



BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

A N O XXII • N° 44 • 2018

法 律 學 院 學 報




MACAU • 2018

UNIVERSIDADE DE MACAU



ISSN 8073-98-54

44

44 



UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報



PERIODICIDADE
Semestral

NÚMERO 44, ANO XXII, 2018

DIRECTOR
Tong Io Cheng

SUBDIRECTOR
Augusto Teixeira Garcia e
Wei Dan

DIRECTOR EXECUTIVO
Manuel M. E. Trigo

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA
Membros do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

COORDENADOR EXECUTIVO
Chu Lam Lam (Língua Chinesa)
Miguel Quental (Língua Portuguesa)

CONSELHO EDITORIAL
Liu Gaolong, Zhao Guoqiang, Lok Wai Kin, Fan Jianhong, Tong Io Cheng,
Manuel Trigo, Augusto Teixeira Garcia, Paulo Canelas de Castro, Cândida Antunes Pires,
Paula Nunes Correia, José António Pinheiro Torres, Paula Ling, Chu Lam Lam e Miguel Quental,
da Faculdade de Direito, e Tou Wai Fong, em representação da
Associação de Estudos de Direito, Administração e Tradução

COLABORADORES PERMANENTES
Docentes dos Cursos de Mestrado e Doutoramento da FDUM
Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua portuguesa
Docentes do Curso de Direito da FDUM em língua chinesa
Outros colaboradores convidados

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO
Ana Paula Costa Ferreira, Cândida Pires, Emília de Fátima Ferreira da Rocha Ramos de Paiva,
Fang Rui'an, Hoi In Ng, Jose Lupi, Miguel Manero de Lemos, Paula Marina Lopes,
Teresa Lancry A. S. Robalo, Tong Io Cheng, Wang Wei e Xue Yu.

PROPRIEDADE
Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO
Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO
Jimmy Label Co.

TIRAGEM
500 exemplares

ISSN n.º 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 por parte do 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

DOCTRINA

O princípio da boa fé e o abuso do direito <i>Tong Io Cheng</i>	19
Sobre a repartição de poderes entre o juiz e o agente de execução em Portugal <i>Wang Wei</i>	55

LIÇÕES

Breve apresentação do Colóquio sobre “O Registo do Estado Civil perante Novos Desafios: Ampliação da Tipicidade Registral?” <i>Cândida da Silva Antunes Pires</i>	71
Novas famílias: filiação e a procriação medicamente assistida reflexos registais <i>Paula Marina Lopes</i>	75
O Direito da Família e o registo civil – evolução recente <i>Ana Paula Costa Ferreira</i>	95
Breves notas sobre o procedimento de mudança da menção do sexo e de alteração do nome no registo civil no ordenamento jurídico português. Da Lei n.º 7/2001, de 15 de Março, à Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto <i>Emília de Fátima Ferreira da Rocha Ramos de Paiva</i>	119

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

Qualidade - independência e imparcialidade - do árbitro para assegurar a confiança no instituto da arbitragem: análise comparativa do sistema jurídico de Portugal e de Macau <i>Hoi In Ng</i>	143
Algumas reflexões teóricas sobre a escolha de lei nas acções de dívidas de jogo de Macau <i>Xue Yu e Fang Ruian</i>	201

VÁRIA

Kononov contra Letónia. A queima até à morte em guerra de uma mulher “traidora” com uma “quase criança” no útero e a cláusula que despe todo o direito do conflito armado

Miguel Manero de Lemos 219

Subsídios para uma Proposta de Estatuto da Vítima de Crimes na RAEM

Teresa Lancry A. S. Robalo 237

An overview of the company and foreign investment regulatory framework in China

Jose Lupi 259

VIDA DA FACULDADE

Notícia dos Mestrados 295

Actividades: Centro de Estudos Jurídicos 298

Actividades: Instituto de Estudos Jurídicos Avançados 304

NOTA DE ABERTURA



Neste número do Boletim da Faculdade de Direito também se começa com a Doutrina, em que se incluem dois textos, o primeiro de âmbito geral, sobre “O princípio da boa fé e o abuso do direito”, e o segundo de âmbito particular, “Sobre a repartição de poderes entre o juiz e o agente de execução na experiência portuguesa”.

Seguindo a estrutura habitual, devemos sublinhar o conteúdo da secção seguinte, Lições, em que são integrados textos elaborados com base nas comunicações apresentadas em sessões organizadas para os estudantes da Licenciatura e do Mestrado em Direito, em língua portuguesa, no Colóquio sobre “O Registo do Estado Civil perante Novos Desafios: Ampliação da Tipicidade Registral?”.

Em face da actualidade e dos desafios que também se colocam em Macau, são tratados temas sob os títulos “Novas famílias, filiação e a procriação medicamente assistida, reflexos registais”, “O direito da família e o registo civil – evolução recente”, neste caso abordando também o regime do casamento e da adopção, e “Breves notas sobre o procedimento de mudança da menção do sexo e de alteração do nome no registo civil no ordenamento jurídico português”, com especial interesse em face da evolução havida no direito português e da discussão pública que os temas têm suscitado e do estudo de uma eventual intervenção legislativa que abranja algum ou alguns dos temas no Direito de Macau.

Há ainda uma outra razão de relevo para assinalar este Colóquio, que assim se destaca entre outras relevantes actividades referidas na Vida da Faculdade, porque as circunstâncias ditaram que este acto académico fosse o último desta natureza proposto pela Professora Cândida Pires, que haveria de cessar funções no final do ano lectivo que acabara de começar. Que esta possa ser mais uma homenagem a quem se dedicou de alma e coração ao seu magistério na Faculdade de Direito da Universidade de Macau, com presença assídua neste Boletim e em outras publicações. Neste caso, devemos ler a sua deliberadamente “Breve apresentação do Colóquio sobre “O Registo do Estado Civil perante Novos Desafios: Ampliação da Tipicidade Registral?””!

Nos Estudos de Pósgraduação integram-se dois estudos de particular interesse, o primeiro sobre uma perspectiva comparada de um tema no âmbito da arbitragem nos sistemas jurídicos de Portugal e de Macau, e o segundo sobre a

questão da escolha de lei nas acções de dívidas de jogo de Macau, respectivamente, pelo interesse em promover a arbitragem em Macau, para o que é necessário começar por alargar o seu conhecimento, bem assim pelo interesse prático da possibilidade de exigência do cumprimento judicial das dívidas de jogo, onde releva naturalmente a determinação da lei aplicável.

Na Vária, por fim, dado que já nos referimos à Vida da Faculdade, incluem-se três estudos bem diversos, referindo em primeiro lugar o intitulado “Subsídios para uma Proposta de Estatuto da Vítima de Crimes na RAEM”, e dois outros, um sobre um tema de Direito Comercial e do investimento estrangeiro na RPC e outro sobre um tema de direito internacional criminal.

Com os agradecimentos e os votos do costume, assim se apresenta aos nossos leitores!

Manuel M. E. Trigo
Director do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito
da Universidade de Macau

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 e em Língua Chinesa.

O Boletim pode ser publicado noutras línguas, designadamente em Língua Inglesa, ou incluir textos na língua em que tenham sido apresentados ao público, em encontros académicos e científicos. A publicação em Língua Portuguesa e em Língua Chinesa será feita em volumes separados e em simultâneo ou com a maior proximidade possível.

Adopta-se uma estrutura flexível, que poderá incluir doutrina, lições, estudos jurídicos, assuntos vários e a vida da faculdade, admitindo-se, em continuidade, 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 assim como à divulgação das comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá inserir outros estudos, convidando à participação a comunidade jurídica.

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 gratuidade das participações, devendo respeitar o princípio da igualdade de tratamento, decidindo os órgãos do Boletim sobre a estrutura e elementos de publicação.

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende contribuir para dar continuidade ao 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 investigação jurídica em Macau.

DOCTRINA

O PRINCÍPIO DA BOA FÉ E O ABUSO DO DIREITO

Tong Io Cheng

Professor, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: O princípio da boa fé constitui um princípio importante no direito civil. Desde o direito romano que o conceito de boa fé tem sido usado como instrumento para ultrapassar os limites impostos pelo formalismo jurídico. O conceito de boa fé do direito romano proveio da *fides* da Lei das XII Tábuas, cuja evolução culminou com o surgimento dos *bonae fidei iudicia*. Posteriormente, o conceito de boa fé sofreu uma certa diluição com a sua miscigenação com o conceito de equidade. O surgimento da distinção entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva foi resultado da delimitação do conteúdo subjectivo e objectivo do princípio da boa fé a nível dogmático e terminológico. O princípio da boa fé acarreta consigo retóricas bem-sucedidas, pelo que o intérprete estará circunscrito a um grande volume de estereótipos sedimentados sempre que recorre àquele princípio na sua fundamentação, apenas podendo abrir mão dos mesmos se encontrar motivação mais convincente. O princípio da boa fé e o princípio da proibição do abuso do direito estão relacionados com a *exceptio doli* do direito romano, sendo que os critérios de concretização de cada um deles depende essencialmente da cultura jurídica em que se inserem, sendo resultado da evolução do uso dos respectivos conceitos em cada ordenamento jurídico e estando em constante mutação.

Palavras-chave: Princípio da boa fé; princípio da lealdade e confiança; discricionarietà; abuso do direito.

