de reatribuição de género, de esterilização ou outros procedimentos, pode peticionar junto da Direcção Geral do Registo Civil, e após obtenção de prévia decisão judicial, a alteração da menção existente quanto ao seu género, para o que pretende¹¹⁵.

No Brasil, ainda se discute o apelidado *Projecto de Lei João W. Néri*¹¹⁶, o qual data de 2013. Neste, mostra-se necessário que o peticionante seja maior de idade, não sendo exigidos intervenção cirúrgica, terapias hormonais, qualquer tipo de tratamento ou diagnóstico psicológico ou médico ou autorização judicial.

Todavia, um Decreto Presidencial de 2016¹¹⁷, não tratando directamente e de forma abrangente o reconhecimento da identidade de género, veio disciplinar o uso do nome social¹¹⁸ de pessoas travestis e transexuais, no âmbito da administração pública federal directa, autárquica e fundacional.

-
- ii. *El cambio de nombre próprio, dato de sexo e imagen será reversible por una sola vez, luego de lo cual no podrán modificarse nuevamente estos datos. En caso de reversión se vuelve al nombre, dato de sexo e imagen iniciales.*

114 Documento disponível em http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/2016/03/LEY_ORGANICA_RC_2016.pdf – Acesso em linha em 13/07/2017.

115 Cfr. artigos 76º, 78º e 94º.

Art. 76 – (...)

La rectificación judicial se impulsa ácuando no exista la prueba necesaria para resolver en la via administrativa o cuando se refiera a cambios esenciales en el sexo y filiación de las personas. En los casos referidos se habilitará el cambio en el registro personal único.

116 Projecto de Lei nº 5.002/2013. O nome atribuído a este projecto de lei destina-se a homenagear o primeiro homem transexual brasileiro a ter realizado cirurgias de adequação de género, sendo uma referência na defesa dos direitos das pessoas *trans*. Ver LIMA e SILVA, Bruna Camilo de Souza, e OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante, *ibidem*, p. 234.

117 Decreto nº 8.727, de 28 de Abril de 2016.

118 Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de género de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para fins deste Decreto, considera-se:

I – nome social – designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e

II – identidade de género – dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento.

Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil-03/-ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em linha em 13 de Dezembro de 2017.

Este complexo legal, cujos efeitos se revelam em maior predominância em matéria administrativa¹¹⁹, vem permitir que as pessoas a que o mesmo se destina não só possam usar o nome correspondente ao género assumido¹²⁰, como tal se possa certificar nos documentos oficiais¹²¹.

Igualmente no Chile também está em discussão, desde 2016, um projecto de lei, para reconhecimento da identidade de género¹²².

3.4. África

Não obstante ser um extenso Continente composto por 54 nações, no que concerne ao reconhecimento da identidade de género, parece emergir uma realidade em que esta matéria se mostra pouco tratada e discutida.

A África do Sul possui legislação própria, a qual não se mostra muito clara em termos de requisitos exigíveis – *Alteration of Sex Status and Sex. Descriptor Act. No 49 o 2003*, diploma que veio alterar o *Births and Deaths Registration Act, 1992*¹²³.

A literalidade do preceito que constitui o seu artigo 2º, o qual pretende elencar os requisitos necessários ao reconhecimento da identidade de género, suscita algumas dúvidas de leitura.

Com efeito, para além de nada se referir quanto à idade e ao estado civil, fica por saber se é efectivamente condição o prévio procedimento cirúrgico ou tratamento conducente à reatribuição de género. Ao apelar-se à necessidade de relatório médico para ambas as situações, parece que o legislador pretende que tal constitua exigência a observar¹²⁴.

119 Art. 2º Os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, sem seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com o seu requerimento e com o disposto neste Decreto.
(...)

120 Art. 3º Os registros dos sistemas de informação, de cadastros, de programas, de serviços, de fichas, de formulários, de prontuários e congêneres dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter o campo nome social em destaque, acompanhado do nome civil, que será utilizado apenas para fins administrativos internos.

121 Art. 4º Constará nos documentos oficiais o nome social da pessoa travesti ou transexual, se requerido expressamente pelo interessado, acompanhado do nome civil.

122 Projecto de Lei de 17 de Agosto de 2016.

123 Este complexo legal, como o próprio preâmbulo indica, vem permitir a alteração da referência quanto ao sexo, relativamente a certos indivíduos em certas circunstâncias.
Disponível em <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a49-03.pdf> - Acesso em linha em 13/07/2017.

124 *Application for alteration of sex description*

2 (1) *Any person whose sexual characteristics have been altered by surgical or medical treatment or by evolvment trough natural development resulting in gender reassignment, or any person*

Aspecto interessante é o facto de se consagrar uma estatuição específica para as pessoas intersexuais – alínea (d) do nº 2 do supra-referido dispositivo legal¹²⁵.

O pedido é dirigido e apreciado pelo Director-Geral do Departamento Geral da Administração Interna, sendo a decisão de recusa passível de recurso para o Ministro da Administração Interna, a qual, por sua vez, também admite recurso para os tribunais¹²⁶- cf. nºs (3) a (10) do artigo 2º.

Outro país a permitir o reconhecimento da identidade de género, por via de preceitos contidos em lei geral, é a Suazilândia – *Birhts, Marrriages and Death Registration Act 5 of 1983*¹²⁷.

Por força do que estatui o artigo 8º (3), qualquer pessoa com pelo menos 21 anos de idade ou inferior, se por via de representante legal (pais ou quem tenha a sua guarda), pode requerer no Registo Civil que seja averbada qualquer alteração às menções constantes do seu registo de nascimento.

Tem sido neste amplo campo positivado que têm sido reconhecidas situações de identidade de género.

Todavia, não existindo qualquer tratamento específico da matéria, também têm ocorrido soluções as mais díspares, não só em termos de exigências a observar em cada caso concreto, como, perante a verificação de semelhantes condições factuais, serem proferidas decisões distintas¹²⁸.

Decorre da análise do diploma legal em causa, não se fixarem claras condições, como necessárias a preencher, para obtenção do reconhecimento da identidade de género.

A Namíbia surge igualmente como país que, não assumindo lei própria

who is intersexed may apply to the Director-General of the National Department of Home Affairs for the alteration of the sex description on his or her birth register.

(2) An application contemplated in subsection (1) must –

(a) (...)

(b) in the case of a person whose sexual characteristics have been altered by surgical or medical treatment resulting in a gender reassignment, be accompanied by reports stating the nature and results of any procedures carried out and any treatment applied by the medical practitioners (...);

(c) in every case in which sexual characteristics have been altered resulting in gender reassignment, be accompanied by a report, prepared by a medical practitioner (...).

¹²⁵ *(d) in the case of a person who is intersexed, be accompanied by (...).*

¹²⁶ De todos os sistemas analisados, este foi o que se encontrou onde a específica lei, consagra um regime próprio de recurso da decisão de recusa do reconhecimento da identidade de género.

¹²⁷ Legislação relativa ao registo civil em geral. Disponível em http://www.africanchildinfo.net/clr/Legislation%20Per%20Country/swaziland/swaziland_birthreg_1983_en.pdf - Acesso em linha em 13/07/2017.

¹²⁸ Ver neste sentido CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* p. 10.

na matéria, a acaba por salvaguardar por via de lei geral - *Births, Marriages and Deaths Registration Act 81 of 1963* – onde se permite a alteração da menção sobre o sexo, no registo de nascimento¹²⁹.

Também aqui não se fixam precisas regras, desde logo, sobre o que se entende por *mudança de sexo*, sendo que as decisões são sempre tomadas num quadro de caso a caso e com alguma dose de arbitrariedade, emergindo por vezes até decisões contraditórias¹³⁰.

Retratos há neste continente em que é manifestamente impossível qualquer alteração de género, em termos de reconhecimento da identidade de género (Lesoto e Zimbabué)¹³¹.

3.5. Estados Unidos da América

Neste contexto geográfico, a matéria relativa ao reconhecimento da identidade de género varia, consideravelmente, de Estado para Estado, sendo no entanto uma realidade na maioria dos mesmos.

O governo federal não tem quaisquer leis específicas reguladoras da matéria em todo o território, alterando de Estado para Estado a existência, grau e dimensão do reconhecimento da identidade de género e, bem assim, quais os requisitos a observar nesse sentido (decisão judicial ou administrativa, idade mínima, terapias hormonais e/ou psicológicas prévias, cirurgia de reatribuição)¹³².

Quanto à autoridade competente para confirmar a identidade de género,

129 Cfr. artigo 7º-B da referida lei, onde claramente se estipula a possibilidade de, por força de recomendação do Secretário da saúde se proceder à alteração do registo de nascimento de pessoa que mudou de sexo, podendo para tanto serem exigidos relatórios médicos ou realizadas diligências necessárias.

Sec. /B Alteration of sex description of person in his birth registrar.

Disponível em http://www.africanchildforum.org/ctr/Legislation%20Per%20Country/Namibia/namibia_birthreg_1963_en.pdf – Acesso em linha em 13/07/2017.

130 Há referências que apontam que apesar do instrumento legal referido, o Ministério da Administração Interna (*Ministry of Home Affairs*) defende que a mudança legal não pode verificar-se, ainda que haja um certificado médico a comprovar a realização de intervenções de reatribuição de género.

GAOES, I., Sex Change “legal” in Namibia, in: Windhoek Observer, de 6/6/2013. Disponível em <http://observer24.com.na/national/1602-sex-change-legal-in-namibia>. Acesso em linha em 14/07/2017.

131 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* pp. 8 a 11.

132 CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, *ibidem* pp. 58 a 60.

existem soluções que vão desde a judicial¹³³, a administrativa¹³⁴, ou ambas¹³⁵.

Por seu turno, em termos de requisitos exigíveis, despontam as mais diversas opções.

Para alguns Estados, é mandatório que haja esterilização irreversível¹³⁶, noutros apenas se apela à existência de um procedimento cirúrgico sem qualquer especificação¹³⁷, outros há em que inexistente qualquer exigência neste domínio¹³⁸, havendo outros em que claramente se afasta a necessidade de prévios procedimentos cirúrgicos (sejam eles quais forem¹³⁹) e / ou hormonais¹⁴⁰, sendo que ainda despontam situações em que cabe ao juiz determinar quais os parâmetros a exigir, face à vaga literalidade usada nos textos legais¹⁴¹.

Em termos de diagnósticos, relatórios, pareceres médicos, divergem também os caminhos seguidos pelos diversos 50 Estados e Distrito de Colúmbia.

Apenas em alguns se reclamam diagnósticos médicos e/ou relatórios psicológicos¹⁴² ou indicativos de que o peticionante vive há certo período de tempo na condição do género oposto ao que lhe foi atribuído¹⁴³, havendo outros que expressamente estipulam que o indivíduo se sujeitou a tratamento cirúrgico, hormonal ou outro adequado ao processo de transição de género¹⁴⁴.

Quanto à idade mínima para desencadear o processo de reconhecimento de identidade de género, surgem Estados em que se admite que menores, desde que com o consentimento dos pais ou dos seus legais representantes¹⁴⁵, o possam

133 Alabama, Alasca, Arkansas, Califórnia, Carolina do Sul, Colorado, Dakota do Sul, Delaware, Geórgia, Indiana, Louisiana, Missouri, Mississípi, Montana, New Hampshire, Nevada, Oregon, Pensilvânia, Utah, Vermont, Virgínia, Wisconsin e Wyoming.

134 Arizona, Carolina do Norte, Connecticut, Dakota do Norte, Distrito de Colúmbia, Flórida, Havai, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Massachusetts, Maine, Michigan, Nebraska, Nova Jersey, Novo México, Nova Iorque, Rhode Island, Virgínia Ocidental e Washington.

135 Maryland, Minnesota e Oklahoma.

136 Alabama, Arizona, Carolina do Norte, Dakota do Norte, Flórida, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Nebraska, Nova Jersey, Oklahoma, Virgínia, Virgínia Ocidental e Wisconsin.

137 Arkansas, Colorado, Delaware, Geórgia, Kentucky, Maine, Montana e Novo México.

138 Carolina do Sul e Kansas.

139 Esterilização, cirurgia invasiva de reconstrução, por exemplo.

140 Califórnia, Connecticut, Distrito de Colúmbia, Illinois, Havai, Maryland, Minnesota, Missouri, Nova Iorque, Oregon, Pensilvânia, Rhode Island, Vermont e Washington.

141 Alasca, Dakota do Sul, Indiana, Mississípi, Nova Hampshire, Nevada, Utah e Wyoming.

142 Distrito de Colúmbia, Louisiana, Minnesota, Nova Iorque e Virgínia.

143 Nova Iorque.

144 Distrito de Colúmbia, Vermont e Washington.

145 Arizona, Carolina do Sul, Distrito de Colúmbia, Flórida, Kansas, Michigan, Minnesota, Virgínia

fazer, um Estado que exige como idade mínima 18 anos¹⁴⁶ e muitos outros que nada referem expressamente, neste vector.

No que concerne ao estado civil, na generalidade, não se estabelece como exigência que o visado seja solteiro(a) ou que casamento previamente existente seja anulado na sequência do reconhecimento de género¹⁴⁷.

Muito recentemente, em 15 de Junho de 2017, o Estado de Oregon apresentou-se como o primeiro a permitir a alteração do género nos documentos de identificação e nas cartas de condução, sem a necessidade de exibição de qualquer relatório e/ou parecer médico, mediante um mero procedimento simplificado.

Idêntico mecanismo foi implementado, de seguida, pelos Estados de Washington e de Nova Iorque.

3.6. Região Administrativa Especial de Hong Kong

Colhe fazer uma breve referência específica à vizinha RAEHK, não só pela sua semelhança a Macau na condição de região administrativa especial, mas também porque presentemente decorre procedimento, no sentido de avaliação e ponderação, sobre que caminhos a seguir para uma maior e mais efectiva protecção dos direitos das pessoas *trans*.

Em Janeiro de 2014, foi constituído um grupo de trabalho, composto por personalidades de diversas sensibilidades e origens (área da justiça, área do direito constitucional, área da saúde, área da segurança), que já produziu um extenso e detalhado documento de trabalho - *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*.

Com efeito, e na sequência de um caso concreto sobre o qual os tribunais de Hong Kong¹⁴⁸ foram chamados a pronunciar-se, tornou-se mais premente tentar enfrentar esta problemática e procurar soluções / caminhos para o seu tratamento.

Ocidental.

146 Nova Iorque.

147 Toda esta informação foi colhida em *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem pp. 101 a 109 e, bem assim, em CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González, ibidem pp. 58 a 60.

148 Decisão proferida em 13 de Maio de 2013, *Court of Final Appeal* [2013] HKCFA39, onde se concluiu que alguém que tenha sido sujeito a cirurgia de reatribuição de género, no sexo feminino, deve permitir-se, em princípio, que contraia casamento com um homem, in CCPL Rights Bulletin, Volume 3, Issue 1, Junho de 2014, pp. 1 e 2.

The CFA then concluded that one who has undergone a sexual reassignment surgery "should in principle" be allowed to marry a man pursuant to the Basic Law Article 37 and BORO Article 19 (2). However, it clarified that it would not set the parameters on who should be considered a "woman" for the purpose of marriage reasoning that the matter would be better addressed by the legislature.

Criou-se o aludido Grupo de Trabalho, com a missão de considerar a possibilidade de se legislar e instituir medidas neste particular tema.

Nesta senda, não existindo ainda legislação específica neste domínio a vigorar na RAEHK, estão lançadas as bases para discussão, ponderação e eventual implementação de regime específico de reconhecimento da identidade de género.

3.7. China Continental

Neste domínio geográfico não existe legislação de âmbito nacional que trate da matéria relativa ao reconhecimento da identidade de género. Com efeito nem o complexo que constitui o *Regulations of the People's Republic of China on Residence Registration*, nem o *Regulation of the People's Republic of China Concerning Resident Identity Cards*, fazem qualquer referência a esta problemática.

Na China continental, o critério de reconhecimento do sexo é, geralmente, o biológico¹⁴⁹. Entende-se que tal será o caminho mais razoável, tendo em atenção as regras da natureza, o facto de o sexo ser atribuído à nascença e portanto com base apenas em manifestações biológicas e não outras (psicológicas, sociais, culturais) e a circunstância de se defender ser a aparência física a determinante para a atribuição de sexo¹⁵⁰.

Todavia, em determinados locais – ainda que sem fundamento em lei geral –, como a já citada Província de Henan, e por via de comando emitido pelo respectivo Ministro da Segurança Pública¹⁵¹, como forma de assegurar o respeito da vontade dos transexuais e lhes facilitar a vida quotidiana, a autoridade policial pode autorizar a alteração da informação constante do bilhete de identidade, registo familiar e cartão de trabalho, de acordo com o sexo pretendido pelo interessado,

149 Por oposição ao *critério médico de reconhecimento do sexo* (aquele que atende ao fenómeno de mudança de sexo como transtorno da identidade diagnosticado no âmbito da psiquiatria e que depende de provas médicas, incluindo o diagnóstico psicológico e a terapia física, designadamente terapia hormonal e cirurgia de reatribuição) e ao *critério de reconhecimento do sexo por auto-identificação* (aquele que se fundamenta na determinação do sexo de acordo com a identificação que o próprio de si faz).

Ver neste sentido YAN, Li, *Estudos sobre as Questões Jurídicas relativas à Mudança de Sexo*, Editora do Regime Jurídico da China, Março de 2014, pp. 94 a 135 (respeitantes ao Capítulo III Questão do reconhecimento legal da mudança de sexo).

150 YAN, Li, *ibidem*.

151 Em 2008, o Ministro da Segurança Pública emitiu um documento, denominado *Reply to the Questions Concerning Citizens Gender Marker Change on Hukou after Sex Reassignment Surgery by Bureau for Order Control of Ministry of Public Security*, onde genericamente consta “Indivíduo que pretende a alteração do género no registo familiar, pode fazê-lo depois da cirurgia de mudança de sexo, necessitando de apresentar certificado que ateste o sexo, emanado por hospital de 3º nível da China. Cabe depois à autoridade policial apreciar”. YAN, Li, *ibidem*.

depois de ter havido uma cirurgia de mudança de sexo e com base no certificado emitido pelo hospital.

Este quadro legal e factual, tendo já permitido o reconhecimento da identidade de género a diversas pessoas, como enuncia um caminho de alguma discricionariedade, também permite, dada a possibilidade de leituras várias, a existência de situações em que mesmo após vários anos de realização de cirurgia de reatribuição de género, tal não tenha conduzido ao respectivo reconhecimento legal da nova identidade.

Desta feita, começam a encetar-se passos no sentido de se procurar uma solução de cariz mais abrangente, havendo defensores da implementação de um quadro legal semelhante ao existente no Reino Unido¹⁵².

3.8. Taiwan

Importa um olhar, ainda que breve, sobre este espaço territorial, dada a sua especificidade em relação à China Continental e ao facto de, em muitas áreas do direito, ter vindo a ser fonte inspiradora da RAEM.

Até ao momento não apresenta um quadro legal específico que trate a matéria do reconhecimento a identidade de género.

Porém, existem mecanismos legais que permitem a alteração do nome e género, sendo que desde Dezembro de 2013 e por força de decisão do respectivo Ministro da Saúde e com a concordância do Ministro do Interior, para tal modificação, deixou de ser necessário e conseqüentemente exigido qualquer verificação em termos de requisitos médicos - cirurgia de reatribuição de sexo, tratamentos hormonais ou avaliação psiquiátrica.

Foi igualmente criado um Comité de Reconhecimento da Identidade de Género¹⁵³, ao qual podem dirigir-se pessoas a partir dos 18 anos de idade, reclamando-se apenas um período de seis meses de reflexão da decisão de mudança de sexo.

Um outro passo relevante, encetado recentemente, prende-se com a decisão de se ter criado um Grupo de Trabalho para, seguindo como exemplo o Estado da Califórnia (E.U.A.)¹⁵⁴, se estudar a possibilidade criação de uma solução

152 Neste sentido YAN, Li, *ibidem*.

153 Gender Equality Committee.

154 O Estado da Califórnia, através do *Recognition Act de 2017 – State Bill No. 179*, de 15 de Outubro de 2017, introduziu a figura *nonbinary gender*.

SECTION 1. This act shall be known and may be cited as the Gender Recognition Act.

SEC. 2. The Legislature finds and declares all of the following:

(a) (...)

(b) *Gender identification is fundamentally personal, and the state should endeavor to provide options on state issued identification documents that recognize a person's accurate gender*

legal acalentadora da implementação de um terceiro género, nos documentos de identificação e passaporte, por forma a corresponder às legítimas expectativas e a respeitar os direitos civis das pessoas transexuais, intersexo e outros grupos.

4. Região Administrativa Especial de Macau – *Iure Constituto*

No vigente panorama legislativo da RAEM, não há tratamento específico sobre a matéria, consagrando um regime próprio em termos de reconhecimento da identidade de género.

A Lei Básica da RAEM – tida como uma espécie de lei constitucional, ou pelo menos, como lei de valor paramétrico¹⁵⁵- plasma, no seu artigo 25º, o princípio da igualdade, nomeadamente perante a lei, onde exulta, de modo claro e como inerente, o reconhecimento de uma igual dignidade social¹⁵⁶.

Esta ideia de protecção / reconhecimento da pessoa, enquanto ser humano, mostra-se reforçada com a estatuição constante do artigo 30º¹⁵⁷, apelando à

identification. It is the intent of the Legislature in enacting this legislation to provide three equally recognized gender options on state issued identification documents – female, male, and nonbinary – and an efficient and fair process for people to amend their gender designation on state-issued identification documents so that state-issued identification documents legally recognize a person's accurate gender identification.

(c) (...), d) (...), e) (...)

Disponível em http://legiifo.legislature.ca.gov/faces/billNaveClient.xhtml?bill_id. Acesso em linha em 18 de Dezembro de 2017.

155 CARDINAL, Paulo, *Estudos de Direitos Fundamentais no contexto da JusMacau*, Fundação Rui Cunha, Abril 2005, p. 56.

CHONG, Ieong Wan, in *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, Outubro de 2005, pg. 15, refere expressamente “A Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Hong Kong são duas leis constitucionais (...) realiza a vontade e o interesse de todo o povo de Macau, dos compatriotas de Hong Kong (...)”.

156 Artigo 25º

Os residentes de Macau são iguais perante a lei, sem discriminação em razão de nacionalidade, ascendência, raça, sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução e situação económica ou condição social.

Este princípio da igualdade, cuja consagração, em termos gerais, assume os mesmos contornos do expresso no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, parece ter inerente o dever de se legislar, por forma a enfrentar / obviar a toda e qualquer forma de discriminação. Neste sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. 1, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 469 e sgs..

157 Este preceito anota com clareza a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental, onde se enquadram obviamente a honra, a reserva da intimidade privada, como núcleo essencial do todo que é a pessoa humana. Neste sentido, ALEXANDRINO, José de Melo, O Sistema de

inviolabilidade da dignidade humana dos residentes de Macau e defendendo a salvaguarda do direito ao bom nome e reputação e o direito à reserva da intimidade privada e da vida familiar.

Tal contextualização exulta o entendimento patente neste compêndio legal de que os direitos de personalidade são inerentes ao Homem e decorrem da simples circunstância de este nascer e viver, assumindo-se como condições essenciais ao seu ser e devir e direitos de exigir do outro o respeito pela personalidade, características, modos de ser e estar de cada semelhante, abrangendo os segmentos físicos, morais, emocionais e manifestações de personalidade¹⁵⁸.

Os direitos de personalidade apresentam-se como essenciais para a concretização da Dignidade da Pessoa Humana, decorrendo de tábuas tão essenciais como a Declaração dos Direitos do Homem, de 1798 e, bem assim da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, os quais, não são mais do que a perpetuação de direitos elementares, garantes do respeito e protecção da integridade física e moral do indivíduo, observando as suas particularidades e especificidades¹⁵⁹.

A Dignidade da Pessoa Humana, sendo considerada no Mundo hodierno como um valor de dimensão constitucional, assume-se como o fulcral pilar jurídico dos direitos da personalidade, reclamando por isso, um constante e atento respeito por cada segmento componente do ser humano, desde a dimensão física à vertente psicológica, passando por aspectos como emoções, anseios, sentimentos e postura perante a vida¹⁶⁰.

Esta ideia de dignidade da pessoa humana sendo a referência axial de todo o sistema dos direitos fundamentais¹⁶¹, apela a uma noção de pessoa concreta, na sua vida rotineira do dia-a-dia e não a um ente abstracto. Neste sentido, refere-se ao indivíduo tal como ele é e se movimenta na sociedade onde se encontra inserido, considerado como um ser único, insubstituível e irrepetível, factores

Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Macau, 2013, pp. 52-53 e ainda PINTO, Paulo Mota, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, in Boletim da Faculdade de Direito de Macau, n.º 8, ano III, p. 89 e segs.

158 Neste sentido MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV – Direitos Fundamentais*, 9ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 58 e 59.

159 Neste sentido, COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Civil: parte geral*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 181.

160 Neste sentido, NANI, Giovanni Ettore, LOTUFO, Renan, *Teoria geral do direito civil*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 245 e ainda SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Reimp. Coimbra, 2011.

161 Neste sentido, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, Maio de 2010, p. 82.

que reclamam um olhar direccionado e um reconhecimento e aceitação da sua individualidade em todas as suas dimensões¹⁶².

*A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional da sua dignidade (...) a considerar em si e por si*¹⁶³, o que impõe que se pondere o Homem como pessoa em concreto, envolto em todas as particularidades e vicissitudes que o diferenciam dos demais, respeitando-o e aceitando-o enquanto tal.

Adicionalmente daqui parece transparecer que o respeito pela dignidade humana implica o “reconhecimento de um espaço legítimo de liberdade e realização pessoal liberto de constrangimentos jurídicos”¹⁶⁴.

Ostentando a Lei Básica estes princípios que, por se apresentarem amplos e abrangentes, podem contemplar a possibilidade de, casuisticamente, tutelar juridicamente determinadas *funções da pessoa, do seu ser e da sua maneira-de-ser*¹⁶⁵, atentando ainda à Lei de Bases da Política Familiar¹⁶⁶, mormente ao seu postulado de reconhecimento do direito à privacidade da vida familiar¹⁶⁷, olhando a outros complexos normativos correlacionados com a matéria em exame, parece que numa eventual situação concreta a reclamar pronúncia, o intérprete e aplicador do direito se esbarra com dificuldades inultrapassáveis, em termos de um efectivo, claro e inequívoco reconhecimento da identidade de género.

Com efeito, e atentando ? nas normas integrantes do Decreto-Lei nº 19/99/M, de 10 de Maio¹⁶⁸, na Lei nº 8/2002¹⁶⁹ e no CRegCiv, pensa-se que escasseiam mecanismos legais instrumentais que aqueles concretizem¹⁷⁰ em termos de

162 Neste sentido, AMARAL, Maria Lúcia, in *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*, Lisboa, 2002, pgs. 65 e sgs., quando afirma “A imagem de homem (...) é a do ser concreto, imerso nas necessidades, urgências e contingências da sua condição existencial, e não a do cidadão (abstracto) totalmente identificado com os deveres da virtude republicana”.

163 NEVES, Castanheira A., *A Revolução e o Direito*, Lisboa, 1976, p. 207.

164 MIRANDA, Jorge e MEDEIROS Rui, *ibidem*, p. 614.

165 CAMPOS, Diogo Leite de, *Nós – Estudos sobre os Direitos das Pessoas*, Almedina, Março de 2004.

166 Decreto-Lei nº 6/94/M, de 1 de Agosto.

167 Cfr. o artigo 2º.

168 Aprova o regime de emissão do Bilhete de Identidade de Residente.

169 Estabelece os princípios gerais do Regime do Bilhete de Identidade de Residente da Região Administrativa Especial de Macau.

170 Em 2015, um transexual residente permanente de Macau, através de pedido apresentado junto da Conservatória do Registo Civil, e por decisão da então Secretária para a Administração e Justiça, viu autorizada a sua mudança de nome próprio (apenas o nome), situação que lhe permitiu alterar o nome nos seus documentos de identificação e viagem.

uma possibilidade efectiva de, em concreto, se considerar o reconhecimento da identidade de género.

Tendo em conta o exposto, a leitura e interpretação dos referidos diplomas não permite, de modo imediato e directo, a possibilidade de alteração da referência ao género atribuído ao indivíduo, aquando do seu nascimento e, por essa via, o reconhecimento da identidade de género.

Diga-se que o próprio CRegCiv, em termos de modificações e de modo expreso, apenas consagra a possibilidade de alteração do nome e em termos que se pensam limitados (artigo 83^o171), razão pela qual apenas por meio de mecanismos de grande exercício interpretativo, se poderá admitir, no ordenamento jurídico em vigor na RAEM, o reconhecimento da identidade de género¹⁷².

Todavia, tal só se mostrou possível porque há muitos nomes chineses que podem ser usados e atribuídos, tanto a indivíduos de sexo masculino como de sexo feminino.

Tratando-se de uma situação de excepção, não houve na verdade reconhecimento da identidade de género pois, em termos da menção de sexo, tudo se mantém.

171 Artigo 83^o (Alteração do nome)

1. O nome fixado no assento de nascimento só pode ser modificado mediante autorização do governador.
2. Exceptuam-se as alterações fundadas ou consistentes em:
 - a) Estabelecimento da filiação, adopção ou a sua revisão e casamento;
 - b) Rectificação de inexatidões de registo;
 - c) Simples intercalação de partículas de ligação de apelidos ou adição de apelidos quando do assento constar apenas o nome próprio do registado;
 - d) Renúncia a um dos nomes fixados no assento de nascimento, quando tenha sido adoptado um segundo nome, salvo tratando-se de maior de 16 anos;
 - e) Renúncia aos apelidos adoptados pelo casamento e, em geral, perda do direito ao apelido por parte do registado;
 - f) Exercício do direito de escolha do nome do filho menor, por parte dos pais, quando estes não tenham sido declarantes do nascimento, dentro do prazo de 30 dias a contar da data do registo;
 - g) Exercício dos direitos previstos no artigo 1731^o do Código Civil.
3. As alterações referidas no número anterior ingressam no registo por averbamento, a pedido verbal do interessado, reduzido a auto; no caso previsto na parte final da alínea e), o averbamento é feito oficiosamente.
4. O averbamento de conservação de apelidos por parte do cônjuge divorciado é feito em face de autorização do ex-cônjuge, prestada em auto lavrado perante o conservador ou em documento autêntico ou particular autenticado, de termo lavrado em tribunal ou mediante autorização do juiz.
5. O averbamento de conservação de apelidos por parte do cônjuge viúvo que contrai novas núpcias é feito em face de declaração prestada perante o conservador, em auto, no processo de casamento.

172 Eventualmente pela via de um processo de justificação judicial (cfr. artigo 178^o do CRegCivil, nomeadamente, recorrendo à previsão da alínea c) do seu n^o 1). Contudo, por esta via, há sempre o risco de decisões diversas perante casos de facticidade e dimensão semelhante.

Exulta que, precisamente por tais dificuldades/barreiras legais, todas as situações de pretensões para alteração da menção de sexo atribuído, até ao momento colocadas, e por via de pedidos efectuados junto das entidades administrativas, têm sido objecto de indeferimento por inexistência de fundamento legal que o legitime¹⁷³.

Admite-se como ponderável o recurso aos tribunais por forma a que estes analisem situações concretas apresentadas e, em que medida, interpretando o CCivil de Macau em conformidade com a Lei Básica, e apelando à concretização da ideia de *dignidade humana* inserta na Declaração Conjunta subscrita entre Portugal e a China e, bem assim, ao estatuído nos artigos 2º a 5º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, é legítimo ao autor da pretensão obter a alteração de nome e do sexo no assento de nascimento.

Não obstante, cumpre referir que esta via exhibe dificuldades, a par da possibilidade de decisões contraditórias e de uma consequente fragilidade no tratamento desta questão.

Assim sendo, e salvo melhor e mais avisada opinião, parece legítimo concluir-se que não havendo qualquer solução expressamente proibitiva, também inexistente, em termos expressos, definitivos e inequívocos, um expediente legal que plasme o direito ao reconhecimento da identidade de género.

5. Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) – *Iure Constituendo*

5.1. Vectores de Reflexão

Tendo em conta todo o expandido anteriormente, colhe enfrentar e ponderar sobre uma eventual possibilidade de tratar esta temática, por via de solução legal própria e, nessa senda, quais os principais segmentos / vectores a alinhar.

Com efeito, nos vários pontos *supra* abordados, deixou-se antever que os direitos, liberdades e garantias das pessoas têm a sua fonte e suporte na dignidade da pessoa humana e que, os princípios orientadores do respeito pela igualdade entre homens e mulheres, hoje cada vez mais em evidência, devem, por inerência, ser extensíveis às pessoas transexuais e intersexuais.

Perante a conhecida e ainda patente discriminação a que estas podem estar sujeitas, e na presença dos problemas com que quotidianamente se confrontam, talvez faça sentido um particular olhar e, consequentemente, desenvolver um processo de reflexão.

173 As situações conhecidas têm sido tratadas no âmbito da Direcção dos Serviços de Identificação (DSI).

Na tentativa de abordagem, ainda que resumida, de vários ordenamentos jurídicos de distintas famílias, parece poder concluir-se que, em termos de reconhecimento da identidade de género, várias formas de o encarar se encontram, desde a sua completa inexistência, até a soluções de ampla consagração.

E nestas, desde esquemas suportados em leis específicas, dependentes de fórmulas e requisitos mais ou menos exigentes, desencadeando o reconhecimento, consequências e tratamento jurídico mais ou menos detalhados até outros, mais gerais que, por vias indirectas, o permitam.

Como se prognostica, exorbitam vantagens e dificuldades, em qualquer das soluções a consagrar e relativas aos diversos aspectos que importa sopesar.

5.1.1. Existência de mecanismo legal consagrando o reconhecimento da identidade de género

Conforme decorre do estipulado no artigo 40º da Lei Básica da RAEM, aplicam-se a este território as disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, as quais são implementadas por força das leis da RAEM.

Igualmente, já atrás no ponto 4., se adiantou sobre o alcance dos normativos combinados dos artigos 25º e 30º do mesmo conjunto legal.

Anote-se ainda que a realização dos direitos à identidade da pessoa (onde exulta o da identidade sexual), intimidade da vida privada e o direito à saúde, ou seja, a tutela da personalidade humana e dos direitos de personalidade, positivados no ordenamento jurídico da RAEM, reclamam protecção e promoção, pelo que se crê que o poder legislativo e executivo estão vinculados a regular procedimentos e criar instrumentos jurídicos que permitam a efectiva realização de direitos fundamentais.

Ademais o artigo 36º da Lei Básica¹⁷⁴ assevera o direito à tutela jurisdicional efectiva dos direitos fundamentais, no sentido das pessoas poderem reclamar prestações jurídicas relativamente aos seus legítimos direitos e interesses.

Em jeito de reforço, apele-se à estatuição decorrente da nova Lei nº 2/2016 – Lei de prevenção e combate à violência doméstica – de onde transparece a intenção clara de ali se enquadrarem todas as situações possíveis em termos de género¹⁷⁵. Na mesma linha, a opção tomada em termos de revisão do CPenal,

174 Artigo 36º

Aos residentes de Macau é assegurado o acesso ao Direito, aos tribunais, à assistência por advogado na defesa dos seus legítimos direitos e interesses, bem como à obtenção de reparações por via judicial.

Os residentes de Macau têm o direito de intentar acções judiciais contra actos dos serviços do órgão executivo e do seu pessoal.