I. Introdução

O princípio da boa fé é um dos dois grandes princípios do direito civil que nos propomos abordar como os princípios fundamentais (o outro sendo o princípio da autonomia privada). O seu especial tratamento nesta obra não se deve, certamente, a qualquer preferência pessoal nossa¹, antes à sua importância

1 Semelhante ideia parece também transparecer da última reimpressão da ilustre obra do Prof. Xu

na metodologia do direito civil e mesmo do direito em geral.

Desde o direito romano que o conceito de boa fé (*bona fides*) tem sido usado como instrumento para ultrapassar os limites impostos pelo formalismo jurídico. Segundo os estudos estatísticos, existem centenas de referências à expressão *bona fides* na literatura originária do direito romano, extensivamente distribuídas pelas *Institutiones Justiniani*, *Codex* e *Digesta*, com maior incidência nesta última (com mais de 400 referências)². A temática da boa fé foi abordada pela maioria dos ilustres juristas romanos, desde o período arcaico do direito romano ao período de Justiniano da Roma oriental (designadamente, Quintus Mucius Scaevola³, Cicero⁴, Labeo⁵, Javolenus⁶, Pomponius⁷, Gaius⁸, Tryphonius⁹, Papinianus¹⁰, Ulpianus¹¹, Paulus¹², Callistratus¹³ e Modestinus¹⁴). O âmbito de aplicação do conceito de boa fé era muito abrangente no direito romano (incluindo, designadamente, contratos¹⁵, escravidão¹⁶, sucessões¹⁷, acções

Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil*, em que centra o conteúdo de toda a obra no princípio da boa fé. Cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), prefácio, pp. 1-3.

- 2 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 111-124.
- 3 “No «*Edicto Asiatico*» promulgado por Quintus Mucius Scaevola, usou-se a expressão “de acordo com a boa fé não se pode executar o negócio assim celebrado” (*Extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona*)”. Cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), prefácio, p. 149.
- 4 Cicero, *De officiis*, 3, 66.
- 5 D. 19.1.50.
- 6 D. 19.2.21.
- 7 D. 41.3.24pr.
- 8 D. 50.17.57.
- 9 D. 16.3.31pr.
- 10 D. 5.1.41.
- 11 D. 50.17.22.1.
- 12 D. 18.1.40pr.
- 13 D. 22.5.3pr.
- 14 D. 44.7.54.
- 15 D. 44.7.54; D. 50.17.22.1.
- 16 D. 40.7.21pr.
- 17 D. 50.17.152.3.

judiciais¹⁸, aquisição de propriedade¹⁹, sociedade²⁰, casamento²¹, arrendamento²², empréstimos²³, prescrição aquisitiva²⁴ e enriquecimento sem causa²⁵). A sua importância vem bem ilustrada num exemplo dado por Cícero²⁶. Isto porque, no direito romano clássico, os direitos subjectivos praticamente tinham expressão na *actio*, pois que só quando o *ius civile* previsse que à parte lesada era facultada uma *actio* para exigir da contraparte uma reparação ou indemnização é que se materializava a sua protecção²⁷. Pelo contrário, se o *ius civile* não previsse uma *actio* que fosse aplicável, a parte lesada não teria ao seu dispor qualquer meio jurídico de tutela. Neste contexto, era expectável que surgissem situações eticamente reprováveis mas sem qualquer meio de tutela disponível. Foi assim que se abriu um espaço alargado para a actuação da boa fé. Como diz o ditado, *Roma não foi construída num só dia*. Ora, também o regime da boa fé do direito romano não foi edificado de um momento para outro, tendo passado por diferentes fases de evolução, desde a sua génese até ao seu robustecer, ao longo de mais de um milénio da história do direito romano. Como ficou expandido, o tema da boa fé foi já objecto de discussão em inúmeras ocasiões pelos jurisconsultos e pela *praxis* nos vários períodos da Roma antiga, ao que acresce a abundante literatura

18 D. 22.5.2; D.22.5.1pr; D. 48.18.1.26.

19 D. 19.1.50.

20 D. 17.2.3.3; D. 17.2.45.

21 D. 15.1.36; D. 31.67.10.

22 D. 19.2.21.

23 D. 22.1.37; D. 16.3.24.

24 D. 41.3.24pr.

25 D. 16.3.12.1..

26 “The augurs were proposing to take observations from the citadel and they ordered Tiberius Claudius Centumalus, who owned a house upon the Caelian Hill, to pull down such parts of the building as obstructed the augurs’ view by reason of their height. Claudius at once advertised his block for sale, and Publius Calpurnius Lanarius bought it. The same notice was served also upon him. And so, when Calpurnius had pulled down those parts of the building and discovered that Claudius had advertised it for sale only after the augurs had ordered them to be pulled down, he summoned the former owner before a court of equity to decide what indemnity the owner was under obligation in good faith to pay and deliver to him.” De acordo com a lei civil, o vendedor de um terreno apenas respondia pelos vícios cuja existência ele negava expressamente, pelo que o direito invocado a final por Calpurnius não se fundava na lei estrita, tendo-se considerado que fora através dos *bonae fidei iudicia* que se veio a determinar o âmbito dos deveres de Calpurnius enquanto vendedor. Cfr. Cícero, *De officiis*, 3, 66, *apud* Martin Josef Schermerier, “Bona fides in Roman contract law”, in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, tradução chinesa de Ding Guangning *et al.*, Law Press, 2005, pp. 52-53.

27 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, p. 400.

doutrinária produzida posteriormente, desde a Idade Média até à modernidade – anotações, refinações, reformulações, etc. – pelo que se torna difícil proceder a uma análise aprofundada deste sistema complexo que não apresenta contornos uniformes. Apresentaremos de seguida, de forma sintética, alguns dos marcos importantes da evolução do regime da boa fé no direito romano, com base nos resultados das investigações modernas da doutrina chinesa e estrangeira:

- 1) O conceito de *bona fides* do direito romano tem como fonte primitiva a *fides*, que, já no tempo da Lei das XII Tábuas, era usada para descrever parte do conteúdo das relações de clientela²⁸. Decorrido algum tempo, a *fides* passou a ser usada noutros domínios do direito romano, por via de uma diferente interpretação do seu sentido literal, ou mesmo para além dele²⁹. A extensão do seu âmbito de aplicação operou-se primeiro aos patrícios e plebeus romanos, e depois aos peregrinos, no seguimento da afixação do qualificativo *bona à fides*³⁰.
- 2) O surgimento dos *bonae fidei iudicia* representa o culminar da evolução da *bona fides*. Conforme explica o Prof. Xu Guodong, “o pretor peregrino não podia senão aceitar que as práticas comerciais – simplificadoras das formas negociais complexas do *ius civile* – constituíam contratos consensuais. (...) No âmbito de uma *actio*, o pretor peregrino determinava o tipo de dever do devedor através da *actio in personam* traduzida no verbo latino *oportere* (dever). Mas, dado não se estar perante direitos e deveres extremamente determinados tal como sucedia com os contratos formais, acrescentou-se as palavras “segundo a boa fé”, para se poder impor deveres indeterminados que fossem razoáveis ao devedor. Com o passar dos tempos, este tipo de contratos caracterizado pelo *oportere* foi introduzido no *ius civile* enquanto negócio ao abrigo do *ius gentium*. O pensamento do sumo sacerdote Quinto Mucius Scaevola exerceu um papel importante neste processo³¹. Ao ser acolhido pelo pretor urbano, o processo do “dever segundo a boa fé” (*oportere ex bona fide*) evoluiu gradualmente para dar origem aos *bonae fidei iudicia*. Este processo

28 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, pp. 53-68.

29 Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 93-97, explica de forma desenvolvida como se assistiu ao casamento da *fides* com a *bona*.

30 Riccardo Cardilli, “Vir Bonus e Bona Fides”, in *A Recepção e Evolução do Direito Romano e do Direito Chinês*, traduzido por Zhai Yuanjian, Law Press, 2015, p. 159.

31 Riccardo Cardilli, “Vir Bonus e Bona Fides”, in *A Recepção e Evolução do Direito Romano e do Direito Chinês*, traduzido por Zhai Yuanjian, Law Press, 2015, pp. 176-177.

aconteceu no séc. III a.C.”. Na acepção justiniana, são 15 *osbonae fidei iudicia*: fidúcia, depósito, penhor, comodato, compra e venda, troca, locação, consignação, mandato, gestão de negócios, sociedade, tutela, propriedade, acções divisórias e *hereditatis petitio*³².

- 3) A miscigenação da *bona fides* com a *aequitas* e sua diluição³³. No período pós-clássico do direito romano, por influência das concepções do Cristianismo e do direito canónico, o conceito de boa fé evoluiu em direcção de uma concepção ética. As ideias cristãs, designadamente a *humanitas*, a *caritas* e a *benignitas* foram infirmadas na *aequitas*, que representava a justiça. Procedeu-se logo depois a uma miscigenação entre a *aequitas* e a *bona fides*, que levou à diluição deste conceito e à sua incorporação nos temas gerais de ética. No direito canónico, a boa fé era usada para exprimir a ausência de pecado das pessoas. O fenómeno de diluição do conceito de boa fé encontra-se muito bem documentada na obra de Tribonianus³⁴. Do ponto de vista processual, desde os últimos períodos do direito justiniano assistiu-se a uma transmutação de muitas *actiones* em *bonae fidei iudicia*, levando a que a oposição entre estes e as *legis actiones* fosse desaparecendo aos poucos, até que deixou de ter sentido a existência autónoma dos *bonae fidei iudicia*³⁵.