175 Artigo 4º (Violência doméstica)

1. Para efeitos da presente lei, considera-se violência doméstica quaisquer maus tratos físicos,

nomeadamente no que tange ao crime de violação¹⁷⁶, construindo-se, em termos de tipo, um caminho que acalenta de modo evidente, abrangente e definitivo, o princípio da neutralidade de género (a vítima pode ser do sexo feminino ou masculino, assim como o agente pode ser do sexo feminino ou masculino¹⁷⁷), e conseqüentemente, focado na pessoa enquanto tal, independentemente do género, acobertando por isso todas as diversas *roupagens* possíveis¹⁷⁸.

-
- psíquicos ou sexuais que sejam cometidos no âmbito de uma relação familiar ou equiparada.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, considera-se que as relações familiares ou equiparadas abrangem:
 - 1) (...), 2) (...)
 - 2) As relações existentes entre pessoas que vivam em situação análoga à dos cônjuges;
 - 3) (...), 4) (...), 5) (...)

176 Artigo 157º (Violação)

1. Quem, por meio de violência, ameaça grave ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constringer outra pessoa a sofrer ou a praticar, consigo ou com terceiro, cópula, coito anal ou coito oral, é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos.
2. Com a mesma pena é punido quem, nos termos previstos no número anterior, constringer outra pessoa a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos.

177 Neste sentido, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa 2008, pg. 449.

178 Refira-se, no entanto, que o Código Penal de Macau, seguindo a matriz do Código Penal Português, e no que à tipificação do crime de homicídio qualificado concerne, não acalentou, como circunstância passível de revelar especial censurabilidade ou perversidade, ser o agente determinado *por ódio (...) gerado (...) pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima*.

Artigo 129º (RAEM) (Homicídio qualificado)

1. Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido com pena de prisão de 15 a 25 anos.
2. É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:
 - a) (...), b) (...), c) (...)
 - b) Ser determinado por ódio racial, religioso ou político;
 - c) (...), d) (...), e) (...), f) (...)

Artigo 132º (Portugal) (Homicídio qualificado)

1. Se a morte for produzida em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente, este é punido com pena de prisão de doze a vinte e cinco anos.
2. É susceptível de revelar a especial censurabilidade ou perversidade a que se refere o número anterior, entre outras, a circunstância de o agente:
 - a) (...), b) (...), c) (...), d) (...), e) (...)
 - f) Ser determinado por ódio racial, religioso, político ou gerado pela cor, origem étnica ou nacional, pelo sexo, pela orientação sexual ou pela identidade de género da vítima;
 - g) (...), h) (...), i) (...), j) (...)

Aponte-se ainda que, como mera referência, o enunciado no Terceiro Princípio dos Princípios de Yogyakarta – Direito ao Reconhecimento Perante a Lei¹⁷⁹ – do qual decorre, entre outras consequências, a necessidade dos *Estados*¹⁸⁰ tomarem todas as medidas legislativas, administrativas e outras que se mostrem necessárias e adequadas, a que existam procedimentos pelas quais todos os documentos de identidade emitidos e relativos a qualquer pessoa, reflectam a efectiva identidade de género autodefinida por cada um e, bem assim, assegurar que tal opere por forma eficiente, justa e não discriminatória, respeitando a dignidade e a privacidade das pessoas.

Emerge, como construção jurisprudencial, que o reconhecimento da identidade de género e da diversidade de género assumem-se como uma questão de cidadania, sendo a consagração da possibilidade de rectificação do registo de sexo, como a manifestação dessa dimensão¹⁸¹.

Nesta medida, sopesando, em termos de importância e validação do respeito de direitos fundamentais, o reconhecimento da identidade de género, significando, entre outras dimensões, a existência real do direito à privacidade e do direito de a pessoa ver reconhecida a sua real identidade perante a lei, pensa-se que poderá fazer sentido positivar uma solução legal própria.

Com efeito, em termos gerais, pode desde logo anunciar-se que, a consagração legal do reconhecimento da identidade de género, se trata de uma robusta forma de assegurar às pessoas *trans*, o direito à privacidade, o direito à sua autodeterminação, o direito à não discriminação e, concomitantemente, eleger a dignidade da sua pessoa, como paradigma da sua existência e vivência.

Outro argumento a esgrimir, prende-se com a necessidade de reconhecer que há pessoas, que por questões biológicas, psíquicas, psicológicas ou até por processos relacionados com o seu amadurecimento e crescimento sociocultural,

179 Toda a pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei.

As pessoas de orientações sexuais e identidades de género diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de género autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial da sua personalidade e um dos aspectos mais básicos da sua autodeterminação, dignidade e liberdade. (...) Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar a sua orientação sexual ou identidade de género.

180 A RAEM não se trata verdadeiramente de um Estado, sendo parte integrante da República Popular da China. Contudo, é claro que por força da sua Lei Básica, mormente do seu artigo 12º, goza de um alto grau de autonomia, mantendo um estatuto próprio, tendo um Órgão Legislativo, onde, entre outros poderes, se desenvolve o de fazer leis, como claramente decorre do plasmado nos artigos 67º e 71º, alínea 1).

181 Neste sentido, BENÍTEZ, Octavio Salazar, *La identidad de género como derecho emergente*, Revista de Estudios Políticos, Madrid, Nº 169, (Jul – Set. 2015), pp. 75-107.

não se enquadram no sexo que lhes foi atribuído à nascença¹⁸², pelo que, manter impositivamente essa realidade, é preservar, injustificadamente, uma incongruência, uma inconsistência ou até uma falácia, o que poderá infligir danos de dimensão e consequências difíceis de prever e determinar nos indivíduos em causa.

Nesta linha, igualmente se defende que, por esta via, se pode eliminar, ou pelo menos atenuar, a discriminação de que são alvo as pessoas *trans*. Tem sido entendido que, perante a existência de políticas e mecanismos legais, neste âmbito, se podem prevenir comportamentos e acções estigmatizantes e segregadoras deste grupo de pessoas, assumindo-se o reconhecimento da identidade de género como forma de lhes conferir dignidade e respeito¹⁸³. Não raras vezes, aceder aos mais elementares serviços e bens (arrendar um imóvel, abrir uma conta bancária, etc.), pode revelar-se de maior dificuldade para estes cidadãos.

Diga-se ainda, que o reconhecimento da identidade de género é um direito fundamental das pessoas *trans*. Este, e em relação a cada pessoa, deve ser afirmado como um direito fundamental e uma parte inexoravelmente imprescindível do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Opina-se ainda que jurisdições que não contemplem o reconhecimento da identidade de género ou que o limitem excessivamente, violam direitos fundamentais, impedindo o pleno gozo do direito à privacidade e o direito de ser reconhecido enquanto pessoa, perante a lei¹⁸⁴. Como já se apontou, o direito à reserva da intimidade da vida privada, tem clara consagração no artigo 30º da

182 Refira-se, nesta linha de pensamento, um excerto de decisão proferida pelo Tribunal Federal Australiano, in *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem p. 122.

“O sexo não é uma simples questão de cromossomas, apesar deste aspecto ser de relevância. Sexo é também vertente psicológica (questões de auto percepção) e vertente social (como a sociedade encara/vê o indivíduo)”.

183 Ver, neste sentido, *Legal Gender Recognition in Ireland*, onde claramente se refere que as pessoas *trans* estão entre as mais vulneráveis e as que mais vivenciam altos níveis de estigmatização e marginalização, sendo o reconhecimento da identidade de género um grande passo para que tal se atenu e urgente a nível dos direitos humanos.

Disponível em <http://www.teni.ie/page.aspx?contentid=586>. Acesso em linha em 17/07/2017.

184 Neste sentido, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS, *License to Be Yourself – Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*, ISBN: 9781940983103, Maio 2014, pp. 13-14.

Há, desde logo, três aspectos a ponderar em termos de não discriminação e de igualdade perante a lei: atenuar vulnerabilidades sempre que alguém revela a sua identidade de género; impedir que as pessoas *trans* sofram barreiras acrescidas na obtenção de documentos; evitar que estas pessoas sejam excluídas das previsões dos dispositivos legais sobre o reconhecimento de género. Em termos de privacidade, a ausência do reconhecimento da identidade de género, porque impede/impossibilita a pessoa de mudar o nome ou sexo para se adequar à sua identidade de género, mantém-se sempre a referência da pessoa como *trans*, o que afecta a sua intimidade e, consequentemente, o direito à privacidade.

Lei Básica da RAEM.

Outra razão a favor da implementação de solução legal, prende-se com o facto de, por essa forma, se estabelecer alguma certeza e segurança jurídicas. Na verdade, fixando-se um regime específico e com regras próprias, afasta-se a possibilidade de leituras várias do quadro normativo vigente e, conseqüentemente, uma eventual prolação de decisões díspares perante quadros factuais semelhantes.

Em último, poder-se-á aduzir na esteira do já anteriormente ponderado, que o caminho do reconhecimento da identidade de género, tem já um largo espectro de adesão, sendo cristalino que muitos ordenamentos jurídicos já o têm em vigor, seguindo as variadas recomendações de organismos internacionais.

Naturalmente que argumentos contrários, neste segmento, se poderão apresentar, como o facto de uma opção do tipo significar um desafio às leis da natureza¹⁸⁵, a hipótese de tal não ser mais do que a adopção de uma moldura teórica pós-moderna sem qualquer assento na ordem natural, significando o *desnaturar* ou *desnaturalizar* o homem e as relações intersubjectivas na sociedade¹⁸⁶, o calcorrear um perigoso caminho no sentido da implementação de um individualismo exacerbado desvirtuador do verdadeiro humanismo¹⁸⁷, a possibilidade da sociedade em geral poder não estar ainda totalmente preparada para aceitação deste tipo de solução¹⁸⁸, a circunstância de, por esta via, se poderem desencadear conseqüências não pretendidas e até problemáticas¹⁸⁹ e, bem assim, o poder estar em causa a efectiva noção do valor *família* e o todo que tal encerra.

Importará igualmente neste particular, assumindo-se como caminho regular expressamente a matéria relativa ao reconhecimento da identidade de género, ponderar quanto à forma de o fazer – introduzindo alterações no CRegCiv ou, tratar esta temática em lei específica que crie um procedimento próprio relativamente à mesma.

Tendo em atenção toda a especificidade deste contexto temático e, bem

185 Bastas vezes se afirma que uma cirurgia pode mudar o sexo, a aparência, conferir ao próprio um estado de conforto em termos de se ver como realmente se sente. Contudo, nunca consegue alterar a sua genética, na medida em que não é possível negociar com a mãe natureza o facto de se nascer homem ou mulher.

186 Nesta linha de pensamento, PALAZZANI, Laura, *Identità di genere. Dalla differenza alla indifferenza sessuale nel diritto*, Edizioni San Paolo, Cinisella Balsamo, Milão, 2008, pp. 44 e 45.

187 Neste sentido, CID, Nuno de Salter, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 507.

188 Há quem defenda que o reconhecimento da identidade de género não é só uma questão individual, sendo também algo que tem a ver com a sociedade e, concomitantemente, com a forma como esta o encara, devendo por isso atentar-se a este relevante vector.

189 Permitir-se a alteração dos registos por via do reconhecimento da identidade de género, pode, por exemplo, levar a que se esconda um terrorista.

assim as particularidades que dele dimanam e a necessidade de eventual abordagem de vários aspectos, que vão desde questões de substância a vectores de mera forma, talvez faça sentido seguir pela via de legislação própria que, por envergar essa qualidade, poderá ser mais detalhada e exibir todos os contornos que se entendam necessários e adequados tratar e enfatizar.

Na verdade, uma opção por via de meras alterações no CRegCivil, por exemplo, poderá revelar-se em maior complexidade deste ou, em alguma ligeireza e superficialidade ficando por resolver as diversas vertentes que a assunção do reconhecimento de identidade de género pode suscitar.

Esta matéria, como se tem denotado, parece estar muito mais além da mera possibilidade de alterar o nome e o género atribuídos nos documentos oficiais¹⁹⁰. Ainda que olhando apenas a estes, uma nova realidade assumida e reconhecida, desencadeia uma série de consequências, incluindo alteração de outro tipo de documentação providenciada por entidades não estatais (certificados de habilitações, declarações profissionais, etc.), as quais terão que ser compaginadas em conformidade.

Desta feita, atentando a algumas das situações do direito comparado e enunciadas no ponto 3, pensa-se que, nas soluções em que se optou pela construção de lei própria tratando esta matéria de forma mais abrangente e pormenorizada, maior facilidade, clareza, segurança e eficácia se podem patentear.

5.1.2. Procedimento Administrativo e Judicial

Na presente secção, o que se pretende sopesar será o tipo de mecanismo a utilizar e sua respectiva tramitação, com vista ao reconhecimento da identidade de género.

190 Como nota exemplificativa de que muitos aspectos despontam para além da mera alteração do nome e género nos documentos de identificação, os quais poderão justificar o recurso a instrumento legal específico, refira-se a situação tratada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) em 26 de Abril de 2006, *Case C-423/04 Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions*, onde se decidiu que uma mulher transgénero adquire o direito à pensão de reforma com a mesma idade que qualquer outra mulher, independentemente de o seu género ter sido legalmente reconhecido ou não.

Pode ler-se no Sumário:

1. Article 4(1) of Directive 79/7 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security is to be interpreted as precluding legislation which denies a person who, in accordance with the conditions laid down by national law, has undergone male-to-female gender reassignment entitlement to a retirement pension on the ground that she has not reached the age of 65, when she would have been entitled to such a pension at the age of 60 had she been held to be a woman as a matter of national law (...).

Disponível em curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsession...?text...0...1. Acesso em linha em 18 de Julho de 2017.

Perfilam-se caminhos como a via procedimental mais simples – um procedimento administrativo junto das entidades encarregues de proceder ao registo dos cidadãos –, ou um caminho mais solene, recorrendo às vias judiciais.

Emergem ainda situações, talvez em menor número, da utilização de um comité/comissão, de composição variada, junto de quem a pessoa interessada dirige o pedido e a quem depois incumbe decidir.

A favor da solução em primeiro apresentada, surgem razões de celeridade, eficácia, segurança, certeza e adequação aos direitos fundamentais, sendo claro que verificados determinados requisitos objectivos fixados em lei, não se pode questionar a pretensão apresentada.

Em suporte de um caminho mais solene, vem-se aduzindo que, por esta via, se podem acautelar com mais acuidade, situações de precipitação e imponderação que, poderão revelar-se irremediáveis no futuro.

Para os defensores de um processo mitigado, fazendo intervir em todo o percurso apreciativo e decisório uma equipa de peritos das mais variadas áreas, seria uma forma de melhor garantir uma avaliação cuidada de opções que podem mudar toda uma vida de alguém e, nessa medida, melhor proteger as pessoas em questão.

Em termos gerais, contra os seguidores de trilhos mais formais, surgem todos aqueles que na linha dos já referidos Princípios de Yogyakarta, se filiam na adopção de um critério do reconhecimento do sexo por auto-identificação. Com efeito, estando em causa um verdadeiro direito fundamental, é ao próprio que cabe a escolha / opção e não a um decisor terceiro, abrindo portas a apreciações casuísticas, subjectivas e por vezes discriminatórias.

Assim, nesta última linha, a opção por um procedimento de menor peso formal, apresenta-se como mais consentâneo com a protecção e defesa destas pessoas.

Todavia, quer numa solução simplificada, quer por uma via de mais robusta formalidade, parece ser pacífico considerar que se devem observar as máximas da celeridade, transparência e facilidade / acessibilidade, tornando efectivo e pronto o direito ao reconhecimento da identidade de género, ao invés de algo ilusório e meramente teórico.

A noção de celeridade assume particular dimensão neste domínio. A implementação de um mecanismo seguro e efectivo, mas não determinante de uma marcha prolongada no tempo e com uma tomada de decisão num prazo razoável, é uma das formas de reduzir vivências de discriminação, humilhação e até aviltamento¹⁹¹.

191 Daí se questionar a exigência que muitos ordenamentos reclamam, de prova de vivência ao longo de vários anos, no papel do sexo que se pretende ver reconhecido.

Por seu turno, um procedimento transparente, ou seja, fixando regras claras, objectivas e de simples leitura (evitando grande margem de interpretação e concretização), contendo possibilidade de recurso perante decisão desfavorável, reduz as possibilidades de abusos, livre arbítrio e até decisões contraditórias¹⁹².

Em último, a ideia de facilidade/acessibilidade, denota não só a preocupação da existência de um modo compreensível e claro de ao mesmo aceder, utilizar e concretizar, como à necessidade de o mesmo não assumir um custo económico incomportável para os cidadãos economicamente desfavorecidos¹⁹³.

5.1.3. Requisitos médicos

Nesta dimensão, está em causa avaliar se o reconhecimento da identidade de género deverá depender de procedimentos médicos prévios, tais como, cirurgia de reatribuição de sexo, esterilização, tratamentos hormonais, processos cirúrgicos vários, diagnósticos de saúde mental.

Em vários ordenamentos, apresenta-se como pré-requisito para acesso a intervenções médicas ou tratamentos, a existência de diagnóstico médico elucidando perturbação de identidade de género, disforia de identidade de género ou transexualismo.

Noutras situações, apela-se apenas à realização de tratamentos hormonais que, dizem os seus defensores, são a terapia básica para equilibrar as tensões decorrentes da disforia de género ou distúrbio de identidade.

Emergem ainda posicionamentos onde a realização de cirurgia de reatribuição de género é o caminho natural e normal de uma pessoa “verdadeiramente *trans*” e a forma de resolver estes quadros de desajuste, entre o género atribuído e aquele que a pessoa vive, sente e assume. Nessa medida, tal deve ser condição.

Existem ainda alguns quadros em que é necessário um parecer psiquiátrico e / ou psicológico, garantindo que o peticionante vive e sente de forma irreversível uma identidade de género oposta à atribuída à nascença.

Suporta tal entendimento a necessidade de verificação destas ou de algumas destas condicionantes, as circunstâncias de salvaguardar que há uma razão determinante e justificativa das alterações a desencadear, como também, a de obviar e reduzir riscos de eventuais fraudes e potenciais perigos sociais¹⁹⁴.

192 A adopção de um instituto simples e com regras de fácil compreensão e aplicação permitirá, pensa-se, uma maior liberdade de utilização.

193 Convém salientar que, muitas destas pessoas, precisamente por atitudes preconceituosas e discriminatórias, muitas vezes, têm dificuldades em trabalhar e, conseqüentemente, auferir rendimentos certos e fixos que lhe confirmam algum desafogo.

194 Dentro destes, há quem aponte que é importante acautelar situações sociais que podem ser constrangedoras, como a utilização de casas de banho públicas.

Como opositores a esta linha de exigências, surgem todos os defensores de que por vezes há diagnósticos médicos que falham. Na verdade, este tipo de exigências ilustram uma insuportável limitação ao direito à autodeterminação de género¹⁹⁵ e atestam que não se está perante uma patologia, mas antes face uma manifestação da diversidade dos seres humanos¹⁹⁶.

São cada vez mais evidentes as vozes opinando que as pessoas *trans* deixem de figurar enquanto casos de diagnósticos de saúde mental e passem ser consideradas como pessoas reclamando condições de saúde sexual.

Situações há em que se reclama a existência de um tempo de vivência como pessoa do género que se pretende adquirir, o que pode demonstrar a efectiva

195 Por exemplo, a Resolução nº 2048 (2015) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adoptada em 22 de Abril de 2015 – Discriminação contra as pessoas transgénero na Europa –, vem recomendar aos Estados-Membros o reconhecimento da identidade de género através de procedimentos de mudança da menção do sexo e de nome próprio rápidos, transparentes, acessíveis e baseados na autodeterminação, assim como a abolição da esterilização e de outros tratamentos médicos, incluindo a apresentação de um diagnóstico de saúde mental.

1. *In the light of these considerations, the Assembly calls on member States to:*

1.1. (...), 6.1.1. (...), 6.1.2. (...), 6.1.3. (...), 6.1.4. (...), 6.1.5. (...)

1.2. *as concerns legal gender recognition:*

1.2.1. *develop quick, transparent and accessible procedures, based on self-determination, for changing the name and registered sex of transgender people on birth certificates, identity cards, passports, educational certificates and other similar documents; make these procedures available for all people who seek to use them, irrespective of age, medical status, financial situation or police record;*

1.2.2. *abolish sterilization and other compulsory medical treatment, as well as a mental health diagnosis, as a necessary legal requirement to recognize a person's gender identity in laws regulating the procedure for changing a name and registered gender;*

1.2.3. (...), 6.2.4. (...), 6.2.5. (...)

Disponível em <http://semantic-pace.net/tool/pdf.aspx?doc=HROcDovL2Fzc2VtYmx5LnNVzS5> – Acesso em linha em 17/07/2017.

196 Uma Resolução do Parlamento Europeu, de 28 de Setembro de 2011, sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de género nas Nações Unidas, veio sublinhar no seu ponto 16. a emergência da Organização Mundial de Saúde retirar os transtornos de identidade de género da lista dos transtornos mentais e comportamentais e a velar por uma reclassificação não patologizante nas negociações sobre a 11ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11), sendo que no seu ponto 13. *Condena muito firmemente o facto de que a homossexualidade, a bissexualidade ou a transsexualidade sejam vistas por certos países, inclusive na UE, como uma doença mental, e solicita aos diferentes Estados que lutem contra esse fenómeno; solicita, em especial, a despsiquiatrização do percurso transexual e transgénero, a livres escolha da equipa de tratamento, a simplificação da mudança de identidade e a cobertura pela Seguranga Social.*

Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-Ta-20> – Acesso em linha em 17/07/2017.

assunção dessa nova identidade de gênero e, conseqüentemente, que o indivíduo se enquadra nesse registro.

Este pressuposto pode suscitar diversas dificuldades. Desde logo, apurar qual o tempo razoável e necessário para demonstrar a integração no gênero que se pretende assumir. Por outro lado, saber e definir *o que é e o que abrange* essa tal vivência – há homens mais masculinos do que outros e mulheres mais femininas do que outras, o que não demonstra necessária e concomitantemente, que os homens menos masculinos e as mulheres menos femininas, queiram ter um papel / posição diferente da atribuição feita à nascença; a inversa também é verdadeira, ou seja, a circunstância de um homem ser evidentemente masculino ou de uma mulher ser claramente feminina, não faz por si só concluir que estão em conformidade com esse gênero atribuído¹⁹⁷.

Acresce que, não raras vezes, exactamente pelo receio / medo de discriminação, seja ela de que tipo for (social, laboral), essas vivências são experienciadas em segredo, no recato da intimidade e, por isso mesmo, dificilmente escrutináveis.

Nesta medida, pode tratar-se de um requisito pouco consistente e de duvidosa utilidade.

Adicionalmente, cumpre referir, que uma avaliação deste tipo de requisito, obrigará necessariamente à intervenção de médicos, logo, valem as razões já sopesadas, quanto à falibilidade do diagnóstico e à eventual violação de direitos fundamentais.

Na actualidade, vem emergindo uma forte corrente que defende que a exigência de qualquer destes requisitos, isolada ou cumulativamente, é caminho completamente contrário ao respeito pela integridade física da pessoa¹⁹⁸, trata-

197 A título de exemplo do referido veja-se o conhecido caso do campeão olímpico no decatlo em 1976, o americano Bruce Jenner.

198 Em Fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Administrativo da Áustria proferiu uma decisão, considerando que a cirurgia obrigatória não era uma condição necessária para a mudança de gênero.

Igualmente, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal proferiu um comunicado em Dezembro de 2005, referindo que a intervenção cirúrgica como uma condição prévia para a mudança de sexo é cada vez mais vista como opção problemática ou até indefensável.

Referência em HAMMARBERG, Thomas, *ibidem* pp. 15 e 16.

Cite-se ainda como exemplo de tendência de afastamento deste tipo de exigências, uma decisão do Tribunal de Administrativo de Estocolmo, de 19 de Dezembro de 2012, onde expressamente se afirmou que a exigência legal de esterilização para efeitos de reconhecimento da identidade de gênero, redundava numa ilegalidade e numa violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Disponível em http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Swedwn_Sterilisation_veredeiv_19_12_2012_EN.docx. Verdict.in.Swedish.SE.pdf. Acesso em 17 de Novembro de

se de exigências que muitas vezes não são possíveis de pôr em prática, quer por razões de saúde, quer por razões financeiras, quer por inexistência de profissionais suficientemente habilitados para avaliação dos casos concretos.

5.1.4. Requisitos de legitimidade e capacidade

Neste circunspecto, importa analisar os segmentos relacionados com a idade, estado civil, parentalidade.

Também aqui, os mais variados desenlaces se apresentam, com mais ou menos detalhes, com vantagens e inconvenientes.

a) Idade

O factor idade mostra-se como um dos mais discutidos e sensíveis neste domínio.

Argumenta-se que a exigência de maioridade é um caminho razoável pois uma alteração de género implica alterações substanciais na vida do indivíduo, com consequências que poderão ser irreversíveis (mormente nos casos em que concomitantemente se exige prévia cirurgia de reatribuição de género).

Levantam-se dúvidas quanto à capacidade de o menor decidir, de o fazer em consciência das consequências da sua decisão, de perceber e antever o alcance da opção tomada.

A construção do indivíduo enquanto tal e a sua autonomia individual, resultam de um processo evolutivo e dinâmico que o vai tornando, por via da observação, da aprendizagem, da análise e da ponderação, alguém seguramente capaz de ajuizar e decidir em termos biológicos, psicológicos, sociais e afectivos. A edificação do ser humano decorre de um percurso faseado e, fundamentalmente, em torno de três pilares – o biológico, o social e o ético.

E, partindo de tal, parece poder retirar-se que a pessoa, enquanto tal, não nasce com autonomia em nenhum destes segmentos, necessitando de protecção e amparo no seu processo evolutivo de crescimento e amadurecimento¹⁹⁹.

2017.

Ainda na mesma linha a exposição de motivos da Lei Holandesa relativa à identidade de género, onde se refere a exigência do pré-requisito de infertilidade irreversível deve ser considerado desproporcional em relação ao resultado desejado, mudança de menção relativa ao sexo no assento de nascimento.

Disponível em <http://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2012/09/03/memorie-van-toelichting-voorwaarden-voor-en-de-bevoegdheid-ter-zake-van-wijziging-van-de-vermelding-van-het-geslacht-in-de-akte.pdf>. Acesso em 17 de Novembro de 2017.

199 Ver, neste sentido, o Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *ibidem* p. 18.

- até aos 7 anos, a criança não tem consciência de “ser autónomo”, reduz o bom ao que dá

Anote-se ainda que, em termos de perspectiva médica, muitos são os que opinam que existe um grande número de casos nos quais, em criança e antes da puberdade, se diagnostica disforia de género mas esta não se mantém inevitavelmente na fase adulta²⁰⁰.

Igualmente em termos médicos, se defende que são variáveis os momentos próprios para concretizar tratamentos hormonais, procedimentos cirúrgicos, cirurgias de reatribuição de género e diagnosticar disforia de género.

Ora, na presença de todo o expendido, pode parecer algo temerário não se seguir uma linha mais garantística e afastar-se, entre outros requisitos, a maioria do peticionante.

Em abono desta ideia, ainda que não se revele um argumento de grande peso, a necessidade de se calcorrearem passos inovadores, mas com alguma segurança.

Não se ignora que, no sistema vigente, os menores de idade, a partir dos 16 anos, podem contrair casamento²⁰¹, realizar determinados negócios jurídicos²⁰²

prazer; fundamentalmente obedece, incapaz que é de hierarquizar valores;
- dos 7 aos 14 anos, assiste-se a um progressivo desenvolvimento da sua capacidade de decisão, emerge a capacidade de fazer juízos valorativos, mas não com imparcialidade.
- a partir dos 14 anos, acelera-se a sua compreensão de “ser com os outros”, aumenta a sua capacidade de assumir a responsabilidade pelos actos cometidos e valoriza-se a intimidade, dando-se início ao processo de construção da identidade pessoal (...). É tempo de ser ouvido em quanto lhe respeita. E é ainda tempo de ser (...) apoiado no processo da compreensão de si (...) o adolescente de 16 anos não está ainda em situação de exercer o direito de autodeterminação mas tão-só no patamar da elaboração cognitiva e sensitiva que o levará a essa compreensão, para posterior e oportuna decisão (...).

200 *Consultation Paper: Part 1, Gender Recognition*, ibidem p. 196.

201 Cfr. CCivil da RAEM.

Artigo 1479º (Impedimentos Dirimentes Absolutos)

São impedimentos dirimentes, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra:

- a) A idade inferior a 16 anos;
- b) (...), c) (...)

Artigo 1482º (Impedimentos Impedientes)

São impedimentos impedientes, além de outros designados em leis especiais:

- a) A falta de autorização dos pais ou do tutor para o casamento do nubente menor, quando não suprida judicialmente; b) (...).

202 Cfr. CCivil da RAEM

Artigo 116º (Excepções à incapacidade dos menores)

1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei:

- a) (...)
- b) Os negócios próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância;
- c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido

e até ser responsabilizados criminalmente²⁰³.

Igualmente, não se desconhece a corrente que é importante considerar o facto de, não raras vezes, jovens *trans* serem vítimas de sérias discriminações, enfrentado rejeições, exclusão ou alvo de *bullying*, na sua rotina diária²⁰⁴.

Argumentos estes que podem ser usados para sufragar a tese contrária, mormente, na defesa de se fixar o limite no patamar dos 16 anos²⁰⁵.

Porém, em qualquer destas situações, parece que não se está na presença de actos / acções / decisões que poderão ser irremediavelmente irreversíveis e, consequentemente, perante decisões que não terão retorno e / ou emenda possível sem incalculáveis custos em termos de *vida*.

Aqui também talvez se deva acantonar a problemática dos casos de intersexualidade²⁰⁶ e se, uma vez apurado / assumido o género, não correspondendo o mesmo ao atribuído à nascença, e caso tal opere antes da maioridade do indivíduo, faz sentido aguardar por este momento para o efectivo reconhecimento da identidade de género, prolongando todas as vivências e consequências que isso pode acarretar.

Tal aspecto, em muitos dos quadros legais visitados, não resulta expressa e distintamente tratado. Eventualmente pela dificuldade em definir com precisão o alcance das situações de intersexualidade e as autonomizar com certeza e alguma dose de segurança do universo mais geral da designação *trans*.

Esta dimensão não se mostra despicinda em termos de ponderação, como

autorizado pelo seu representante legal a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

2. (...).

203 Cfr. CPenal da RAEM.

Artigo 18º (Inimputabilidade em razão da idade)

Os menores de 16 anos são inimputáveis.

204 Por estas razões, quer na Finlândia, quer na Suécia, grupos de peritos nomeados pelos respectivos governos para análise da questão da idade, recomendaram reflexão e discussão quanto à possibilidade de se reduzir o limite de idade para os peticionantes.

Protecting Human Rights Of Transgender Persons. A short guide to legal gender recognition. Conselho da Europa, pg.18.

Disponível em <http://eur.cor.int/1680492119.pdf>. Acesso em 26 de Setembro de 2017.

205 Discussão que hoje se vive no ordenamento jurídico português, por exemplo.

206 A intersexualidade significa uma variação de caracteres sexuais incluindo cromossomas, gónadas e/ou órgãos genitais que dificultam a identificação de um indivíduo como totalmente feminino ou masculino, podendo até envolver ambiguidade genital. Casos em que uma pessoa nasce com uma genitália que aparenta ser o que é usualmente considerado um pénis ou uma vagina e que durante a puberdade se pode definir de um outro modo ou até durante a fase adulta.

Pessoa que nasce com uma anatomia reprodutiva ou sexual que não se encaixa na definição típica de sexo feminino ou masculino.

adiante se verá, e eventualmente poderá recomendar um tratamento próprio.

b) Estado civil

Exorbita como outro segmento alvo de discussão e ponderação nos mais diversos palcos.

As questões decorrentes da exigência ou não quanto ao estado civil prendem-se, em muito, com o facto de, tratando-se de peticionante casado, o reconhecimento da identidade de género, porque implicando a aceitação e legitimação de um género diferente do atribuído à nascença, redundando na aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Na verdade, permitir-se que pessoa casada obtenha o reconhecimento da identidade de género adquirido, mantendo o seu original estado civil, quando casado, conduz necessariamente a que o seu casamento passe a constituir um casamento entre dois homens ou duas mulheres. Em jurisdições em que tal não esteja legalmente permitido, poderá ser uma forma de contornar uma proibição legal.

Tem-se entendido em instâncias internacionais, mormente no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, e no que se refere ao direito de contrair casamento expresso no artigo 12º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²⁰⁷, os Estados não são obrigados a garantir às pessoas do mesmo sexo o acesso ao casamento, sendo que devem gozar de margem de liberdade de apreciação e reflexão quanto ao tempo e forma adequados a produzir legislação neste campo e, bem assim, quanto aos efeitos a reconhecer e salvaguardar relativamente às uniões entre duas pessoas do mesmo sexo. Nesta linha de pensamento, o Tribunal afirma que aqui não está tanto em causa o valor *vida privada*, mas preponderantemente a noção de *vida familiar* e o que a mesma comporta²⁰⁸.

Paralelamente, tem-se assistido por parte do mesmo Tribunal, embora a propósito de questões relacionadas com filiação, à tomada de posição no sentido de se reconhecerem como relações de parentalidade, a ligação existente entre uma criança e duas pessoas do mesmo sexo, o que de certo modo pode mitigar o

207 ARTIGO 12º Direito ao casamento

A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

208 Com esta abrangência, cite-se o caso *Schalk e Kopf v. Áustria*, No 30141/04, de 24 de Junho de 2010, em que dois homens pretendiam o reconhecimento da sua relação como casamento, sendo que tal não era permitido ao tempo pela lei austríaca, o Tribunal entendeu que apesar de o direito a casar não estar limitado a um homem e a uma mulher, cabe a cada Estado decidir sobre a possibilidade de reconhecer ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo, defendendo ainda que a relação entre pessoas do mesmo sexo merece amparo face à necessidade de respeitar o direito à vida privada e o direito à família.

tradicional conceito de família / casamento / comunidade familiar²⁰⁹.

Por outro lado, ainda que não haja proibição clara quanto a casamentos de pessoas do mesmo sexo, tem-se opinado que importará salvaguardar o outro cônjuge, ou seja, o reconhecimento da identidade de género de um, resultando da necessidade de sufragar o respeito e a protecção dos seus direitos fundamentais, não deve / não pode implicar um ónus para o outro, de ter que manter um vínculo que não foi por si desejado, querido e efectivamente alcançado. Os limites do respeito pela dignidade e privacidade de um defrontam-se com a necessidade de igualmente respeitar e proteger os do outro.

Aduz-se, ainda, que a manutenção do estado de casado e a permissão legal nesse sentido bule com a noção de casamento, assente e concebida como uma estável comunidade composta por homem e mulher, edificada sob esses pressupostos.

Em sentido contrário, posicionam-se os defensores da ideia de que, uma exigência do tipo assume-se como mais uma discriminação dirigida às pessoas *trans*, obrigando-as a divorciaram-se, quando pretendem manter o seu estatuto de casados e a família que daí adveio²¹⁰. Tal, tanto mais evidente se torna, nos ordenamentos onde expressamente se consagram, como liberdades e garantias fundamentais, a *liberdade de contrair casamento* e o *direito de constituir família*²¹¹.

O Comité para os Direitos Humanos das Nações Unidas, em 19 de Agosto de 2014 e em relatório produzido a respeito da Irlanda, em matéria de direitos civis e políticos, recomendou que fosse garantido, em termos de reconhecimento da identidade de género, a não exigência como condição para tal, da dissolução do casamento ou de união de facto²¹².