A influência que o Cristianismo exerceu sobre o conceito de *bona fides* alastrou-se desde os últimos períodos do direito romano à Idade Média. Para além do referido fenómeno da diluição da *bona fides* pela *aequitas* (designado por “generalização” pelo Prof. Xu Guodong), os desenvolvimentos do conceito que se verificaram durante a Idade Média tiveram profunda influência no direito moderno. Por exemplo, o direito canónico conservou e reforçou a utilização subjectiva da *bona fides* consubstanciada no direito romano, pelo que diz respeito à introdução, com amplo recurso ao conceito de *bona fides*, dos elementos do “desconhecimento” ou do “conhecimento erróneo” em domínios como a posse, a usucapião e o casamento (v.g., ao abrigo do regime da usucapião, quem

32 Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 127-137.

33 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, pp. 106-147.

34 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, p. 149.

35 Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), p. 140.

pretendesse adquirir a propriedade de uma coisa que tivesse em seu poder, teria que “desconhecer estar a lesar outrem”³⁶. Os juriconsultos do direito canónico procederam ainda à conjugação da *bona fides* com o brocardo latino *pacta sunt servanda* decorrente do voluntarismo (o que viria a representar, na verdade, uma antecipação das complexas relações entre o princípio da autonomia privada e o princípio da boa fé)³⁷.

Os juscientistas da Idade Média, embora considerarem que as partes contratuais deviam agir de boa fé ou segundo a equidade em determinadas situações, não conseguiram exprimir de forma clara, nem fundamentar de forma sistemática, com indicação de regras de conduta, como é que as partes deviam agir. Só nos últimos períodos da Idade Média é que, com Baldus, da Escola dos Comentadores, com recurso à filosofia aristotélico-tomista, se alcançou uma teorização e sistematização do conceito de boa fé e do regime positivo e institutos jurídicos correlacionados. Os seus contributos teóricos foram, em concreto, os seguintes: a) defendeu que a boa fé tem por substância a equidade; b) extraiu da substância ética da boa fé uma regra de conduta já há muito reconhecida pela filosofia clássica: a ninguém cabe locupletar-se com o dano de outrem³⁸; c) conjugou a doutrina da boa fé com a doutrina das causas; d) classificou a boa fé em diferentes tipos. A teoria da boa fé de Baldus exerceu uma influência directa no pensamento de pioneiros do direito natural como Grotius, Pufendorf, Domat e Pothier, tendo sido incorporada nos códigos modernos por intermédio destes pensadores³⁹.

Na Idade Média, a par do direito romano e do direito canónico, também o direito consuetudinário germânico constituía fonte de direito, se bem que com

36 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, p.401.

37 Sobre a relação entre aquele brocardo e o voluntarismo, cfr. Tong Io Cheng, “Do contrato consensual à autonomia privada – o percurso da dominação da teoria do direito civil pelo voluntarismo”, in *Private Law Review*, vol. 29, Law Press, 2016, pp. 17-21.

38 Eis uma conclusão a que Baldus chegou a partir do comentário feito ao D.4.32.2. Cfr. Martin Josef Schermerier, “Bona fides in Roman contract law”, in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, tradução chinesa de Ding Guangning et al., Law Press, 2005, p. 70, nota 161. Esta ideia veio a ser amplamente difundida pelo brocardo latino *Nemo cum alterius detriment locupletior fieri debet*. Cfr. D. Carolo Spadazza, *Theatrym Vidvile*, Ferrariae, 1672, p.210; Johannis Friderici Böckelmanni, *Exercitationes de Actionibus*, Lvgdni-Batavorvm, 1687, p.114.

39 James Gordley, Good Faith in Contract Law, In the Medieval Ius Commune, In Reihard Zimmermann and Simon Whittaker (Edited by), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2000, pp. 94-107; cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 169-170.

sobreposição em vários domínios, e sem prejuízo de muitas das teorias terem como fonte o direito romano. Pelo que respeita à boa fé, em face da grande divergência semântica e morfológica entre a expressão germânica *Treu und Glauben* e a expressão latina *bona fides* empregue nos demais códigos europeus ou as suas variações contemporâneas (*bonne foi* em francês, *buena fé* em espanhol, *buona fede* em italiano e *boa fé* em português), houve quem (designadamente alguns dos pensadores germanistas do período anterior e posterior ao movimento da codificação) aproveitasse tal fenómeno para sufragar que o instituto teria origem autónoma no direito germânico. De um ponto de vista etimológico, a expressão germânica do direito alemão tem efectivamente a sua importância, pois que constitui a origem da expressão hoje empregue no direito chinês, “lealdade e confiança”⁴⁰. Foi também precisamente ao abrigo da linguagem do direito germânico que o conceito de boa fé do direito romano e do direito canónico começou a exprimir valores ligados ao ritual, ao padrão social e à exterioridade do comportamento, de modo a ajuizar do seu acordo com bitolas sócio-culturais de actuação. A doutrina portuguesa designa este processo por *objectivação* da boa fé⁴¹. A boa fé objectivada a que se refere neste contexto encontra-se relacionada com a teoria da segurança do comércio jurídico do direito civil hodierno (com manifestação normativa em institutos como a representação aparente, a inoponibilidade da nulidade do negócio jurídico a terceiros e a aquisição de boa fé da posse)⁴².

Embora o conceito de boa fé tivesse sido amplamente empregue pelos juriconsultos da antiguidade, a verdade é que, em todo o período do direito romano (desde a época arcaica até ao fim da época pós-clássica), ou mesmo posteriormente, nas obras dos glosadores e comentadores, nunca o conceito

40 “Lealdade e confiança” constitui uma tradução da expressão *Treu und Glauben*. O direito civil chinês recebeu, na sua essência, o direito alemão, razão pela qual se empregou a expressão “lealdade e confiança” como tradução-padrão. A expressão “princípio da lealdade e confiança” vem, por exemplo, empregue na tradução chinesa da obra de Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, tradução de Wang Xiaohua e Shao Jiandong, Law Press, 2007, pp. 58 e 308, e, também assim, na tradução chinesa da obra de Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, tradução de Shao Jiandong, Law Press, 2009, p. 37. Tem-se entendido que o princípio da lealdade e confiança tem como fundamento, no âmbito do BGB, no art. 157.º relativo à interpretação do contrato, e no art. 242.º relativo à prestação segundo o princípio da lealdade e confiança. Cfr. o BGB, tradução chinesa de Chen Weizuo, Law Press, 2010, pp. 54 e 86. Na presente exposição utilizaremos indistintamente a expressão “princípio da boa fé” e não “princípio da lealdade e confiança”, em conformidade com a terminologia empregue na versão chinesa do Código Civil de Macau.

41 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, pp.401-402.

42 Liu Dekuan, “A protecção da segurança do comércio jurídico no direito civil (de boa fé e sem culpa)”, *Questões de Direito Civil e Novas Perspectivas*, Wu-Nan Editora, pp. 247-252.

chegou a ser designado por princípio da boa fé pela doutrina ou pelo legislador. A sua formulação como princípio só ocorreu mais tarde (essencialmente, depois do período do jusracionalismo)⁴³.

Na longa história da evolução da ciência do direito, foram vários os institutos e dogmas que se desenvolveram ou se aperfeiçoaram com base no conceito de boa fé (designadamente, num primeiro momento, a tutela, a fidúcia, a *exceptio doli*, e, posteriormente, a cláusula *rebus sic stantibus*, a doutrina da base do negócio, a doutrina da culpa contratual, a doutrina dos deveres acessórios e a doutrina do abuso do direito).

Em termos de metodologia jurídica, a objectivação da boa fé e a sua elevação a princípio vieram a proporcionar elementos de experiência à teoria da integração de lacunas⁴⁴. Num sistema de princípios formalizados, o princípio da boa fé veio ainda a constituir uma rede de interligação com princípios importantes do direito civil, como o princípio da confiança⁴⁵, o princípio da proibição do abuso do direito e o princípio da ordem pública e dos bons costumes.

Se se pretender indicar um princípio que apresente quase todas as características que a teoria jurídica dos princípios associa aos princípios de direito ou aos princípios fundamentais do direito civil, não haverá outro senão o princípio da boa fé. Este princípio reclama dos particulares uma conduta leal e honesta no exercício de direitos ou no cumprimento de obrigações, pautando-se por uma conduta não fraudulenta e não dolosa. Segundo alguns Autores, o princípio da boa fé pode mesmo considerar-se a “norma das normas”, na medida em que é usado pelo intérprete para quebrar a rigidez do direito positivado⁴⁶.

Desde o movimento da codificação da modernidade, os códigos civis e demais legislações civis avulsas dos vários ordenamentos do mundo, seguindo a tradição do direito romano, têm vindo a atribuir à *bona fides* e à sua versão alemã *Treu und Glauben* ou outras variações linguísticas um papel de instrumento conceptual importante, dando continuidade ao regime e à metodologia jurídica

43 Neste aspecto divergimos ligeiramente do entendimento do Prof. Xu Guodong. Cfr. o nosso “Uma perspectiva histórica e metodológica dos princípios jurídicos e sua teoria jurídica – uma reformulação dos princípios fundamentais do direito civil”, *Textos de Filosofia e Sociologia Jurídica*, vol. 18, Law Press, 2013, pp. 321-327; e Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 148-149.

44 Huang Maorong, *A Metodologia da Ciência Jurídica e o Direito Civil Moderno*, Comissão Editora de Textos Jurídicos da Universidade Nacional de Taiwan, 1993, p. 421.

45 Karl Larenz, *Derecho Justo Fundamentos de Etica Jurídica*, Civitas, pp.90-91; M. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, coleção Teses, Almedina, 2004, p.64.

46 Sun Xianzhong, *Lições de Direito Civil Chinês*, Textos Jurídicos, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2005, p. 43.

oriundos do direito romano (embora com variações decorrentes do pensamento jurídico de cada período temporal).

A partir do séc. XX, o conceito de boa fé e a metodologia jurídica subjacente vieram a estender-se a outros ramos de direito público, como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual e o direito fiscal, com o que a boa fé passou a constituir um pilar teórico com relevância para toda a ciência do direito⁴⁷.

À semelhança do BGB, o Código Civil de Macau (CCM) está sistematicamente estruturado em 5 Livros, e em cada um deles é possível encontrar grande volume de preceitos que fazem referência à expressão “boa fé”⁴⁸, bem como outros que, embora não o façam expressamente, constituem indubitavelmente uma manifestação do princípio da boa fé⁴⁹.

47 Xu Guodong, “Sobre a extensão do princípio da boa fé ao direito público”, in *Oriental Law*, 2012, pp. 5-13.

48 Arts. 109.º (Regresso do ausente), 167.º (Protecção dos direitos de terceiro), 172.º, (Efeitos da extinção), 219.º (Culpa na formação dos contratos), 235.º (Inoponibilidade da simulação a terceiros de boa fé), 236.º (Relações entre credores), 252.º (Falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes), 267.º (Pendência da condição: actos dispositivos), 268.º (Verificação e não verificação da condição), 284.º (Inoponibilidade da nulidade e da anulação), 326.º (Abuso do direito), 431.º (Condições de admissibilidade), 475.º (Obrigação de restituir no caso de alienação gratuita), 607.º (Requisito da má fé), 608.º (Presunção da má fé na compra e venda entre cônjuges), 609.º (Transmissões posteriores ou constituição posterior de direitos), 612.º (Efeitos em relação ao credor), 269.º (Retroactividade da condição), 746.º (Exclusão do direito de retenção), 752.º, n.º 2 (Princípio geral), 755.º (Entrega da coisa de que o devedor não pode dispor), 882.º (Nulidade da venda), 884.º (Restituição do preço), 888.º (Obrigação de convalidação), 889.º (Indemnização em caso de dolo), 890.º (Indemnização, não havendo dolo), 892.º (Garantia do pagamento de benfeitorias), 894.º (Disposições supletivas), 950.º (Doação de bens alheios), 951.º (Convalidação), 952.º (Ónus ou vícios do direito ou da coisa doada e convalescença do contrato), 1028.º (Indemnização de despesas e levantamento de benfeitorias), 1066.º (Benfeitorias), 1184.º (Posse de boa fé), 1194.º (Perda ou deterioração da coisa), 1195.º (Frutos na posse de boa fé), 1196.º (Frutos na posse de má fé), 1198.º (Benfeitorias necessárias e úteis), 1200.º (Benfeitorias voluptuárias), 1219.º (Posse titulada e registo do título), 1220.º (Registo da mera posse), 1221.º (Falta de registo), 1223.º (Coisas sujeitas a registo), 1224.º (Coisas não sujeitas a registo), 1225.º (Posse violenta ou oculta), 885.º (Coisa comprada a comerciante), 1252.º (União ou confusão de boa fé), 1253.º (União ou confusão de má fé), 1255.º (Especificação de boa fé), 1256.º (Especificação de má fé), 1259.º (Obras feitas de boa fé em terreno alheio), 1262.º (Sementeiras ou plantações), 1260.º (Obras de má fé em terreno alheio), 1261.º (Obras feitas com materiais alheios em terreno alheio), 1263.º (Prolongamento de edifício por terreno alheio), 1384.º (Benfeitorias úteis e voluptuárias), 1519.º (Efeitos do casamento anulado), 1520.º (Boa fé), 1554.º (Sanções), 1784.º (Pessoas a quem compete a tutela), 1757.º (Actos praticados por um dos pais), 1775.º (Revogação ou alteração de decisões), 1776.º (Obrigatoriedade do registo), 1777.º (Consequência da falta do registo), 1877.º (Notificação dos herdeiros), 1914.º (Alienação a favor de terceiro), 1915.º (Cumprimento de legados), 1956.º (Benfeitorias nos bens doados), 2014.º (Frutos e benfeitorias).

49 Como, por exemplo, o art. 245.º do Código Civil de Macau (princípio da base do negócio) (cfr. Paulo Mota Pinto, “Falta e Vícios da Vontade - O Código Civil e os Regimes Mais Recentes”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Vol.II, A Parte Geral do Código e*

II. A boa fé e a “*Treu und Glauben*” – mais do que uma questão de tradução

1. Generalidades

A versão portuguesa do CCM emprega a expressão “boa fé”, o que corresponde, em termos semânticos e morfológicos, à expressão jurídica inglesa *good faith* e à *bona fides* do direito romano. E não é de estranhar que assim seja, pois, tanto a boa fé do direito português, como o *good faith* do direito anglo-saxónico, como ainda outras expressões de outros ordenamentos jurídicos, têm por fonte a expressão latina do direito romano – *bona fides*.

No mundo jurídico chinês do Interior da China e de Taiwan, a literatura jurídica (doutrina, legislação e jurisprudência) emprega geralmente, num contexto semelhante, a expressão “lealdade e confiança”, que, como referido, corresponde à tradução da expressão alemã *Treu und Glauben*. Entre os diversos ordenamentos jurídicos, ou se usa a expressão “boa fé”, traduzida da *bona fides* do latim, ou se emprega a expressão “chengshi (lealdade) e xinyong (confiança)”, traduzida do alemão *Treu und Glauben*. Esta opção aparentemente aleatória acarreta consigo, na verdade, um sentido não tão simples quanto parece – por detrás dela estão transmutações teóricas de pormenor que não podem ser olvidadas, bem como recepções de direito sobrepostas.

Com efeito, no mundo jurídico de língua chinesa, as complexas relações decorrentes dos referidos termos apenas foram objecto de uma teorização mais clara com o texto “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado” do Prof. Xu Guodong, publicado em 2013⁵⁰. Só daí é que toda uma série de questões ambíguas obtiveram resposta.

Em primeiro lugar, indica claramente o Autor que, durante todo o período entre o direito romano e a Idade Média, a literatura jurídica não distinguia a *bona fides* subjectiva da objectiva⁵¹ – nem mesmo nas posteriores obras de Savigny e de

a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, 2006, pp. 460-500); ou o art. 801.º (redução equitativa da pena) (cfr. Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indemnização*, colecção teses, Almedina, p. 483); ou, ainda, o art. 753.º (realização integral da prestação) (cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 6.ª edição, Almedina, 2014, p. 18).

50 Sobre o uso da terminologia nos países ocidentais, cfr. Xu Guodong, *Explicação dos Princípios Fundamentais do Direito Civil – Exposição História, Prática e Dogmática do Princípio da Boa Fé*, Peking University Press, 2013 (reimpressão), pp. 35-38.

51 Esclarecimento que veio a mostrar-se bastante importante, pois que, até à publicação do artigo, a literatura chinesa sobre o tema empregava expressões muito ambíguas. Pode ver-se, a título de exemplo, o seguinte excerto de um texto de 2012: “Desde o início do direito romano que a boa fé vem surgindo de formas distintas – a boa fé enquanto padrão de comportamento e a boa fé enquanto estado cognitivo

Windscheid, do séc. XIX. Depois, assinala que a distinção da *bona fides* subjectiva e objectiva consistiu numa reorganização dos elementos do passado no âmbito do enquadramento moderno. Em terceiro lugar, aponta que a designação da boa fé objectiva pela expressão alemã *Treu und Glauben* e a da boa fé subjectiva pela expressão latina *bona fides* foi resultado da discussão doutrinária entre Bruns e Wächter ao longo do séc. XIX (por influência doutrinária de Bruns, o BGB veio a expressar a boa fé objectiva por *Treu und Glauben* e a boa fé subjectiva por *guter glaupe*). Em quarto lugar, destaca que a distinção entre boa fé subjectiva e boa fé objectiva do direito alemão veio a ser acolhida pela doutrina e legislação civil chinesa desde a Dinastia Qing, tendo traduzido a boa fé subjectiva (*guter glaupe*) por “boa fé” e a boa fé objectiva (*Treu und Glauben*) por “chengshi (lealdade) e xinyong (confiança)”. Por último, assevera que esta distinção dogmática e terminológica da *bona fides* não veio a ser objecto de acolhimento generalizado pelo direito legislado dos vários ordenamentos⁵².