209 Neste campo cite-se o caso *Salgueiro da Silva v. Portugal*, No 33290/96, de 21 de Dezembro de 1999, onde se entendeu, no Tribunal, que a entrega do exercício exclusivo das responsabilidades parentais à mãe do menor, em virtude de o pai ser homossexual e viver com outro homem, viola o princípio da proibição de discriminação contido no artigo 14º da Convenção.

210 Neste sentido, TANIGUCHI, Hiroyuki, *ibidem* p. 113.

Requiring an applicant for gender recognition to be unmarried could force couples to divorce when they want to stay married by forcing them to choose between preserving their marriage or fulfilling the needs of one spouse to legally change his or her gender. This fails to demonstrate respect for the dignity of the couple or for the individual spouse (...).

211 A situação da RAEM, por via da previsão do artigo 38º da Lei Básica.

212 Comité para os Direitos Humanos, *International Covenant on Civil and Political Rights – Concluding observations on the fourth periodic report of Ireland – CCPR/C/IRL/CO/4*.

Neste relatório e a respeito da igualdade de género, pode ler-se:

(...) It should also ensure that transgender persons and representatives of transgender organizations are effectively consulted in the finalization of the Gender Recognition Bill so as to ensure that their rights are fully guaranteed, including the right to legal recognition of gender without the requirement of dissolution of marriage or civil partnership.

A título de exemplo, cite-se uma decisão do Tribunal Constitucional da Áustria que, por uma decisão proferida em 2006, ao determinar que a mudança de sexo no registo de nascimento não pode ser dificultada pela existência de matrimónio anterior, acabou por levar à atribuição do direito a uma mulher transexual de mudar o sexo masculino para o feminino e, nesta medida, manter o seu casamento²¹³.

Igualmente se invoca que, por esta via, se poderá perpetuar uma concepção tradicional do casamento, apenas reconhecendo como realidade familiar legítima e acobertada pelo direito, a constituída com base no binómio homem/mulher, sendo certo que nos dias de hoje tendem a surgir outras composições familiares, partindo mais de noções de afectos, sentimentos e vivências.

Salienta-se, neste circunspecto que, no âmbito das relações entre dois adultos, e cada vez mais, se podem desenvolver diversas formas de vida em comum que reproduzem aquelas que a lei considera como relações familiares que, em tudo o que as rodeia e as alimenta, é equivalente ao casamento entre uma mulher e um homem, sendo indiferente para a noção de família efectiva o que e quem as compõe. Sobressai cada vez mais o entendimento de que o relacionamento entre duas pessoas, sejam do mesmo sexo ou de sexos diferentes ou até de formas de estar diversas, são notas da *vida privada* e, mais precisamente da *vida familiar*, valores estes de dimensão fundamental a respeitar, não cabendo ao poder interferir²¹⁴.

c) Parentalidade

A parentalidade, e as relações daí emergentes, trata-se de aspecto consequente com o reconhecimento da identidade de género que importa também abordar.

Sendo omissos em termos de referência neste particular, muitos dos ordenamentos existentes, alguns há em que a ausência de filhos se apresenta como um pré-requisito, outros existindo que apenas exigem não haver filhos menores (Japão²¹⁵).

Um dos argumentos usados no sentido da ausência de filhos, ou, pelo menos não haver filhos menores, prende-se com a estabilidade e equilíbrio necessários ao crescimento e desenvolvimento das crianças. Pretende-se evitar

Disponível em <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAq> – Acesso em linha em 19/07/2017.

213 Decisão proferida em 18 de Julho de 2006, Bverfg, 1 Bvl. 04/01. Referência em HAMMARBERG, Thomas, *ibidem* p. 15.

214 Ver neste sentido e a propósito da proibição da discriminação baseada na orientação sexual, GILBAYA CABRERO, Estela, “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in *Revista de Derecho Político*, Uned, nº 91 (septiembre-diciembre), p. 312 e segs.

215 Ver o artigo 3º da Lei japonesa e já referenciado em momento anterior – nota 49 ?.

possíveis distúrbios nas relações parentais, proteger aquilo que entende ser a saúde psicológica e emocional da criança e proporcionar-lhe um ambiente considerado estável²¹⁶.

Outra razão a esgrimir, resulta do facto de a liberdade do indivíduo cessar no momento em que a mesma pode colidir com a liberdade do outro, ou seja, o reconhecimento e aceitação da identidade de género entretanto adquirida, pelo pai ou pela mãe, implicará consequências, para o(a) filho(a), as quais este(a) pode não ser capaz de assumir e que, pelo menos numa determinada fase da vida (nomeadamente enquanto criança), poderá ser desproporcional e até injusto, ter que as acarretar.

Transversalmente, invocam-se razões relacionadas com o conceito de família, seguindo a linha do binómio homem/mulher, da invocação das leis da natureza em termos de procriação, pelo que, qualquer ser humano só poderá ser fruto de, e consequentemente ter, um pai e uma mãe e não já, dois pais ou duas mães.

Na verdade, o ser humano, em termos de gestação, resulta sempre de um homem e de uma mulher, sendo que o estabelecimento da filiação, não se resume à criação de uma comunidade de afectos e ligações mais ou menos estreitas e densas, nem a um simples estatuto jurídico que se constrói por via de lei que o regule. Há sempre que confrontar com as leis da biologia²¹⁷.

Em defesa da ausência de qualquer condicionalismo neste segmento, alinham-se diversas razões.

Desde logo, a circunstância de tal condição desencadear um mecanismo de restrição de direitos fundamentais e um factor de discriminação²¹⁸.

Por seu turno, este tipo de exigência poderá exercer efeitos perversos no filho (menor ou não), fazendo-o sentir como causa de mau estar e/ou infelicidade no seu progenitor, podendo a sua vida passar a estar dominada por sentimentos de culpa. Assim, o equilíbrio e a estabilidade que se pretendem assegurar, são antes sentimentos de angústia e sofrimento.

Acresce que haverá filhos (menores ou não) que pela sua própria personalidade, contexto em que se inserem, modo como se desenvolveram, estão perfeitamente preparados para enfrentar a mudança de género de um

216 Neste sentido, TANIGUCHI, Hiroyuki, *ibidem* p. 113.

217 Neste sentido, GRIJOLO, Michele, *Sexualities and the ECHR: Introducing the Universal Sexual Legal Subject*, EJL, 2003, Vol. 14 No. 5, p. 1024 e segs.

218 Em abono da não existência de limitações neste patamar, cite-se a mero título de exemplo uma decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso P. V. v. Spain, No. 35159/09, de 30 de Novembro, onde se afirmou que a identidade de género de um dos pais, não pode ser usada e invocada para limitar o exercício dos seus direitos parentais.

Disponível em www.echr.coe.int/Documents/Fs_Gender_Identity_ENG.pdf. Acesso em linha 27 de Setembro de 2017.

dos pais e até cientes de que esse será o melhor caminho para o bem-estar da família.

Em abono, vem ainda notar-se que o que está em causa é uma questão de família, a resolver no seio desta, e que, por certo, a decisão que se toma, ponderou todos os cambiantes, não cabendo ao governo, dirigir a forma como se desenvolvem as relações familiares.

Sustenta-se também que o condicionar à não existência de filhos parte do pressuposto preconceituoso de que ter pais *trans* é algo de mau, de negativo, denotando a ideia de que estes devem estar num outro mundo, numa outra realidade, fomentando assim a segregação.

Convém também não excluir a corrente que se vem afirmando e reivindicando como a defensora de um verdadeiro *direito à autodeterminação parental* onde, ultrapassando-se o obstáculo à forma biologicamente natural de gestação de um filho, se propugna a gestação / criação por duas pessoas do mesmo sexo, através da adopção conjunta, da procriação medicamente assistida ou da chamada gestação de substituição.

Por último, pode redundar numa contradição inultrapassável. Reconhece-se a identidade de género, atribui-se-lhe conforto legal, mas, por outro lado, afirma-se que havendo filhos, o que se pretende tornar igual já não o é, o que se visa proteger não tem a mesma protecção, o que se almeja alcançar não é atingível – “afinal há que ignorar que em determinadas famílias há pessoas *trans*”.

Nesta medida, talvez porque se desponta elemento de dificuldade reconhecida, pelas diversas implicações, muitas configurações jurídicas são omissas ou relegam para a avaliação caso a caso, se a existência de filhos é ou não óbice ao reconhecimento da identidade de género.

5.1.5. Intersexualidade

A questão da intersexualidade, por razões que se prendem com as particulares características que a mesma exhibe, pode eventualmente reclamar um tratamento próprio, como acima se fez notar.

A noção e alcance de intersexualidade nem sempre se apresenta com contornos bem definidos, suscitando, muitas vezes, acaloradas discussões, desenvolvendo-se debates nos meios médicos e nas diversas organizações envolvidas na defesa dos direitos das pessoas *trans*, sobre quais as condições / exigências a observar, para que se enquadre determinada pessoa, nesse universo.

Todavia, parece mais ou menos aceitável que se incluam neste domínio da intersexualidade, todos aqueles que apresentem um condição / situação em que em termos de cromossomas, gónadas, anatomia sexual externa ou interna,

não se enquadram com clareza no binómio mulher / homem²¹⁹²²⁰.

Muitos dos quadros de intersexualidade não se vislumbram no momento do nascimento, sendo que por vezes apenas se revelam pela altura da puberdade perante a ausência de diversas manifestações típicas desta fase da vida.

Precisamente pelo facto de operarem estas dificuldades – definição exacta de quais as condições necessárias para se estar perante um intersexual e ausência de elementos característicos de tal durante um certo período de tempo da vida –, também se tem mostrado difícil determinar o número de pessoas que possam assumir essa condição.

Por outro lado, por força dessas mesmas contingências, não raras vezes, estabelecer a fronteira entre intersexualidade, transexualidade, transgénero e outros universos *trans*, se mostra tarefa árdua, existindo uma tendência para se incluir todos estes registos, num mesmo e tratar essas realidades de forma unívoca.

Esta realidade, em muitas situações, tem sido usada para justificar e sedimentar a necessidade de reconhecer o direito às pessoas *trans* a verem consignado em lei o seu estatuto, apesar de se tratar de problemáticas distintas, servindo, em muito, como justificação para afastar a necessidade de exigências do tipo, prévia cirurgia de reatribuição de género, obrigatoriedade de determinados tratamentos hormonais ou outros precedentes procedimentos médicos.

Acresce que a própria comunidade intersexual tem recorrido ao apoio das pessoas integrantes do grupo *trans*, no sentido de verem fortalecidos e aceites os seus direitos, suportando a ideia de que tudo deve ser tratado no patamar do reconhecimento da identidade de género.

No percurso efectuado a propósito da temática, em termos de direito comparado, e com vista a ser acobertada de modo específico, algumas jurisdições adoptaram a possibilidade de marcadores legais de género neutro²²¹, terceiro género²²² ou até inexistência de qualquer referência²²³.

219 Citam-se como exemplos, alguém com órgãos genitais exteriores com aparência feminina, testículos e ausência de órgãos femininos internos, alguém com um clítoris de grande dimensão e sem vagina ou, alguém com um pénis diminuto e escroto seccionado semelhante a grandes lábios.

220 Igualmente se incluem nestes exemplos, todas aquelas pessoas cujo padrão cromossomático não se enquadra nem corresponde ao quadro XX/XY.

221 O caso de Malta – cfr. nota 87.

222 A Alemanha que desde Novembro de 2013, permite que o registo do sexo de um recém-nascido fique em branco, nas situações em que não se consegue determinar como feminino ou masculino. Referência in Parecer do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, *ibidem* p. 15.

223 Pode entender-se, por residência, o local onde a pessoa vive; a residência implica sempre um carácter de permanência, local onde a vida se desenrola em termos de constância, onde se exerce a actividade profissional, onde se desenvolvem em termos de estabilidade e continuidade as relações familiares e sociais.

A favor de regular especificamente estes casos invoca-se a circunstância de se tratar de realidade com notas muito próprias, reclamando por isso uma consagração legal que o acalente.

Os partidários da solução contrária defendem que à míngua de critérios seguros, objectivos e válidos que identifiquem o intersexual, integrar todas estas realidades no grande conceito *trans*, permite não só os reconhecer como também afastar a tentação de exigências mais invasivas do corpo humano, caminhando o reconhecimento da identidade de género para a noção de uma aceitação plena do direito à autodeterminação.

Questões também se têm suscitado quanto à solução de prever os aludidos marcadores legais *género neutro* e / ou *terceiro género* que, podendo potenciar actos discriminatórios em relação aos indivíduos que o exibam nos seus documentos, igualmente patenteiam um quadro que ficciona a realidade da natureza humana.

Acresce que uma solução legal do tipo, pode transportar para a lei tudo aquilo que se pretende evitar que é a comum confusão conceptual entre *sexo* e *género*. Com efeito, mormente nos documentos de identificação e de viagem, as menções que existem referem-se ao sexo e não ao género.

5.1.6. Requisitos de cidadania (nacionalidade, residência, domicílio)

Diferentes abordagens exorbitam quanto a esta questão, desde ordenamentos a admitir o recurso ao procedimento apenas a nacionais, outros que estendem a todos os que tenham residência²²⁴, *residência habitual*²²⁵, ou domicílio²²⁶ no respectivo país de condução do procedimento, outros ainda o facultando a pessoas

224 Conceito usado na Convenção de Haia sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 25 de Outubro de 1980, e que foi transposto para vários ordenamentos europeus. Artigo 3º

A deslocação ou a retenção de uma criança é considerada ilícita quando:

- a) Tenha sido efectivada em violação de um direito de custódia atribuído a uma pessoa ou a uma instituição ou a qualquer organismo, individual ou conjuntamente, pela lei do Estado onde a criança tenha a sua residência habitual imediatamente antes da sua transferência ou da sua retenção; e

- b) (...)

(...).

Na mesma linha, o Regulamento (CE) nº 2201/2003, de 27 de Novembro, onde no seu artigo 3º e nas diversas alíneas do nº 1, usa a expressão *residência habitual*.

225 O domicílio, por seu turno, parece não assumir, necessariamente, uma conotação de permanência e constância, podendo ser variado e em função das suas finalidades – domicílio voluntário geral (artigo 83º do CCivil), domicílio profissional (artigo 84º do CCivil), domicílio electivo (artigo 86º do CCivil), entre outros.

226 No ordenamento jurídico português vigente, é o que decorre claramente da previsão do artigo 2º da Lei nº 7/2011, de 15 de Março, figurando como condição de legitimidade.

asiladas e refugiadas, prevendo-o expressamente.

Ainda se encontram soluções que são completamente omissas nesta matéria.

Estas notas de várias referências e dimensões demonstram que diversas dificuldades podem suscitar-se.

Desde logo, se, num primeiro momento, parece pacífica a noção de nacionalidade, surgem dúvidas quanto ao entendimento e abrangência dos conceitos de residência, residência habitual e domicílio, nos vários ordenamentos jurídicos.

Trata-se de questão de algum melindre.

Casos de dupla nacionalidade, em que, por força de uma delas e no país respectivo é reconhecida a identidade de género adquirida, e já para outra o não é.

Quadros em que, dada a residência / residência habitual / domicílio num determinado contexto geográfico e ao abrigo da sua jurisdição, é reconhecida a identidade de género adquirida, mas no Estado da nacionalidade tal é proibido.

Situações em que, no Estado da nacionalidade, a coberto do seu regime, é reconhecida a identidade de género adquirida, mas no relativo à residência / residência habitual / domicílio, tal não é possível.

Muitos invocam que estas díspares possibilidades, eventualmente conducentes à existência de duas identidades diversas, relativamente à mesma pessoa, entre outros perigos, podem facilitar a circulação e movimentação de pessoas com problemas policiais e/ou judiciais.

Nessa medida, a opção pela via da nacionalidade tem sido vista como um terreno mais seguro²²⁷, não se revelando esta baliza, como em outros segmentos, um mecanismo tão questionável.

Na RAEM, atentando aos seus estatutos, regime legal e características, esta problemática assume particular acuidade, reclamando uma particular cautela quanto a eventuais requisitos a verificar neste domínio.

Com efeito, resulta claro da Lei Básica que, tendo a RAEM um alto grau de autonomia, gozando de poderes executivo, legislativo e judicial independente²²⁸, é parte inalienável da República Popular da China, inexistindo por isso a

227 Contudo, está em discussão a possibilidade de alargamento a pessoas estrangeiras residentes em Portugal, nomeadamente por via da proposta de Projecto de Lei n.º 242/XIII/1.ª (BE), onde no seu artigo 4.º (Legitimidade e capacidade), na alínea b) do seu n.º 1 se propõe a seguinte redacção: *Tenha nacionalidade portuguesa ou autorização de residência válida, incluindo autorização provisória de residência atribuída a requerentes de proteção internacional; (...).*

228 Artigo 2.º

A Assembleia Popular Nacional da República Popular da China autoriza a Região Administrativa Especial de Macau a exercer um alto grau de autonomia e a gozar de poderes executivo, legislativo e judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância, de acordo com as disposições desta Lei.

nacionalidade de Macau.

Por outro lado, gozam do estatuto de residentes permanentes em Macau, beneficiando por isso de um estatuto especial, não só cidadãos chineses, como também cidadãos de outras nacionalidades, desde que verificados determinados pressupostos, mormente tempo e momento da residência em relação à constituição da RAEM, como decorre da Lei Básica²²⁹⁻²²⁸. Em paralelo, existe a figura dos residentes não permanentes.

Acresce que, por força do regime consagrado no CRegCiv da RAEM²³⁰, são sujeitos a registo, entre outros factos ocorridos no Território, o nascimento²³¹,

229 Artigo 24º

Os residentes da Região Administrativa Especial de Macau, abreviadamente denominados como residentes de Macau, abrangem os residentes permanentes e os residentes não permanentes.