Isto não significa, obviamente, que todas as questões concernentes ao uso terminológico do conceito de *bona fides* passaram de um momento para outro a ser esclarecidas na sua integralidade. Propomo-nos, portanto, a desenvolver alguns aspectos de pormenor nas secções que se seguem.

2. Da tentativa de distinção das duas espécies de *bona fides* a nível dogmático e terminológico

Não restam dúvidas de que a *bona fides* do direito romano constitui a origem de todas as variações que encontramos no direito moderno (incluindo o direito alemão). Este entendimento nunca foi objecto de grande discussão até à segunda metade do séc. XX. Maiores dúvidas subsistem, todavia, em quando e como ocorreram aquelas variações.

Segundo os estudos do Prof. Xu Guodong, a sucessiva distinção dogmática e terminológica da *bona fides* deveu-se aos contributos de Karl Georg Bruns. Numa obra de finais do séc. XIX, o juscientista alemão refere que “existem dois conceitos de lealdade e confiança. O primeiro refere-se a um sentido psicológico, consubstanciando-se numa crença, numa opinião sobre determinado facto. O outro refere-se a um sentido ético, consubstanciado num comportamento diligente de uma pessoa leal, honesta e correcta – não se trata aqui de uma crença, mas

subjectivo – no direito civil, esta distinção nunca se uniformizou a nenhum momento temporal. Uma e outra têm natureza diversa, desempenhando funções diferentes no direito civil.” Cfr. Zhen Zengshui, “Da distinção entre a boa fé e a lealdade e confiança no direito civil”, in *Private Law Review*, vol. 12, Law Press, 2012, p. 48.

52 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 111-124.

de uma consciência leal e moral”⁵³. A nível terminológico, Bruns sufragava que o termo alemão *glaube* não é apto a expressar o sentido integral da *bona fides* romana na sua acepção objectiva, havendo que juntar a ele o termo *treu*. O porque deste entendimento foi, durante um longo período de tempo, objecto de alguma perplexidade. Até que, com o aprofundar dos estudos da língua germânica por linguistas do séc. XX, alguns dos resultados desses estudos (especialmente os de Pretzele Neumann⁵⁴) serviram de inspiração para os juscientistas⁵⁵, que assim vieram a atestar que já em 1346 havia a literatura jurídico-germânica feito referência à expressão *treuwe und gelawen*. Quer isto dizer que o casamento entre *treueglauben* que viria a surgir com a doutrina alemã para expressar a *bona fides* encontra ascendência no direito consuetudinário germânico. Tendo em vista que a obra de Bruns coincide temporalmente com o ascender do pangermanismo, e considerando que era extremamente comum o fenómeno de os juscientistas do Império Alemão fazerem realçar elementos germânicos nas suas teorias do direito, não é de estranhar que o pensamento daquele Autor se tenha aproximado da corrente então dominante. Com efeito, já em finais do séc. XIX tinham alguns germanistas (como Gierke) indicado, a propósito da abordagem dos temas das obrigações e da responsabilidade, que as expressões germânicas *Treugelübde* e *mit Treue geloben*, derivadas da recepção da *fides* romana pelo direito germânico na Idade Média, tinham já ampla utilização na literatura jurídica daquele período⁵⁶.

No seguimento da publicação da obra de Bruns, os Autores alemães começaram a empregar expressões diferentes para as duas espécies da *bona fides* – *gute glaube* para a *bona fides* subjectiva, a partir de uma tradução literal da expressão latina, e *Treu und Glauben* para a boa fé objectiva. Esta terminologia veio a ser adoptada pelo BGB, empregando as expressões *Treu und Glauben* e *gute glaube* respectivamente nos arts. 242.º e 932.º.

Embora a bipartição tivesse encontrado assento no direito positivo com a entrada em vigor do BGB, a verdade é que, tanto a selecção da terminologia, como o critério da subjectividade-objectividade como fundamento da distinção, não parecem ser muito convincentes. De uma análise da sua recepção pelos códigos posteriores e pela doutrina parece resultar o seguinte fenómeno: é entendimento

53 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, p. 112.

54 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, pp. 162-164.

55 Especialmente Strätz, que em 1974 publicou a tese “Beiträge und Materialien zur Entwicklung von ‘Treu und Glauben’ in deutschen Privatrechtsquellen vom 13. bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts”. Ibid.

56 Rudolf Huebner, *A History of Germanic Private Law*, Little, Brown and Company, 1918, pp.493-495.

generalizado que devem existir duas espécies de *bona fides*, e que cada uma delas assume efectivamente funções e formas de expressão diferentes no direito positivo. No entanto, fica por esclarecer toda uma série de perguntas como: por que razão se designa por objectiva a boa fé que se apresenta sob a forma de uma cláusula geral e por subjectiva tudo o restante? Em que se manifesta a subjectividade da boa fé subjectiva e a objectividade da boa fé objectiva? Por outro lado, no que respeita à questão da nomenclatura, é consabido que a distinção terminológica existente no direito alemão sofreu influência germânica, que parece não ter necessariamente de ser considerada nos ordenamentos de língua não germânica. Posto de fora este factor de consideração, a escolha da terminologia mais adequada resumir-se-ia a uma questão de estética, sem que haja uma orientação conclusiva de se dever traduzir a terminologia a partir do alemão ou do latim.

Se bem que seja bem conhecida a influência que o direito civil alemão exerceu a nível mundial a partir do séc. XX, a verdade é que, no processo de recepção dos conceitos e dos institutos do direito alemão, poucos ordenamentos o fizeram em bloco sem introdução de adaptações. A boa fé subjectiva e a boa fé objectiva são eticamente uniformes, embora possam ter manifestações diferentes quando transpostas em cada uma das normas jurídicas.

3. A recepção da teoria da bipartição da boa fé (especialmente no direito civil de Macau)

A bipartição dogmática e terminológica da boa fé desenvolvida pelo direito alemão exerceu influência, em maior ou menor medida, sobre os posteriores códigos civis dos vários ordenamentos jurídicos.

Em face do modelo paradigmático do direito civil alemão, os ordenamentos podiam adoptar uma de três posturas:

1. Não reconhecer a existência de duas espécies de boa fé, não procedendo, conseqüentemente, a qualquer bipartição dogmática ou terminológica. O direito romano integra-se neste grupo de situações;
2. Reconhecer a distinção dogmática entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva, acolhendo a correspondente distinção terminológica. Exemplo disso é o direito alemão, suíço, chinês da Dinastia Qing, japonês e coreano⁵⁷;
3. Reconhecer a distinção dogmática entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva, não as distinguindo, contudo, a nível terminológico. Encontram-se, nesta categoria, os ordenamentos da França, Espanha, Itália, Portugal, Chile, Argentina, Brasil, Peru, México, Haiti, Quebec,

57 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 114-115.

Louisiana, Filipinas, Egipto, Líbia, Argélia e Macau⁵⁸.

A distinção entre a boa fé subjectiva e a boa fé objectiva constitui uma teoria amplamente acolhida no direito português e no direito de Macau⁵⁹. Por exemplo, Ana Prata enuncia uma como sendo a boa fé objectiva (ou “boa fé em sentido ético” ou princípio da boa fé) e outra como sendo a boa fé subjectiva (ou “boa fé em sentido psicológico”)⁶⁰. O Prof. Manuel Trigo, da Universidade de Macau, expressa semelhante entendimento nas suas Lições de Direito das Obrigações de Macau⁶¹.

A nível do direito legislado, o legislador de Portugal e de Macau veio a estabelecer a boa fé como cláusula geral numa série de situações, tendo intencionalmente deixado margem para formulação de um juízo moral por parte do juiz relativamente ao conteúdo da boa fé, a ser concretizado tendo em conta o sistema de valores a cada dado momento. Este método legislativo tem os seus riscos, pois se o juiz adoptar uma postura excessivamente dependente do mecanismo da boa fé e não conseguir extrair normas mais concretas a partir do Código Civil e da demais legislação, o sistema tenderá a funcionar de forma instável⁶².

Pelo que diz respeito à boa fé objectiva (quando a “boa fé” se apresenta como um princípio jurídico), o legislador apenas estabelece que as partes devem proceder de boa fé, sem que tenha previsto expressamente que tipo de condutas vão ao encontro do princípio da boa fé, ou qual o seu conteúdo em concreto⁶³.

Já a boa fé subjectiva é considerada pela lei como pressuposto e condição de produção de determinados efeitos jurídicos (ou seja, a lei define expressamente o seu conteúdo). Por exemplo, para efeitos do disposto nos arts. 235.º (terceiros de boa fé relativamente a negócio simulado) e 284.º (terceiros de boa fé relativamente a invalidades), a boa fé consiste no desconhecimento de determinados factos; para efeitos do art. 1184.º (qualificação da posse), boa fé significa a ignorância

58 Xu Guodong, “Unidade ou dualidade entre a boa fé subjectiva e boa fé objectiva e a questão terminológica – uma observação de direito comparado”, in *Social Sciences*, 2013, pp. 117-119.

59 Rui Alarcão, *Direito Das Obrigações*, Coimbra, 1983, pp. 107-109.

60 Ana Prata: *Dicionário Jurídico*, Volume 1, 5.ª edição actualizada e aumentada, com a colaboração de Jorge Carvalho, Almedina, 2010, p.214.

61 Manuel Trigo, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014, pp. 104-111.

62 Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.52.

63 Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.52.

da lesão do direito de outrem⁶⁴.

Também a jurisprudência de Macau tem acolhido as referidas teorias doutrinárias da boa fé subjectiva e da boa fé objectiva (veja-se o expedito pelo Tribunal de Segunda Instância no Ac. n.º 143/2001, onde se definiu a boa fé objectiva como sendo “uma regra de conduta: o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres devem respeitar toda uma série de regras implícitas na ordem jurídica, que são impostas pela consciência social e correspondem a um determinado conjunto de valores éticos predominantemente aceites na sociedade”)⁶⁵.

III. O princípio da boa fé e a discricionariedade

Os códigos civis elaborados no âmbito do movimento da codificação da modernidade têm todos eles genes do positivismo, sendo que um dos principais objectivos da compilação de grandes volumes de regras jurisprudenciais num só código foi a redução ou mesmo a eliminação da margem de “discricionariedade” do juiz⁶⁶. Algo que, no entanto, nunca chegou a ser inteiramente alcançado, nem pelo Código Civil francês de inícios do séc. XX, nem pelos códigos civis posteriores⁶⁷ (*se algum dia a humanidade alcançasse tal resultado, a profissão de juiz como que perderia a sua função, da mesma forma que perderiam razão de ser as ciências naturais se toda a indeterminação do universo desaparecesse, e da mesma forma que deixaria de se justificar a existência de ciências sociais se toda a indeterminação da sociedade desvanecesse*). De um ponto de vista técnico-jurídico, a manutenção de um espaço de discricionariedade para o juiz traduz-se, em grande medida, na existência de princípios jurídicos no direito positivo e na sua aplicação pelo intérprete no caso concreto.

Como dissemos, a boa fé (ou lealdade e confiança) é o princípio que melhor reflecte as características dos princípios jurídicos e que tem um âmbito de incidência especialmente vasto. No âmbito dos estudos da teoria do direito, a partir da segunda metade do séc. XX chegou a colocar-se a seguinte questão

64 Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.53.

65 Cfr. o Ac. n.º 143/2001, de 25 de Setembro de 2003, do Tribunal de Segunda Instância da RAEM; e Tong Io Cheng, *International Encyclopedia of Laws—Macau Contract*, Kluwer Law International, 2009, p.52.

66 Cfr. Tong Io Cheng, “A ciência jurídica, o ensino do direito e a formação de juristas em Macau”, in *Cross-Strait, Four-Region Law Developments in Taiwan, China, Hong Kong, and Macau Volume One*, Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica, Taipei, 2010, pp. 231-326.

67 A indeterminação constitui pressuposto do desenvolvimento cognitivo e social, na medida em que, uma vez desvanecidas todas as incertezas, jamais haveria necessidade de investigação, nem a vida teria sentido.

por parte de Autores dedicados ao estudo da teoria jurídica dos princípios: saber se a decisão com fundamento em princípios constitui ou não o exercício de discricionariedade⁶⁸.

Relativamente a esta problemática, a tese que se tornou mais célebre é a da “única resposta correcta” de R. Dworkin. O Autor, assentando no objectivismo político, moral e ético, sufraga que existiria uma única resposta correcta para cada caso controverso, pois que o juiz decide segundo princípios jurídicos, que constituem um reflexo da moralidade política, que por sua vez tem carácter público, pelo que, havendo uma única resposta correcta para o caso, a decisão com base em princípios não implica o exercício de qualquer discricionariedade⁶⁹. A tese da única resposta correcta de R. Dworkin foi objecto de incessante discussão desde que foi proferida. Autores da área da teoria do direito⁷⁰ chegaram já a proceder a análises aprofundadas sobre o tema. Ficou já salientado que “dada a expressiva ambiguidade, em geral, dos princípios jurídicos, a discricionariedade subjacente aos mesmos é uma discricionariedade em sentido “forte”, levando a que a afirmação de “o juiz estar vinculado aos princípios” não seja muito diferente que dizer que “o juiz determina arbitrariamente o conteúdo dos princípios” (...) Mais importante é o facto de os princípios não partilharem da mesma estrutura básica previsão-estatuição das regras jurídicas. Para o intérprete, “a verificação da previsão da regra” tanto constitui a condição como representa o limite para a sua aplicação, pelo que não se poderá emitir decisões de forma arbitrária. Pelo contrário, na falta desta estrutura no âmbito dos princípios, o juiz, ao aplicá-los, não estará sujeito àqueles limites”⁷¹.

A nosso ver, a questão sobre se a decisão segundo princípios jurídicos constitui decisão discricionária é uma questão de grau. Relativamente a um preceito que disponha de uma previsão e de uma estatuição claramente definidas, a decisão segundo princípios jurídicos acarreta efectivamente uma maior margem de discricionariedade. Só que, há que recordar que por detrás da formação de

68 Chen Jinghui, “Princípios, discricionariedade e decisão segundo a lei”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 5, 2006, pp. 121-137.

69 Chen Jinghui, “Princípios, discricionariedade e decisão segundo a lei”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 5, 2006, p. 126.

70 Por exemplo, Wang Pengxiang, assentando na tese da teoria dos princípios de Alexy segundo a qual os direitos fundamentais constituem mandados de optimização, entende que, dada a abertura da estrutura normativa da Constituição, e face às limitações na capacidade de conhecimento da Constituição, a tese da optimização da teoria dos princípios não garante que para cada caso sobre direitos fundamentais haja uma única resposta correcta. Cfr. Wang Pengxiang, “Sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais”, in *National Taiwan University Law Journal*, vol. 34, n.º 2, p. 53.

71 Chen Jinghui, “Princípios, discricionariedade e decisão segundo a lei”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 5, 2006, p. 128.

um princípio jurídico (como o princípio da boa fé abordado neste capítulo) se encontram subjacentes retóricas bem-sucedidas, como por exemplo uma ideia inovadora que foi especialmente louvada, ou uma ideia que apesar de ser objecto de discussão continuada se manteve popular. Por esta razão, não se pode falar propriamente de discricionariedade ou liberdade de decisão – o aspecto não livre do decidir segundo princípios jurídicos reside precisamente no facto de o intérprete ter de dialogar com a história num âmbito temático mais circunscrito.

Tomando o princípio da boa fé como exemplo, o grande volume de discussões em torno do mesmo desde o direito romano ao direito moderno leva a que o intérprete esteja circunscrito a uma grande quantidade de estereótipos sedimentados sempre que recorre àquele princípio na sua fundamentação, apenas podendo abrir mão dos mesmos se encontrar motivação mais convincente.

IV. Da relação entre o princípio da boa fé e o princípio da proibição do abuso do direito

1. Generalidades

A teoria da proibição do abuso do direito remonta, para muitos, ao brocardo latino *Neminem Laedit Qui Svo Iure Utitur*⁷², havendo Autores que reconduzem a sua fonte de direito romano às secções D.50.17.55, D.19.1.42.pr, D.43.29.3.2 e D.50.17.155.1-2⁷³. Há também Autores que a reconduzem à *aemulatio* (ou seja, um acto sem utilidade para o próprio e com a intenção de prejudicar outrem (D.6.1.38; Gaius I.1.53))⁷⁴. Em termos institucionais, a *exceptio doli* do direito romano veio a constituir-se um instrumento para sancionar práticas abusivas e, posteriormente, no período justinianeu, veio a ser reconhecida a figura processual da litigância de má fé⁷⁵. O ulterior desenvolvimento da teoria da litigância de má fé do direito processual e do conceito *exceptio doli* do direito material veio, a final, a proporcionar elementos para a construção da teoria do abuso do direito. No entanto, não foi senão a partir da segunda metade do séc. XIX que vieram a surgir a denominação jurídica de “abuso do direito” e o “princípio da proibição do

72 Nelson Nicolliello, *Diccionario Del Latin Jurídico*, J.M. Bosch Editor, 1999, p.204.

73 Atribuídos, respectivamente, a Gaius (D.50.17.55), Paulus (D.19.1.42.pr e D.50.17.155.1-2) e Ulpianus (D.43.29.3.2).

74 Cfr. António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, 2001, p.673. Segundo os estudos do Autor, a tese da recondução do abuso do direito à *aemulatio* chegou a Portugal nos inícios do séc. XX através do direito italiano, principalmente por meio das obras de Scialoja e de Riccobono.

75 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II: *Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.131-132.

abuso do direito” enquanto princípio jurídico. E a sua formação pode dizer-se que foi um excelente exemplo de concurso entre a tradição jurídica, a jurisprudência e a doutrina.

No direito moderno, com o acumular da jurisprudência francesa de meados do séc. XIX⁷⁶ veio a desenvolver-se aos poucos o conceito de “abuso do direito”. Num caso ocorrido em França em 1855, o Tribunal condenou o proprietário que construía no seu prédio uma chaminé falsa inútil, apenas para tapar uma janela do vizinho, com fundamento no seguinte:

“(…) se é de princípio que o direito de propriedade é um direito de algum modo absoluto, autorizando o proprietário a usar e abusar da coisa, o exercício desse direito, no entanto, como o de qualquer outro, deve ter por limite a satisfação de um interesse sério e legítimo; os princípios da moral e da equidade opõem-se a que a justiça sancione uma acção inspirada pela malquerença, cometida sob o domínio de uma má paixão e provocando um prejuízo grave a outrem (...)”⁷⁷.