São residentes permanentes da Região Administrativa Especial de Macau:

- 1) Os cidadãos chineses nascidos em Macau antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, bem como os seus filhos de nacionalidade chinesa nascidos fora de Macau;
- 2) Os cidadãos chineses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e os seus filhos de nacionalidade chinesa nascidos fora de Macau, depois de aqueles se terem tornado residentes permanentes;
- 3) Os portugueses nascidos em Macau que aí tenham o seu domicílio permanente antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau;
- 4) Os portugueses que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente;
- 5) As demais pessoas que tenham residido habitualmente em Macau pelo menos sete anos consecutivos, antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau, e aí tenham o seu domicílio permanente;
- 6) Os filhos dos residentes permanentes referidos na alínea 5), com idade inferior a 18 anos, nascidos em Macau antes ou depois do estabelecimento da Região Administrativa Especial de Macau.

As pessoas acima referidas têm direito à residência na Região Administrativa Especial de Macau e à titularidade do Bilhete de Residente Permanente da Região Administrativa Especial de Macau. Os residentes não permanentes da Região Administrativa Especial de Macau são aqueles que, de acordo com as leis da Região, tenham direito à titularidade do Bilhete de Identidade de Residente de Macau, mas não tenham direito à residência

230 Diploma aprovado pelo Decreto-Lei nº 59/99/M, de 18 de Outubro.

231 Artigo 1º (Objecto e obrigatoriedade do registo)

1. Devem ingressar no registo civil de Macau, os seguintes factos ocorridos no Território:

- a) O nascimento;
- b) (...), c) (...)
- d) O casamento;
- e) (...), f) (...), g) (...), h) (...), i) (...)
- j) O óbito.

sendo que, todos os actos sujeitos a registo, lavrados fora do Território pelas entidades competentes e relativos a indivíduos com residência habitual no Território, podem ingressar no registo civil em face dos documentos que o comprovem, em conformidade com as regras do local de emissão e desde que não haja manifesta incompatibilidade com a ordem pública²³².

Em relação ao assento de nascimento, constam como elementos essenciais, além de outros, o nome completo do registando e o sexo²³³.

Importa ainda considerar a disciplina reguladora do residente permanente e do direito de residência na RAEM²³⁴, onde claramente se apela a uma noção de residência habitual e, bem assim, ao regime respeitante aos residentes na RAEM (residentes não permanentes)²³⁵, onde se faz referência a certificado de residência / autorização de residência.

Neste vector, há também um outro elemento a atender, o diploma que regula a entrada, permanência e fixação de residência no território da RAEM que enuncia um outro conceito – residência temporária²³⁶.

Em presença deste quadro normativo, há que sopesar qual o universo de abrangência neste campo²³⁷, tendo sempre presente que todos quantos aqui permanecem (residentes permanentes, residentes temporários, visitantes) têm as

2.A obrigatoriedade de ingresso abrange ainda os factos que ocorram no território e determinem a modificação ou extinção de qualquer dos referidos no número anterior.

232 Artigo 5º (Actos lavrados fora do Território)

1) Os actos de registo lavrados fora do Território pelas entidades competentes, respeitantes a indivíduos com residência habitual no Território, podem ingressar no registo civil em face dos documentos que os comprovem, em conformidade com a lei local onde foram emitidos e desde que não haja manifesta incompatibilidade com a ordem pública.
(...).

233 Artigo 81º (Conteúdo do assento)

1. Além dos requisitos gerais, o assento de nascimento deve conter os seguintes elementos:
 - a) O nome completo do registando, escrito em maiúsculas, quando romanizado;
 - b) O sexo;
 - c) (...), d) (...), e) (...), f) (...)
 2. (...), 3) (...)

234 Lei n.º 8/1999, onde em diversos preceitos se faz apelo a residência habitual (artigos 1º, 4º, 5º).

235 Regulamento Administrativo n.º 23/2002, mormente o seu artigo 3º.

236 Decreto-Lei n.º 2/90/M, de 31 de Janeiro.

237 Um cidadão de nacionalidade portuguesa nascido em Macau, consta do registo civil. Caso opere uma mudança de sexo, efectuada em Portugal, há ou não que fazer em Macau o respectivo averbamento? Tal acontecerá apenas se for residente permanente? Ou também se for residente não permanente, mas com residência habitual? E como proceder em relação a documentos de viagem, mormente o passaporte?

Muitas questões se poderão colocar.

mais diversas nacionalidades e, nessa medida, em termos de respectiva identidade estão sujeitos às regras dos ordenamentos jurídicos de onde são originários.

Talvez importe ainda aqui fazer notar que a RAEM é, por excelência, um território onde há uma imensa comunidade de migrantes, a qual tende a movimentar-se com relativa frequência o que, neste contexto, pode suscitar uma série de dificuldades a ultrapassar.

Na verdade, as pessoas *trans*, por tudo o que tal encerra, têm muitas vezes vários problemas a enfrentar nos postos fronteiriços pois, o seu aspecto físico não corresponde ao nome e sexo indicados nos seus documentos de identidade e de viagem, detalhes que poderão pura e simplesmente os impedir de viajar.

5.1.7. Reconhecimento de decisão estrangeira em matéria de identidade de género

Neste vector pretende-se abordar qual a eficácia e consequências a atribuir a uma decisão estrangeira, reconhecendo a identidade de género atribuída, ou seja, se uma decisão de uma outra jurisdição aceitando a alteração de género deve ou não ser validamente reconhecida numa outra, na afirmativa, se sob algumas condições e, neste caso, quais.

Também aqui se encontram diferentes abordagens ao longo dos vários ordenamentos jurídicos que assumem o reconhecimento da identidade de género, desde os que nada referem, aos que utilizam critérios mais ou menos restritivos – reconhecimento, desde que no país da alteração tal seja validamente reconhecido, reconhecimento, se a pessoa em causa é cidadão ou tem residência no país emissor da decisão de reconhecimento, contanto que a decisão estrangeira tenha sido proferida de acordo com as mesmas condições e requisitos vigentes na jurisdição que também se pretende implementar.

Outro mecanismo de confirmação pode emergir de acordos a celebrar, nesta matéria, entre dois ou mais ordenamentos. Nesta linha de solenização, desponta o caminho criado pelo instrumento internacional que constitui a Convenção (nº 29) relativa ao Reconhecimento de decisões sobre Mudança de Sexo, assinada em Viena em 12 de Setembro de 2000²³⁸.

Em defesa de uma via de aceitação de decisão estrangeira e por método simples, alinham-se todos aqueles que entendem que, tendo o interessado vivido todo um processo válido e legítimo de reconhecimento de identidade de género, não faz sentido tal questionar e/ou não acatar, nomeadamente, se estiver em causa

238 Convenção oriunda da Comissão Internacional para o Estado Civil (ICCS/CIEC).

De acordo com o seu artigo 1º, as decisões judiciais ou administrativas, definitivamente proferidas, reconhecendo a mudança de sexo de uma pessoa e tomadas pelas autoridades competentes de um Estado Contratante, são reconhecidas por outro Estado Contratante, desde que que o interessado seja cidadão daquele ou ali tenha residência habitual.

cidadão do país emissor da decisão.

Por outro lado, o não reconhecimento da decisão, pode desencadear dificuldades para o próprio, desde as básicas rotinas, a situações de maior complexidade, em virtude da disparidade de informação decorrente dos diferentes documentos de identificação, emitidos por diferentes jurisdições²³⁹.

Mais dificuldades se podem suscitar, pensa-se, no tratamento dos casos em que está em causa, uma decisão de uma jurisdição de acolhimento, conferindo a identidade de género a interessado aí residente habitual, mas cidadão do ordenamento que se pretende reconheça aquela decisão.

Aqui, poder-se-á, por via indirecta alcançar um resultado que a lei não prevê e / ou não quer e, bem assim, criar tratamentos diferentes de situações iguais, ferindo, desta forma, o princípio da igualdade.

Este particular ponto impõe reflexão apurada e, talvez por isso, muitos Estados nos seus regimes próprios não o tratam especificamente, relegando para os tribunais, sendo disso espelho o facto de, até ao momento, apenas 5 países (Alemanha, Áustria, Espanha, Grécia e Holanda) terem assinado a Convenção acima notada.

5.1.8. Efeitos do reconhecimento da identidade de género

Este segmento de reflexão prende-se com a eventual necessidade de, por forma expressa, existirem disposições a regularem todas as consequências a desenvolver, na sequência do reconhecimento da identidade de género assumida, em termos pessoais e patrimoniais, mormente por via da consagração de um preceito amplo ou seguindo uma estrutura mais detalhada.

Outra dimensão aqui a ponderar prende-se com a possibilidade ou não de reversão/modificação da situação adquirida com o reconhecimento da identidade de género.

Também aqui se encontram diversas soluções legislativas, entre caminhos que não contemplam directamente tais dimensões, e outros que o fazem de forma precisa abordando aspectos que vão desde as consequências pessoais e familiares até às questões relativas a responsabilidade criminal.

Numa linha de maior detalhe, como acontece por exemplo com a Irlanda²⁴⁰

239 Imagine-se um cidadão francês, residente habitual de Hong Kong, portador de passaporte francês e documentos de identificação franceses, sendo igualmente possuidor de cartão de residente em Hong Kong. Vê reconhecida a sua identidade de género em França e por via disso, toda a sua documentação é alterada. Contudo, na jurisdição de Hong Kong mantém-se o seu estatuto de origem, pelo que, em termos do seu dia-a-dia, a pessoa que tem residência em Hong Kong não corresponde ao cidadão francês, o que o pode impedir, por exemplo, de contratar determinados serviços.

240 Gender Recognition Act 2015.

ou no Reino Unido, pode o instrumento legislativo fixar um vasto elenco de consequências a desencadear por força do reconhecimento da identidade de género, dando-se acolhimento a ideias de certeza e segurança no tratamento das questões abrangidas – parentalidade, direitos de propriedade, títulos nobiliárquicos, etc.

Todavia, encetando este caminho, poderá omitir-se a referência e tratamento de aspectos também de relevo o que, em termos práticos poderá determinar processos interpretativos e, nessa medida, potenciar decisões contraditórias perante realidades com as mesmas características.

A opção por nada referir em termos de efeitos, como parece transparecer do regime existente em Portugal²⁴¹, deixando caminho para a utilização dos mecanismos legais existentes no CRegCivil, CCivil, entre outros diplomas, permitindo uma maior capacidade de tratamento de todas as questões que possam surgir, igualmente potencia percursos concretizadores por via de análise e ponderação, logo a possibilidade de conclusões díspares na presença de quadros factuais semelhantes.

Na presença destes dois quadros extremados, a opção por solução próxima da existente na Lei Argentina, a qual contém um dispositivo que expressamente consagra que todos os direitos e obrigações existentes na esfera do visado, antes da alteração, se mantêm apesar do reconhecimento da identidade de género²⁴², parece compatibilizar as vantagens e os inconvenientes acima enunciados.

5.2. Método a seguir (proposta)

O catálogo dos direitos fundamentais sufragados no ordenamento jurídico da RAEM por via da Lei Básica e da Declaração Conjunta parece permitir defender a pretensão das pessoas *trans*, respeitante à mudança legal de nome e de sexo.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana enquanto máxima envolvente e inerente às dimensões da pessoa humana, integrando as noções de reserva da intimidade da vida privada, identidade pessoal (contendo o segmento de identidade sexual) e o direito à saúde, convocam que na RAEM se trilhe processo legiferante.

Nesta medida e face a todo o expendido, e numa concretizadora intenção legislativa no sentido de consagração do reconhecimento de identidade de género, sempre ponderando toda a realidade envolvente em termos sócio culturais, entende-se que talvez faça sentido traçar um plano de estudo e acção, integrando os seguintes vectores essenciais:

Disponível em <http://www.tn1.ie/pgasp?contentid=586>. Consulta em linha em 17 de Dezembro de 2017.

241 Lei nº 7/2011, de 15 de Março.

242 Cfr. nota 103.

1. Constituir um Grupo de Trabalho, com personalidades de diversos campos de formação, com experiência e conhecimentos, nomeadamente, nas áreas do direito, da medicina, da ética, da biologia, da psicologia e da sociologia.
2. Conferir a esse Grupo de Trabalho a tarefa de, em período a fixar, elaborar documento, abordando os aspectos em 5.1 enunciados, e outros decorrentes do estudo e reflexão que eventualmente se mostrem pertinentes, e que se sintetizam:
 - O direito à identidade de género, deve ou não ser expressamente reconhecido pela jurisdição da RAEM.
 - Esse reconhecimento deve operar por via de meras alterações em legislação vigente, nomeadamente o CRegCivil, ou antes, mediante lei específica.
 - O procedimento a seguir, deve ser um procedimento mais simplificado de cariz meramente administrativo, ou antes, tratado junto dos tribunais ou um de Comité / Comissão de Reconhecimento de Identidade de Género de composição mais alargada com personalidades de diversas formações académicas.
 - Para o reconhecimento da identidade de género deve ou não reclamar-se a verificação de requisitos médicos.

Na afirmativa, que tipo de exigências médicas das quais pode depender o reconhecimento de identidade de género:

- cirurgia de reatribuição de sexo;
 - procedimentos cirúrgicos e quais os relevantes;
 - tratamentos hormonais e qual o tipo a verificar;
 - tratamentos de psicoterapia, quais e por que período;
 - relatório comprovativo de perturbação de género, emitido por que entidade ou entidades, obedecendo, ou não, a determinados critérios e quais (história, o que caracteriza a perturbação, qual o tempo mínimo de vivência da perturbação);
 - outros procedimentos médicos, indicando quais e o que devem conter;
 - apenas um destes requisitos ou mais do que um, e, na afirmativa, quais e em que termos (impositivos, preferentes, alternativos).
 - Requisitos de legitimidade e capacidade e, quais.
- Idade, fixar-se ou não idade mínima e qual.
 - Estado civil - exigir-se ou não, como pré-requisito, o interessado não ser casado e / ou não se encontrar em união de facto.
 - Parentalidade – ausência de filhos ou apenas ausência de filhos menores

de idade.

- Há que implementar outro tipo de condições, na afirmativa, quais.

- Consagração de normas específicas para as situações de indivíduos intersexo.

- O procedimento apenas pode ser usado por residentes permanentes da RAEM, ou outros indivíduos, e, na afirmativa, quais e em que circunstâncias.

- As decisões estrangeiras atribuindo identidade de género são ou não reconhecidas na RAEM e, na afirmativa, relativas a que interessados, mediante a verificação ou não de condições e, naquele caso, quais.

- O reconhecimento da identidade de género, implicando consequências legais diversas – alteração de diversos documentos, titularidade de bens, registos vários, informação policial e criminal –, como proceder e a quem incumbe fazer.

- Proceder no diploma específico toda a matéria relativa às consequências legais decorrentes do reconhecimento da identidade de género ou, antes, realizar os ajustes necessários nos diversos diplomas próprios.

- Consagrar ou não, para além dos aspectos atinentes ao procedimento para o reconhecimento da identidade de género, outras medidas contra o generismo e a transfobia, mormente, em matéria relativa ao acesso à saúde, educação, trabalho, protecção social e não discriminação.

Conclusão

A questão do reconhecimento da identidade de género, entendida como uma das dimensões dos direitos de personalidade, está intimamente ligada com a protecção / respeito / concretização da ideia da Dignidade da Pessoa Humana e, concomitantemente, com o reconhecimento, aceitação e amparo de todo e qualquer indivíduo enquanto pessoa única, nas suas diversas dimensões – pessoal, familiar, social.

Na verdade, a identidade de género parte de uma ponderação individual e pessoal, existente no foro mais íntimo de cada um que, não sendo exclusivamente inato, envolve os mais diversos segmentos – entendimento pessoal, imagem social, enquadramento familiar, desejos sexuais, modo de expressão e comunicação²⁴³²⁴².

Acresce que, o direito ao desenvolvimento da personalidade demanda abrigo abrangente, englobando a formação da personalidade e o reconhecimento de um espaço de autonomia, de liberdade e de realização pessoal²⁴⁴.

243 Neste sentido ROCHA, Maria Vital da e SÁ, Itanieli Rotondo, *ibidem*, p. 2348.

244 Neste sentido, MIRANDA, Jorge e MEDEIROS Rui, *ibidem*, p. 286 e segs.

Parece também inquestionável que, a identidade de género está intimamente relacionada com a forma como a pessoa se sente em relação à sua identidade sexual e quanto ao seu papel sócio-sexual, pelo que, em muitas situações, indivíduos há que experienciam uma vivência correspondente ao sexo que não corresponde ao atribuído à nascença.

Estas realidades, igualmente potenciadoras de variados conflitos emocionais são também ? causadoras de discriminação, sendo factor de exclusão em muitos domínios da vida em sociedade.

Precisamente na busca de enfrentar estes quadros vivenciais, vêm existindo ordenamentos jurídicos que, permitindo a comumente chamada *mudança de sexo*, lhes vêm dando acantonamento e roupagem legal.

Na verdade, por via da noção de identidade de género e do seu reconhecimento, está a compreender-se que, por vezes, o sexo conferido à nascença pode não ter correspondência com a identidade que se vai desenrolando no processo de crescimento e de desenvolvimento.

Trata-se de trilho traçado por várias Organizações Internacionais, por pronunciamentos decorrentes de decisões de tribunais internacionais e por vários Estados de diferentes Continentes, culturas e registos jurídicos.

Surge assim como desafio dos ordenamentos jurídicos actuais, não só enfrentar esta problemática como também, por forma segura, clara e transparente, colmatar vazios legais existentes, regulando-a, e por essa via eliminar todas as barreiras que possam existir e conduzir a quadros discriminatórios, ou assumir que não se perfilham as notas da chamada *ideologia do género* e, portanto, o que prepondera é sempre o factor natureza, ou seja, o facto biológico.

De todo o enunciado, não se pretendendo um apego cego a uma desconstrução geral da normatividade sexual, pensa-se que no seguimento das mais variadas recomendações, a opção pelo tratamento legal do reconhecimento da identidade de género na RAEM, assumindo e enfrentando situações reais existentes, vem na linha de um significativo número de realidades sociais, culturais e jurídicas que o fizeram, algumas delas de famílias jurídicas similares.