Volvido algum tempo, o Autor belga Laurent utilizou pela primeira vez a expressão *abus de droit* em comentário à situação do tipo acima referido⁷⁸, mas foi com o francês Josserand que surgiu a primeira obra especificamente dedicada ao estudo sistemático do tema – *De l’Esprit et de leur Relativité: Théorie de l’abus des droits*, concluída na primeira metade do séc. XX. Este conceito, depois de ser trabalhado pela doutrina alemã e de ser recebido pelos países que se lhe seguiram, veio a difundir-se por outras jurisdições com o segundo movimento de codificação nos inícios do séc. XX.

No entanto, com o contínuo aprofundar dos estudos à procura da genealogia do referido princípio, a doutrina descobriu aos poucos que o mesmo contende com institutos dispersos em três diferentes áreas: a *aemulatio*, a *exceptio doli* e a regulação das relações de vizinhança. Áreas que, desde os inícios do direito romano até à codificação do séc. XVIII, estavam distribuídas em diferentes domínios do ordenamento jurídico, razão pela qual não era possível aos juscientistas do tempo do direito romano e do direito comum consolidá-las num único conceito. Foi precisamente por isso que nunca foi desenvolvida uma teoria geral do abuso do direito ao abrigo do direito romano e do direito comum.

Mesmo em ambas as codificações dos sécs. XIX e XX, vários códigos

76 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Volume I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Livraria Almedina, 2005, p. 408.

77 Imp. Colmar, 2-Mai. 1855; D 1856, 2, 9-10. Apud António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.133.

78 F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, 3.ª Ed., 1878, p. 20. Apud António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.133.

modernos com certo valor de referência mantiveram silêncio quanto ao conceito de abuso do direito, o que parece ser indicativo do acima exposto.

Por último, mesmo no âmbito da jurisprudência e da doutrina, onde a teoria do abuso do direito teve origem, houve vozes a apontar para a redundância dessa mesma teoria por sobreposição com outras. Por exemplo, a dimensão posteriormente alcançada pela responsabilidade civil, em França, graças à utilização do conceito de “falta” (*faute*) levou a que o princípio da proibição do abuso do direito tivesse uma utilização escassa⁷⁹. Mesmo no direito alemão, não faltaram opiniões que apontassem para a falta de clareza na sua linha de distinção com os princípios da equidade e da boa fé⁸⁰.

2. As semelhanças e dissemelhanças entre os dois princípios

Ambos os princípios têm a sua génese no direito romano bem como uma relação de consanguinidade com a *exceptio doli* do direito romano. No entanto, fora esta origem comum na *exceptio doli*, cada um deles recebeu outros elementos em períodos diferentes.

Relativamente ao ponto de nascimento do conceito (i.e., da terminologia), a expressão *boa fé* vinha já sendo amplamente utilizada no período arcaico do direito romano, enquanto a expressão *abuso do direito* veio apenas a surgir a partir do séc. XIX.

Quanto ao âmbito de incidência, o conceito de boa fé, desde que surgiu, foi logo aplicado a diversos domínios do direito e, embora tivesse sofrido variações ao longo da sua evolução histórica, pode dizer-se, de uma forma geral, que o seu desenvolvimento foi no sentido do alargamento do seu âmbito de aplicação. O conceito de abuso do direito, por sua vez, começou apenas a ser usado no âmbito das relações de vizinhança, entendendo ainda a doutrina que constituía pressuposto da sua aplicação a existência e o exercício de um direito subjectivo (entendimento que recentemente tem vindo a alterar-se⁸¹). Já para o Autor francês Jacques Ghestin, o abuso do direito aplicar-se-ia a domínios como a propriedade, o contrato, a família, o exercício de direitos sociais, a greve e o exercício do direito de acção, o que revela uma grande vitalidade da teoria do abuso no direito francês⁸².

79 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.135.

80 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, 2001, pp.677-700.

81 António Menezes Cordeiro, *Litigância de Má Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa in Agendo*, Almedina, 2006, p.49.

82 Jacques Ghestin and Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil Introduction Générale*, Law Press-China, 2004, pp.726-738.

Pelo que diz respeito aos critérios de concretização, tanto o princípio da boa fé como o princípio da proibição do abuso do direito chegaram a ser questionados como correspondendo a uma pura discricionariedade⁸³. A questão da diferenciação dos critérios de concretização da boa fé e do abuso do direito não tem sido muito elaborada quer na literatura jurídica chinesa, quer na doutrina estrangeira⁸⁴, que, pelo contrário, têm vindo na sua generalidade a tratar dos dois princípios em conjunto. A nosso ver, os critérios de concretização da boa fé e do abuso do direito estão sujeitos à cultura jurídica em que se inserem, sendo desenvolvidos e deduzidos a partir da sua aplicação nas respectivas jurisdições, e sempre em constante evolução.

O conceito de abuso do direito desenvolvido a partir da jurisprudência francesa começou por ter como critério o “exercício emulativo de direitos”, tendo por pressuposto a existência de um direito subjectivo. À medida que as discussões doutrinárias se foram aprofundando, o direito francês chegou a eleger como critérios de aferição a “culpa no exercício do direito”, a “intenção de prejudicar” no exercício do direito e a contrariedade do exercício do direito ao seu fim social⁸⁵. Devemos dizer que todos estes critérios se afiguram problemáticos, pois que o uso da *aemulatio* como critério suscitaria instabilidade e correria o risco de sobreposição com outros institutos. Primeiro, o pressuposto da “ausência de utilidade para o próprio” da *aemulatio* parece só ser concebível no plano teórico, pois o acto emulativo “prejudicial a outrem” acarreta em certa medida utilidade para o próprio. Depois, se se excluir o requisito da “ausência de utilidade para o próprio”, ficaria apenas o da “prejudicialidade”, que assim levaria a uma sobreposição com a figura da responsabilidade civil por violação de direitos ou interesses de outrem, com a agravante de se afrouxar sobremaneira os critérios desta modalidade de responsabilidade civil.

Até à década de 80 do séc. XX, o direito português foi profundamente inspirado pelas discussões doutrinárias francesas em torno do abuso do direito. Orlando de Carvalho⁸⁶, por exemplo, vê no poder de autodeterminação o fundamento

83 Querendo significar a falta de critérios no uso do princípio da proibição do abuso do direito. Na doutrina, nunca houve falta de críticas relativamente ao abuso por parte dos tribunais. Veja-se, por exemplo, o artigo publicado em 2015 de Pedro Pais de Vasconcelos, “O abuso do abuso do direito – um estudo de Direito Civil”, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2015, Número 1, 2015, pp.33-56.

84 Na literatura chinesa, quem mais deu mais importância à questão foi Lin Chenger, *Estudos sobre as Teorias e Questões do Direito Civil*, China University of Political Science and Law Press, 1999, pp. 4-17.

85 Jacques Ghestin and Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil Introduction Générale*, Law Press-China, 2004, pp.714-725.

86 Orlando de Carvalho procedeu a uma exposição pormenorizada da teoria do abuso do direito na sua *Teoria Geral do Direito Civil*. Antes de entrar no assunto, o Autor começa por dar a noção de direito subjectivo, indicando que algumas concepções veem no direito subjectivo um interesse, “um interesse juridicamente protegido” (na fórmula de Ihering) ou “um interesse juridicamente protegido

dogmático último do abuso do direito (o que, obviamente, decorre da teoria do abuso do direito assente no direito subjectivo do direito francês, embora o Autor pareça querer ultrapassar a limitação da aplicação do abuso aos direitos subjectivos em sentido estrito para o estender também aos direitos potestativos e algumas faculdades). Não obstante, no seu discurso o Autor indica que o exercício do poder de autodeterminação tem limites, limites que se reconduzem à questão dos interesses. Assim, se se lesam interesses de outrem, o exercício do poder de autodeterminação sem interesse próprio constituirá abuso do direito (está em causa, claramente, o critério dos actos emulativos do direito francês). Se, pelo contrário, a utilização de um direito sem interesse não lesa interesses de outrem, não haverá abuso do direito. No entanto, constitui tarefa extremamente difícil provar se o exercício do direito é ou não do interesse para o próprio, pois que o titular pode sempre alegar que a utilização do direito lhe trouxe vantagens, ainda que mínimas⁸⁷. Caberá, nessas situações, ao tribunal ajuizar se no caso concreto houve ou não interesse para o titular do direito (estando implícita a ideia de que, perante um caso difícil, o tribunal terá que proceder a uma avaliação dos interesses em causa)⁸⁸. Para além de Orlando de Carvalho, também um outro Autor da mesma época, Castro Mendes, se socorreu de muita literatura do direito francês na exposição que fez sobre o abuso do direito⁸⁹.