Com efeito, por muitos exercícios interpretativos que se possam ensaiar, a legislação em vigor não permite o reconhecimento da identidade de género de forma clara e segura.

Não se desconhece o ambiente algo conservador e tradicional da sociedade que integra o Território da RAEM. Todavia, igualmente desponta uma envolvimento onde convivem diversas culturas e vivências, sendo o intercâmbio de pensamento e filosofias de vida, uma característica evidente desta sociedade, mostrando-se assim como um terreno fértil a desbravar.

Tratando-se de matéria complexa reclamando uma profunda reflexão, entende-se de primordial importância, seguindo o procedimento normal em

termos legiferantes, uma ampla e alargada discussão pública, ainda que com base em documentos e estudos a produzir para o efeito, envolvendo os mais diversos sectores da sociedade, sobre o modo como a tratar e regular.

Despontam como pontos essenciais de ponderação, qual o tipo de intervenção, quais as exigências a reclamar, que universo de cidadãos a abranger e quais as consequências a retirar das situações em que se permita, em relação a um indivíduo, a alteração do nome e da menção relativa ao sexo.

No conjunto das dificuldades a superar, e em termos de condições a fixar para o reconhecimento da identidade de género, face às características específicas da RAEM, para lá dos requisitos médicos e dos de capacidade e legitimidade, talvez um outro grande desafio a ultrapassar se prenda com aspectos de nacionalidade / naturalidade.

Reconhecendo-se que se trata ainda de um longo caminho a percorrer e ponderar, crê-se que um debruce, um estudo e uma reflexão alargada sobre o tema, poderão ser um primeiro passo para encontrar soluções que abracem os diversos casos já notados como existentes na comunidade e outros que possam emergir.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - Comentário do Código Penal à luz da Consituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2008.

ALEXANDRINO, José de Melo – O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2003.

AMARAL, Maria Lúcia – *O Cidadão, o Provedor de Justiça e as Entidades Administrativas Independentes*. Lisboa, 2002. pp. 53 – 77.

BÉNITEZ, Octavio Salazar, “La identidad de género como derecho emergente” - *Revista de Estudios Políticos*. Madrid. nº 169 (jul.-set 2015). pp 75-107.

BURGGRAF, Jutta - “Género (Género)” in *Léxico da Família, Termos ambíguos e controversos sobre Família, vida e aspectos éticos*, Conselho Pontifício para a Família. Cascais: Principia, 2010. pp. 541- 549.

CAMPOS, Diogo Leite de – *Nós – Estudos sobre os Direitos das Pessoas*. Coimbra: Edições Almedina, Março 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CARDINAL, Paulo - *Estudos de Direitos Fundamentais no contexto da Jsmacau*. Macau: Fundação Rui Cunha, Abril 2005.

CHIAM Zhan, DUFFY Sandra e GIL Matilda González – *Trans Legal Mapping Report – Recognition before the law*. [em linha]. Novembro de 2016, p. 22. [Consult. 12 julho. 2017]. Disponível em https://ilga.org/downloads/TLMR_ENG.pdf

CHONG, Ieong Wan (tradução de TAN, Vivian) – *Anotações à Lei Básica da RAEM* – Macau: Associação da Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005.

CID, Nuno de Salter – *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*. Coimbra: Almedina, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa – *Curso de Direito Civil: parte geral*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

ELÓSEGUI ITXASO, Maria - *Diez Temas de Género, Hombre y Mujer ante los derechos productivos y reproductivos*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, Novembro de 2002.

GALEOTTI, Giulia – *Gender Genere, Chi vuole negar ela differenza mashio-femina? L'alleanza tra femminismo e Chiesa cattolica*. Roma: Edizioni Viverein, 2009.

GAOES, I. “Sex Change ‘legal’ in Namibia “- *Windhoek Observer de 6/06/2013*. [em linha] [Consult. 14 jul. 2017]. Disponível em <https://observer24.com.na/national/1602-sex-change-legal-in-namibia>.

GILBAYA CABRERO, Estela, “La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”- *Revista de Derecho Político*. Madrid: UNED. nº 91 (septiembre-diciembre). p. 305-340.

GRIJOLO, Michele – *Sexualities and the ECHR: Intriducing the Univeral Sexual Legal Subject*. EJL. Vol. 14. nº 14, 2016.

HAMMARBERG, Thomas, “Direitos Humanos e Identidade de Género, Relatório Temático” – *Comissão de Direitos Humanos do Conselho da Europa*. [em linha]. Série de Publicações do TvT. Volume 5, p. 6. [em linha] [Consult. 26 set. 2017]. Disponível em <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2015/08/Hberg-port.pdf>.

KNAUER, Nancy J. – *Gender Matters: Making the Case for Trans Inclusion*. Legal Studies Research Paper Series. Research Paper No. 2007-10, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade – *Fundamentos de Metodologia Científica*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA e SILVA, Bruna Camilo de Souza e OLIVEIRA, João Felipe Zini Cavalcante – *Lei de Identidade de Género: Uma análise Comparativa da Lei Argentina e o Pl 5002/2013 do Brasil*. Ouro Preto: Libertas. Volume 2. nº 1, 2016.

MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. 9ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*.

Tomo I. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MISSÉ, Miquel e COLL-PLANAS, Gerard – *El género desordenado – críticas en torno a la patologization de la transexualidad*. Barcelona-Madrid: Egales, 2010.

MOIZARD, Catherine Haguenu, “La Lute Contre Le Racisme pour La Droit En France Et au Royaume-Uni”- *Revue Internationale de Droit Comparé*. Ano 51, nº 2 (abr.-jun 1999).

NANI, Giovanni Ettore e LOTUFO, Renan – *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Castanheira A.- *A Revolução e o Direito*. Lisboa, 2002.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS – *License to Be Yourself – Laws and advocacy for legal gender recognition of trans people*. 2014.

PALAZZANI, Laura – *Identità di genere. Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*. Milão: Edizioni San Paolo, Cinisella Balsamo, 2008.

PATTO, Pedro Vaz – “A Lei de Identidade de Género e os Limites da Onnipotência do Legislador”, in *Amor, Verdade e Vida*, LOGOS (Texto em Cópia, facultado ao candidato).

PATTO, Pedro Vaz, e ALMADA, Gonçalo Portocarrero de - *Porque não – Casamento entre pessoas do mesmo sexo*. Lisboa: Bertrand, 2010.

PEREIRA, Rui, “O Princípio da Igualdade em Direito Penal”- *O Direito*. Ano 120, I-II (Janeiro-Junho), 1988.

PERES, Ana Paula Ariston Barion – *Transsexualismo: O Direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PINTO, Paulo Mota, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau” - *Boletim da Faculdade de Direito de Macau*, n.º 8, ano III, p. 89 e ss.

ROCHA, Maria Vital e SÁ, Itanieli Rotondo, “Transexualidade e o Direito Fundamental à Identidade de Género”- *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*. Ano 2. nº 3, 2013. pp. 2337 - 2364.

RUEDA, Natalia, “Corrección del registro civil por cambio de sexo. A propósito de una sentencia italiana:ruptura del paradigma heterossexual del matrimonio?”- *Revista de Derecho Privado*, 28. Colombia:Universidad Externado de Colombia. p.4 [em linha] [Consult. 14 nov. 2017]. Disponível em <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4559/5337>.

SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TANIGUCHI, Hiroyuki, “Japan’s 2003 Gender Identity Disorder Act: The Sex Reassignment Surgery, No Marriage, and No Child Requirements as Perpetuations of Gender Norms in Japan”- *Asian-Pacific Law & Policy Journal*. Vol.14:2.

VAN DUNEN, Francisca, “A Discriminação em função da raça na lei

penal”- *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Volume I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

XAVIER, Rita Lobo, “Direito a constituir família, discurso de igualdade de direitos das pessoas com orientação homossexual e a perspectiva do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos. Volume II*. Coimbra: Almedina, 2016. pp 463-486.

YAN, Li – *Estudos sobre as Questões Jurídicas relativas à Mudança de Sexo*. China: Editora do Regime Jurídico da China, 2014.

Fontes Documentais

Pareceres

Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA) – *Homophobia and Discrimination on the Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States, Part I – Legal Analysis*. [em linha] [Consult. 7 jul. 2017]. Disponível em http://www.fr.europa.eu/sites/default/files/fra.../192-FRA_hdgs_report_Part%20I_en.pdf.

Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa – *Resolução n° 2048 (2015) – Discriminação contra as pessoas transgénero na Europa* [em linha] [Consult. 21 set. 2014]. Disponível em <http://semantic-pace.net/tool/pdf.aspx?doc=HROcDovL2Fzc2VtYmx5LnNVzS5>.

Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas – *Observação Geral n° 20* [em linha] [Consult. 10 nov. 2017]. Disponível em <https://direitoshumanos.gddc.pt>.

Comité para os Direitos Humanos – *International Covenant on Civil and Political Rights – Concluding observations on the fourth periodic report of Ireland*. CCPR/C/IRL/4. [em linha] [Consult. 19 jul. 2017]. Disponível em <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpPRiCaq>.

Conselho da Europa – *Protecting Human Rights Of Transgender Persons. A short guide to legal gender recognition*. [em linha] [Consult. 26 set. 2017]. Disponível em <https://eur.cor.int/1680492119.pdf>.

Conselho da Europa – *Trans Rights Europe Index 2016*. [em linha] [Consult. 7 jul. 2017]. Disponível em <http://www.tgeu.org/wp-content/uploads/2016/05/Trans-Rights-Europe-Index-2016-WEB.pdf>.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida – Parecer N° 91/ CNEV/2017 Sobre o Projecto de Lei n° 242/XIII/1.a (BE) – *Reconhecimento do Direito à Autodeterminação de Género*.

Inter-Departmental Working Group on Gender Recognition (Hong Kong) – *Consultation Paper; Part 1, Gender Recognition*. [em linha] [Consult. 30 jun.

2017]. Disponível em <http://www.iwggr.gov.hk/eng/pdf/consultation01.pdf>.

ONU – *Integrating the Human Rights of Women throughout the United Nations System : report of the Secretary General*. [em linha] [Consult. 6 jul. 2017]. Disponível em <http://www.repositor.un.org/handle/11176/216278.pdf>.

UNESCO – *Gender Mainstreaming Implementation Framework for 2002-2007*. Paris, The Section of Women and Gender Equality of the Bureau of Strategic Planning 2003. [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://www.unescodoc.unesco.org/0013/001318/131854e.pdf>.

UNFPA – *Gender at the Heart of ICPD: the UNFPA Strategic Framework on Gender Mainstreaming and Womens's Empowerment*. [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://www.unfpa.org/publications/gender-heart-icpd.pdf>.

UN Women – *UN Women Concepts and Definitions*. [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://www.un.org/womenwatch/OSAGI/conceptanddefinitions>.

WHO – *Gender, Women and Health: what do we mean by “sex” and “gender”?*. [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://www.apps.who.int/gender/whatisgender/en>.

WHO – *Gender, Equality and Human Rights*. [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://www.who.int/gender-equity-rights/understanding/gender-definition>.

Instrumentos Internacionais

CARTA DO DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE ASPECTOS CIVIS DO RAPTO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS [em linha] [Consult. 24 jul. 2017]. Disponível em <http://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24.pdf>.

CONVENÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA PARA A PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – Convenção de Istambul [em linha] [Consult. 26 set. 2017]. Disponível em <https://rm.cor.int/168065fcb.pdf>.

CONVENÇÃO (Nº 29) RELATIVA AO RECONHECIMENTO DE DECISÕES SOBRE MUDANÇA DE SEXO [em linha] [Consult. 20 jul. 2017]. Disponível em <http://www.ciecl.org>.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM [em linha] [Consult. 7 jul. 2017]. Disponível em <http://www.dre.pt/declaração-universal-dos-direitos-humanos.pdf>.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL [em linha] [Consult. 26 set. 2017]. Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto-roma-tpi.pdf>.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://www.bo.io.gov/bo/i/92/52/leiar29.asp>.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA [em linha] [Consult. 24 jul. 2017]. Disponível em <http://www.clam.org.br/pdf/principios-de-yogyakarta.pdf>.

REGULAMENTO (CE) N° 2201/2003, de 27 de Novembro [em linha] [Consult. 28 jul. 2017]. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal.../PT/TXT/?...celex%3A32003R2201.pdf>.

Legislação

Portugal / RAEM

BE – PROJECTO DE LEI N° 242/XIII/1ª [em linha] [Consult. 5 jul. 2017]. Disponível em <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7161574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734d6a457457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl21-XIII.doc&Inline=true>.

CÓDIGO CIVIL DA RAEM (Versão Portuguesa). Macau: Imprensa Oficial de Macau, 1999.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS [em linha] [Consult. 25 jul. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=775&nversao=&tabela=leis&so_miolo=.

CÓDIGO CIVIL VIETNAM [em linha] [Consult. 11 jul. 2017]. Disponível em <http://auschamvn.org/editor/assets/Civil%20Code%20332005QH11-ENG.pdf>.

CÓDIGO PENAL DA RAEM (Versão Portuguesa). Macau: Imprensa Oficial de Macau, 1999.

CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS [em linha] [Consult. 20 jul. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=109A0038&nid=109&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo.

CÓDIGO DOS REGISTOS E NOTARIADO DA RAEM (Versão Portuguesa). Macau: Imprensa Oficial de Macau, 1999.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA [em linha] [Consult. 20 set. 2017]. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>.

DECRETO-LEI N° 19/99/M, de 10 de Maio – Regime de emissão de bilhete de identidade de residente [em linha] [Consult. 20 jun. 2017]. Disponível

em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/99/19/declei19.asp>.

LEI BÁSICA DA RAEM. Macau: Direcção dos Serviços de Justiça.

LEI N° 8/2002 – Princípios gerais do Regime do bilhete de identidade do residente na Região Administrativa Especial de Macau [em linha] [Consult. 20 jun. 2017]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/2002/31/lei08.asp>.

LEI N° 7/2011, de 15 de Março (Portugal) – Procedimento de Mudança de Sexo e de Nome Próprio no Registo Civil [em linha] [Consult. 25 jul. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?mid=1308...leis.

LEI DE PREVENÇÃO E COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DA RAEM (Lei n° 2/2016) [em linha] [Consult. 20 set. 2017]. Disponível em <http://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/14/lei02.asp>.

Estrangeira

África do Sul

ALTERATION OF SEX STATUS AND SEX. DESCRIPTOR ACT. N° 49 OF 2003 [em linha] [Consult. 13 jul. 2017]. Disponível em <http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a49-03.pdf>.

Alemanha

TRANSSEXUELLENGESETZ, TSG [em linha] [Consult. 11 jul. 2017]. Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/tsg/BJNR016540980.html>.

Argentina

LEY 26.743 – Ley de Identidad de Genero [em linha] [Consult. 10 jul. 2017]. Disponível em <http://infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197860/norma.htm>.

Austrália do Sul

BIRTHS, DEATH AND MARRIAGES (Gender Identity) [em linha] [Consult. 11 jul. 2017]. Disponível em <http://www.legislation.sa.gov.au/.../BIRTHS%20DEATHS%20ANDMARRIAGE%20%28GENDER%20IDENTITY%29AMENDMENT%20BIL>.

Austrália Ocidental

GENDER REASSIGNMENT ACT 2000 [em linha] [Consult. 11 jul. 2017]. Disponível em http://austlii.edu.au/au/legis/wa/consol_act/gra2000200.../wa/...act/gra2000200.rtf.

Bolívia

LEY N° 807- Ley de Identidad de Genero [em linha] [Consult. 13 dez. 2017]. Disponível em <http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/SantaCruz/pt.br/>

file/bolivia%20-20ley%20807%20-%20ley%20de%20identidad%de%20.pdf.

Brasil

DECRETO N° 8.727, DE 28 DE ABRIL DE 2016 [em linha] [Consult. 10 jul. 2017]. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil-03/-ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>.

Colômbia

DECRETO 1227 [em linha] [Consult. 13 jul. 2017]. Disponível em <http://minjusticia.gov.co/Portals/0/Ministerio/decreto%20unico/%23%20decretos/1.%20DECRETO%202015-1227%sexo%20%C3%A9.pdf>.

Equador

LEY ORGANICA DE GESTO DE LÁ IDENTIDADE Y DATO CIVIL [em linha] [Consult. 13 jul. 2017]. Disponível em <http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/2016/03/LEY ORGANICA RC 2016.pdf>

Espanha

LEY 3/2007, de 15 de Março – Ley reguladora de la rectificación registral de la mención al sexo de las personas [em linha] [Consult. 11 jul. 2017]. Disponível em <http://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-615-consolidado.pfd>.

Estado da Califórnia

RECOGNITION ACT. OF 2017 – STATE BILL No. 179, OF 15 OCTOBER 2017 [em linha] [Consult. 18 dez. 2017]. Disponível em http://legiifo.legislature.ca.gov/faces/billNaveClient.xhtml?bill_id

França

LOI N° 2016-1547 DU 18 NOVEMBRE 2016 [em linha] [Consult. 11 jul. 2017]. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/JUSX1515639L/jo>.

Holanda

LEI DA IDENTIDADE DE GÊNERO (tradução livre) [em linha] [Consult. 17 nov. 2017]. Disponível em <http://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2012/09/03/memorie-van-toelichting-voorwaarden-voor-en-de-bevoegdheid-ter-zake-van-wijziging-van-de-vermelding-van-het-geslacht-in-de-akte.pdf>

Índia

THE TRANSGENDER PERSONS (PROTECTION OF RIGHTS) BILL 2006 [em linha] [Consult. 12 jul. 2017]. Disponível em <http://www.prsindia.org/uploads/media/Transgender%20Persons%Bill%202016.pdf>.

Irlanda

GENDER RECOGNITION ACT 2015 [em linha] [Consult. 17 dez. 2017]. Disponível em <http://www.teni.ie/page.aspx?contentid=586>.

Malta

ACT. No. XI OF 2015, OF 14 APRIL 2015 – AN ACT for the recognition

and registration of the gender of a person and to regulate the effects so such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person [em linha] [Consult. 15 nov. 2017]. Disponível em http://tgue.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf.

Namíbia

BIRTHS, MARRIAGES AND DEATHS REGISTRATION ACT 81 OF 1963 [em linha] [Consult. 13 jul. 2017]. Disponível em http://www.africanchildforum.org/clr/Legislation%20Per%20Country/Namibia/namibia_birthreg_1963_en.pdf

Nova Zelândia

BIRTHS, DEATHS, MARRIAGES AND RELATIONSHIPS REGISTRATION ACT 1995 [em linha] [Consult. 12 jul. 2017]. Disponível em <http://legislation.govt.nz/act/public/1995/0016/latest/DLM364150.html>.

Reino Unido

GENDER RECOGNITION ACT 2004, 1ST JULY 2004 – An Act to make provision for and in connection with change of gender [em linha] [Consult. 6 jun. 2017]. Disponível em <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents>.

Suazilândia

BIRTHS, MARRIAGES AND DEATHS REGISTRATION ACT 5 OF 1983 [em linha] [Consult. 13 jul. 2017]. Disponível em http://www.africanchildinfo.net/clr/Legislation%20Per%20Country/swaziland/swaziland_birthreg_1983_en.pdf

Uruguai

LEY N° 18.620 Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en Documentos Identificatorios [em linha] [Consult. 10 jul. 2017]. Disponível em http://tbinternet.ohchr.org/treaties/CCPR/Shared%20Documents/URY/INT_CCPR_ADR_URY_15485_S.pdf.

VIDA DA FACULDADE

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(JAN — JUN 2022)



Notícias dos Mestrados e Doutoramentos

Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Chang Hou In	Comparative Criminal Law	Li Zhe	The Issue of Adopting Macau Criminal Mandatory Measures Upon Non-Residents	15/02/2022
Lou Ka Ian	International Commercial Law	Ho Heng Man	The Impact of Anti-Money Laundering And Counter-Terrorism Financing on Macau's Banking Industry and The Future Challenges	17/02/2022
Au Yeung Ka Hang Joshua	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Research on the Criminal Law Protection of Citizen's Personal Information From the Perspective of Comparative Law	27/04/2022
Che U	Comparative Criminal Law	Li Zhe	A Brief Discussion on The Short-Term Restrictions on Personal Freedom in Macao and Related Laws	27/04/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Shiyu	International Business Law	Li Ke	Research on Legal Regulation of Investment Insurance in China	10/05/2022
Zhu Yanrong	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Research on Civil Law Protection of Face Recognition	10/05/2022
Emma Cheng	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Research on Tort Liability of Copyright Infringement Problem Created by Artificial Intelligence	10/05/2022
Chen Xi	Civil Law and Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	The Study on The Application of “Significant Undercapitalization” in The System of Piercing The Veil	12/05/2022
Ma Zhiyuan	Civil Law And Intellectual Property Law	Ma Zhe	An Empirical Study on The Identification of Personality Confusion in Chinese Affiliated Companies – Based on 88 Judgments in 2021	12/05/2022
Pei Hongyan	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Research on The Legal Regulation of Personal Bankruptcy Fraud	12/05/2022
Zhang Xinfang	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Personal Information Protection Obligations of Internet Service Providers in Big Data ERA	12/05/2022
Tang Mingze	Civil Law And Intellectual Property Law	Tong Io Cheng	Why Rights Should Protect Free Will: An Intellectual History Study of Will Theory of Rights	13/05/2022

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Feng Xiaoyi	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	A Study on The Validity and Performance of Betting Agreements - An Analysis Based on Article 5 of The Minutes of The National Courts' Civil and Commercial Trial Work Conference	13/05/2022
Wang Jiayu	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	On The Introduction of The System of Mental Reservation in China	13/05/2022
Yang Yashu	Civil Law And Intellectual Property Law	Zhai Xiaobo	Analysis of The Application of Proportional Principles in Civil Law	13/05/2022
Guo Yuxue	Civil Law And Intellectual Property Law	Zhai Xiaobo	Is There A Right to do Something Wrong	13/05/2022
Zhang Yue	International Business Law	Zhai Xiaobo	The Ethic of The Unmanned Vehicle's Collision Algorithm and The Rule Utilitarianism	13/05/2022
Wei Yiming	International Business Law	Tong Io Cheng	Exploring The Concretization Path for "Ordinary Purposes" in The CISG	13/05/2022
Li Jianchu	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Zhai Xiaobo	Why Should The Pure Theory of Law Abandon its Bindingness Thesis?	13/05/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Wen Tianrui	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Kong Wa	Analyze The Reasons, Legal Basis and Contents on The NPC Improving The Electoral System of Hong Kong SAR	13/05/2022
Chong Yibo	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Kong Wa	On The Necessity of Incorporating Environmental Rights into The Constitution	13/05/2022
Li Rui	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	The Protection of The Accused's Rights in The System of Leniency of Guilty Plea	13/05/2022
Li Sining	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Feasibility Study on The First Instance as The Finality of Criminal Speedy Trial	13/05/2022
Wong Chi Wang	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Study on The Necessity and Feasibility of Cancellation of Minor Contravention of The "Road Traffic Law" of Macao	13/05/2022
Yang Hanshu	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Exploring The Implementation of The Principle of Effective Defense in The Leniency System for Confession of Guilt and Punishment	13/05/2022

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Chan Kam Leng	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Civil Remedies for The Right to Education	16/05/2022
Ma Siyang	Civil Law And Intellectual Property Law	Wang Chao	The Legality of Regulatory Risk in Vie Structures and The Way Forward	16/05/2022
Wong Hio Tong	International Business Law	Leong Cheng Hang	Privacy Concerns with The Normalization of “Health Code”	16/05/2022
Qiu Xiaoyan	International Business Law	Ho Heng Man	Study on The Power Transgression and Relaxation of Chinese-Foreign Cooperative Educational Institutions Under Gats	16/05/2022
Liu Jinying	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Discussion on The Position of Procuratorate in Environmental Civil Public Interest Litigation	17/05/2022
Li Hanlin	International Business Law	Leong Cheng Hang	Legal Risks and Regulation of Third Party Payments for E-Commerce In Mainland China	17/05/2022
Liu Jianning	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	An Analysis on The Influences of Combination of The CCDI and The NCS for The Nature of Supervisory Regulations	17/05/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Ao Jeong Sio Nga	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	The Problems and Some Suggestions for Improvement About The Administrative Judicial Appeal System in Macau	17/05/2022
Lam Wai Kei	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Ke	Discussion on Applying Sex Offenders Record System in Macau	18/05/2022
Zhang Yuehan	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	On The Application of China's Mandatory Reporting System for Infringement of Minors	18/05/2022
Yu Xiaotong	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	The Comparison and Analysis Between Chinese and American House Search System	18/05/2022
Yu Hongyin	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Research on Privacy Protection Under Big Data Investigation	18/05/2022
Zhu Fan	Criminal Law And Criminal Procedural Law	Li Zhe	Non-Prosecution System of Enterprise Compliance from The Perspective of Comparative Law	18/05/2022
Chen Xuyi	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Research on Unnecessary Medical Tort Liability – Take Oncology Diseases as An Example	19/05/2022
Du Benzhuang	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	A Study on The Issues of Personality Rights due to The Using of Brain-Computer Interface Technology	19/05/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Gao Yue	Civil Law And Intellectual Property Law	Du Li	Covid-19 Vaccine: Research on Legal Issues of Risk Responsibility Allocation	19/05/2022
Chan Kuai Ieng	Civil Law And Intellectual Property Law	Shui Bing	The Efficacy of Civil Law of Solicitation Behavior: The Judicial Adjudication's Standpoint from Chinese Court	19/05/2022
Sun Xiaojie	Civil Law And Intellectual Property Law	Shui Bing	Research on DEBT Accession System	19/05/2022
Xie Chengli	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	The Study on The Contract Termination Right of Breaching Party – From The View of Article 580 Of The Civil Code	20/05/2022
Huang Minghui	Civil Law And Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	The Judicial Application of “Breach of Contract in The Name of Contract Invalidity”	20/05/2022
Lei Hoi Kei	Civil Law And Intellectual Property Law	Fan Jianhong	Control of Standard Contract Terms by Legislative and Judicial Skills in Macau	26/05/2022
Feng Liyuan	Civil Law And Intellectual Property Law	Shui Bing	Research on The Principal's Imputability of Apparent Agency	31/05/2022
Tao Deyang	Chinese Language – Comparative Criminal Law	Li Zhe	Achieve Precise Criminal Policy and Criminal Justice from The Perspective of Criminal Integration – Taking Crimes Related to Covid-19 as An Example	06/06/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Lei Ka Man	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Comparison of Parole System in Macau and Mainland China	06/06/2022
Lei Chon Weng	Comparative Civil Law	Chin Chio Keong	Research on The Subpoena and Notification System of Civil Litigation in Macao	16/06/2022

Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Sio Wai Fong	Ciências Jurídicas	Teresa Lancry Robalo	Os Tipos de Culpa no Ordenamento Jurídico-Penal de Macau	11/05/2022
Ho Hio Teng	Ciências Jurídicas	Miguel Ângelo de Lemos	Legalização da Eutanásia e do Suicídio Medicamente Assistido em Macau	11/05/2022

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional dos Negócios



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Du Xueyun	International Business Law	Hsiao I-Hsuan	Saving Mashup Videos by Fair Use Under Fan Economy in China	16/05/2022
Leong Fong Hang	International Business Law	Muruga Perumal Ramaswamy	The Key Factors Contributing to The Success of an International Centre for Arbitration	16/05/2022
Vong Cheng Man	International Business Law	Rostam J Neuwirth	The Macao SAR's Negotiation and Accession to The WTO Government Procurement Agreement: Challenges for The Domestic Procurement Regime	16/05/2022
Li Songlin	International Business Law	Rostam J Neuwirth	Governance of Commercial Fake News in The Age of Social Media – Take China for Example	17/05/2022
Zhu Dongyun	International Business Law	Rostam J Neuwirth	Consent And Access to Platform Data	17/05/2022
Kou Weng Hong	International Business Law	Rostam J Neuwirth	Legal Regulation of Disinformation - Online Content	17/05/2022
Xin Hanwen	International Business Law	Li Ke	Opening Loot Boxes: How to Regulate Video Gaming in China	18/05/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Pang Huiran	International Business Law	Rostam J Neuwirth	The Imposition of Digital Service Taxes – Enlightenment for China	18/05/2022
Tsoi Ping Fai	International Business Law	Rostam J Neuwirth	“Force Majeure” As A Universal Clause to Protect Contract Entities in Times of Covid-19? Insights From Construction Contracts in The Macau SAR	18/05/2022
You Xuewen	International Business Law	Tu Guangjian	Research on Recognition and Assistance System of The Cross-Border Insolvency Proceedings	30/05/2022
Chen Yuechun	International Business Law	João Loreto Ilhão Moreira	Criminal Liability of Arbitrators: Law and Practice in China	30/05/2022
Lei Weng San	International Business Law	Rostam J Neuwirth	WTO Consistency of Trade Restrictions Related to Force Majeure Events	31/05/2022
Jin Rongjia	International Business Law	João Loreto Ilhão Moreira	Application of Covid-19 in The Exemption Clause of Article 79 of The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods	02/06/2022

Curso de Mestrado em Ciências em Língua Inglesa — Ciências de Dados



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Zheng Cong	Tu Guangjian	Legal Research Surrounding The Application of Privacy-Preserving Computation to Healthcare Data	10/05/2022
Wong Hio Lei	Muruga Perumal Ramaswamy	Legal Risk of Cloud Computing and Service Contract	10/05/2022
Zhou Tianyuan	Du Li	Privacy Protection of Minors in China (From The Perspective of Network Operators)	18/05/2022
Lao Chon Pong	Du Li	Autonomous Vehicles: The Need of Legislation in China	18/05/2022
Wang Yiming	Tu Guangjian	Causality Based Reinforcement Learning Used in Autonomous Driving Law Legislation	28/06/2022

Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia, Internacional e Direito Comparado



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Deng Qin	Comparative Law	Paulo Canelas de Castro	A Comparative Study on The Construction of Family Trust System Between China and Britain and America	23/05/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Shu Yuwei	Comparative Law	Muruga Perumal Ramaswamy	Balancing Copyright Concerns and Fair Use Defense in The Live Streaming of Online Games	23/05/2022
Chen Xiaoyun	European Union Law	Paulo Canelas de Castro	Regulation of Standard Essential Patents from The Perspective of European Union Competition Law	23/05/2022
Xie Fali	European Union Law	Paulo Canelas de Castro	Interplay Between The EU FDI Screening and Merger Review: Conflict Or Synergy	23/05/2022
Liu Lei	International Law	Paulo Canelas de Castro	The South China Sea Territorial Disputes	23/05/2022
Zhang YINUO	International Law	Muruga Perumal Ramaswamy	Research on Issues of Data Localization Measures: From The Perspective of International Trade Law	23/05/2022
Yan Ziqing	International Law	Paulo Canelas de Castro	International Water Law Regarding to The Sustainable Development of The Lancang-Mekong River Basin	23/05/2022
Wu Youhan	International Law	Muruga Perumal Ramaswamy	Legal Assurance of Chinese Enterprises' Investment in Mongolia Under The Perspective of Foreign Investment Law	23/05/2022
Li Mingrui	International Law	Muruga Perumal Ramaswamy	The Copyrightability And Ownership of Ai-Generated Works	23/05/2022

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Deng Ke	European Union Law	Paulo Canelas de Castro	Research on The Dispute Settlement of The EU's Investment Court System	30/05/2022
Song Qiancong	International Law	Muruga Perumal Ramaswamy	The Rise of Unmanned Ship and Response of China	30/05/2022

Curso de Doutoramento em Língua Chinesa



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Gao Zhen	Doctoral Degree Programme Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Wang Chao	The Research of The Power of Interpretation of The Basic Law by The Courts of Hong Kong and Macao Special Administrative Region	25/02/2022
Liu Wentao	Doctoral Degree Programme Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Wang Chao	The Value Analysis for The Basic Law of HKSAR	30/03/2022
Liu Zhengting	Doctoral Degree Programme Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	Research on Several Issues of Special Administrative Region Governance: From The Perspective of National Governance	25/04/2022



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Li Bo	Doctoral Degree Programme Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Wang Chao	Research on The Legal Mechanism of Guangdong Macao In-Depth Cooperation Zone Under The Framework of “One Country, Two Systems”	23/06/2022
Lin Bowen	Doctoral Degree Programme Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Jiang Chaoyang	A Research on The Protection of Personal Information by Administrative Law Under Risk Regulation Theory	27/06/2022

Curso de Doutorado em Língua Inglesa



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Huang Zeyu	Doctoral Degree Programme International Business Law	Tu Guangjian	Party Autonomy in Choice of Court Under Chinese Inter-Regional Conflict of Laws	22/03/2022
Riccardo Vecellio Segate	Doctoral Degree Programme International Business Law	Rostam J Neuwirth	The Distributive Surveillant Contract: Reforming “Surveillance Capitalism Through Taxation” Into A Legal Teleology of Global Economic Justice	27/06/2022

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Juanjuan	Doctoral Degree Programme International Business Law	Alexandr Svetlicinii	Artificial Intelligence and Intellectualization of Civil Litigation in China: Challenges and Prospects	29/06/2022



ACTIVIDADES DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Publicações

Boletim

- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º44, em Língua Chinesa
- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º45, em Língua Chinesa
- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º48, em Língua Portuguesa

Textos Jurídicos

Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume I, Introdução, Relações familiares, Filiação, Adopção

Autor: Manuel Trigo

Publicado em 2021, 1.^a Reimpressão

Faculdade de Direito da Universidade de Macau



ACTIVIDADES DO INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS



- 24/01/2022 - Seminar: Doing dual-class stock wrong: The UK divergence from Hong Kong and Shanghai on dual-class stock
Speaker: Prof. Bobby Reddy
- 26/ 01/2022 - The Insider/Outsider Divide and the Ethbics of Commercial Arbitrators
Speaker: Prof. João Ilhão Moreira
- 25/02/2022 - The Advertising Law of the Macao SAR: Is the Prohibition of ‘Subliminal Advertising’ an Important Precedent for the Regulation of Artificial Intelligence?
Speaker: Prof. Rostam J. Neuwirth
- 15/03/2022 - Seminar: The World of Constitutional Law, Professor Yu Wang
- 24/03/2022 - Seminar: “Nec semper arcum tendit Apollo”: Between (the immutability) of Luhmann’s social subsystems and (the mobility) of social subsystems in everlasting crossfertilization, Senior Instructor Hugo Luz dos Santos
- 10/05/2022 - Seminar: Jean Monnet Seminar – Europe Day
Speaker: Prof. Paulo Canelas de Castro, Part-time Lecturer Luís Pessanha, Part-time Lecturer Paulo Cardinal
- 10/05/2022 - Seminar: Historical Outline of Institutionalism in Law
Speaker: Prof. Tong Io Cheng, Prof. Huang Jingtian, Prof. Zhang Xiaoran



- 13/05/2022 Seminar: The Politics of Civil Law Codification in China
Speaker: Prof. Wei Leijie
- 19/05/2022 Seminar: Consolidation of the State-Owned Enterprises in
China: A Missed Opportunity for the EU Merger Control?
Speaker: Prof. Alexandr Svetlicinii
- 31/05/2022 Seminar: Jean Monnet Seminar – The EU AIA Subliminal
Perception and The Sense of Time: Multiple Challenges for The
Future of Law?
Speaker: Prof. Rostam J. Neuwirth
- 07/06/2022 Seminar: The Extra-territorial Reach of EU Digital Law
Speaker: Prof^a. Sara Migliorini