A eleição da “culpa no exercício do direito” como critério levaria igualmente a uma sobreposição com a teoria da responsabilidade civil, enquanto a “intenção de prejudicar” se afigura um critério demasiado subjectivista. Dos critérios avançados,

através da atribuição de um poder de vontade” (o caso de Jellinek, Michoud e Guilherme Moreira) – ou seja, o direito subjectivo ver-se-ia limitado a um interesse. Estas concepções foram fortemente criticadas, tendo-lhe sido apontada a crítica de que se estaria a confundir o meio com o fim – o direito é o instrumento de satisfação desse interesse, não o interesse em si e por si. Por outro lado, há quem entenda que “cada direito subjectivo depende da observância de regras de utilização, que estruturalmente delimitam esse mecanismo de tutela: que contêm não apenas com o poder de se usar dele, como com a estrutura que o direito é em si, por modo a que, se se transgridem tais regras, o direito não se cumpre na sua própria dimensão. É o problema do abuso de direito”. Esta parte da doutrina visava um controle mais contante ou contínuo, pressuposto na ideia de que “cada direito só é elaborado ou tutelado pela ordem jurídica para certo interesse” (Santoro-Passarelli). Para a doutrina maioritária (v.g., Manuel de Andrade e Vaz Serra), “há-de obedecer, no seu exercício, a uma norma implícita ou explícita de correcção, de lealdade, de moralidade, a uma lei acima da lei”. Orlando de Carvalho entende, assim, que o exercício do direito subjectivo na dependência da observância de regras de utilização diminuiria a autonomia do titular relativamente ao seu direito. Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão traduzida por Vong Hin Fai, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, pp. 40-41.

87 Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão traduzida por Vong Hin Fai, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, pp. 48-50.

88 Cfr. Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, versão traduzida por Vong Hin Fai, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2004, p. 50.

89 João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol.1, AAFDL, 1995, pp.525-37.

aquele que é mais susceptível de circunscrever a discricionariedade do juiz parece ser a teoria do “fim social”. Simplesmente, mesmo que assim seja, esta teoria do “fim social”, desenvolvida a partir da meditação sobre “a substância das coisas” confere, ainda, uma grande margem de discricionariedade ao juiz.

Nos processos de recepção e evolução posteriores, os juscientistas do direito alemão desenvolveram várias tentativas frutíferas em torno da questão dos critérios de concretização do abuso do direito. Em primeiro lugar, eliminou-se da teoria do abuso do direito o pressuposto da existência e do exercício de um direito subjectivo, levando a que o abuso do direito subjectivista viesse a desenvolver-se num “abuso de faculdades jurídicas” mais amplo. Depois, o “abuso do direito” acabaria por se desenvolver, na Alemanha, a partir de grandes grupos de casos típicos (*venire contra factum proprium, suppressio, tu quoque*, inalegabilidades formais e desequilíbrio), tudo se reconduzindo à boa fê⁹⁰. Segue, *infra*, uma apresentação dos vários tipos, segundo o raciocínio de António Menezes Cordeiro⁹¹:

1) O *venire contra factum proprium*

O *venire contra factum proprium* ou, simplesmente, *venire*, postula duas condutas da mesma pessoa, diferidas no tempo e valorativamente contraditórias entre si. Segundo a doutrina, a conduta originária – o *factum proprium* – corresponde à primeira conduta, enquanto a segunda corresponde à conduta contraditória – o *venire*. Em termos sociais, a conduta contraditória com planos previamente assumidos pelo sujeito surge como desagradável e desprestigiante⁹². A actuação sinuosa põe em causa a credibilidade do agente, suscitando, no meio em que ele se insere, dúvidas e perplexidades (a não ser que o *venire* assente numa circunstância justificativa)⁹³. O *venire* é positivo quando, na sequência do *factum proprium*, não se espera que o agente venha a praticar um segundo acto e, depois, pratica-o; será negativo quando se espera dele uma segunda conduta e, depois, nega-a. Sendo positivo, o *venire* pode implicar o exercício de direitos potestativos, de direitos comuns ou de liberdades gerais. O *venire* só é proibido em circunstâncias especiais. Para as explicar, surgiram duas grandes fundamentações dogmáticas: as doutrinas

90 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 287.

91 António Menezes Cordeiro, Do Abuso do Direito – Estado das Questões e Perspectivas, Aos Estudos em Honra. Do Prof. Doutor António Castanheira Neves, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Vol. II.

92 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Parte Geral, Tomo IV, Livraria Almedina, 2005, p. 275.

93 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p. 144.

da confiança (Canaris) e as doutrinas negociais (Wieling)⁹⁴. Para as doutrinas da confiança, o *venire* seria proibido quando fosse praticado com a intenção de defrontar uma situação de confiança legítima gerada pelo *factum proprium*. Para as negociais, o agente ficaria vinculado, em termos negociais, pelo *factum proprium* em causa; ao perpetrar o *venire*, estaria a violar a vinculação daí derivada. Simplesmente, as teorias negociais têm dificuldades práticas: o regime do *venire* não é o do negócio. Além disso, a desconsiderar toda uma construção em torno da boa fé e do abuso do direito, é duvidoso se é mesmo possível descobrir um verdadeiro negócio⁹⁵. O princípio da confiança surge como uma mediação entre a boa fé e o caso concreto. Ele exige que as pessoas sejam protegidas quando, em termos justificados, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas. A doutrina aponta várias razões que depõem nesse sentido. Em termos antropológicos e sociológicos, desde a sedentarização a espécie humana organiza-se na base de relacionamentos estáveis. No campo ético, cada um deve ser coerente, não mudando arbitrariamente de condutas, com isso prejudicando o seu semelhante. A pessoa que confie legitimamente num certo estado de coisas não pode ser tratada como se não tivesse confiado – seria tratar o diferente de modo igual⁹⁶. Na base da doutrina e com consagração jurisprudencial, a tutela da confiança ocorre perante quatro proposições: (1) uma situação de confiança; (2) uma justificação para essa confiança; (3) um assentar efectivo de actividades jurídicas sobre a crença consubstanciada; (4) a imputação da situação de confiança criada à pessoa que vai ser atingida pela protecção dada ao confiante. Estas quatro proposições devem ser entendidas dentro da lógica de um sistema móvel. Ou seja, não há entre elas uma hierarquia e o modelo funciona mesmo na falta de alguma delas, desde que a intensidade assumida pelas restantes seja tão forte que permita, valorativamente, compensar a falta⁹⁷.

2) A *suppressio*

A *suppressio* é também conhecida por perda da força jurídica de um direito

94 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.144-145.

95 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.145.

96 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.145-146.

97 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.146.

(*Verwirkung*)⁹⁸ e abrange manifestações típicas de “abuso do direito” nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso de tempo, não mais possa sê-lo por, de outro modo, se contrariar a boa fê⁹⁹. As partes devem agir de forma leal¹⁰⁰; qualquer das partes deve proceder de forma diligente e de modo a não frustrar intencionalmente as legítimas expectativas da contraparte, proporcionando-lhe as informações que se mostrarem necessárias. O exercício de direitos contra as exigências de lealdade e de correcção considera-se ilegítimo por violação das legítimas expectativas da contraparte. Por exemplo, a parte que, pela sua actuação, faça entender que não exercerá o direito de resolução ou que prescindirá da prescrição, levando a que a contraparte, confiando nesta sua actuação, diligencie nesse sentido, não poderá legitimamente vir a exercer o direito de resolução ou invocar a prescrição¹⁰¹. A *suppressio* teve a sua origem na prática da jurisprudência comercial alemã dos finais do séc. XIX, tendo-se intensificado com a 1.ª Guerra Mundial de 1914-1918 e com o subsequente período de grande inflação, onde surgiram inúmeros casos de abuso do direito. No cerne do problema, verificou-se que o exercício retardado de certos direitos, em conjunturas de instabilidade, podia dar azo a graves injustiças. Na doutrina, duas hipóteses foram avançadas para a sustentação dogmática da tutela do beneficiário nestas situações: primeiro, que deveria ser penalizada a inacção do agente relativamente ao seu direito por um longo período de tempo; segundo, que o beneficiário deveria ser protegido na sua confiança de que não haverá exercício do direito pelo respectivo titular. Na primeira hipótese, a *suppressio* deveria ser normalizada e os seus prazos nivelados. Só sendo cognoscíveis de antemão, eles surtiriam algum efeito. Na segunda, haveria que indagar, junto do beneficiário, os pressupostos da tutela da confiança¹⁰², pelo que facilmente se aproximaria dos pressupostos da prescrição¹⁰³. No fundo, teríamos uma espécie de *venire*, em que o *factum proprium* seria constituído por uma simples inacção. Esta, porém, nunca poderá ser tão clara e óbvia como um comum *factum proprium*. Por isso, o correspondente modelo de decisão será um pouco mais complexo do que

98 Wang Boqi, *Colectânea de Obras Jurídicas de Wang Boqi*, Sanmin Publishing, 1999, p. 282.

99 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.150.

100 Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, tradução de Wang Xiaohua e Shao Jiandong, Law Press, 2007, pp. 58-59.

101 Exemplo de Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I*, tradução de Wang Xiaohua e Shao Jiandong, Law Press, 2007, pp. 58-59.

102 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.151.

103 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol.1, Parte Geral, Tomo IV, Almedina, 2005, pp.236-237.

o da comum tutela da confiança. O modelo dogmático será o seguinte¹⁰⁴: (1) um não-exercício prolongado; (2) uma situação de confiança, daí derivada; (3) uma justificação para essa confiança; (4) um investimento de confiança; (5) a imputação da confiança ao não-exercente. O *quantum* do não exercício será determinado pelas circunstâncias do caso: o necessário para convencer um homem normal, colocado na posição do real, de que não mais haveria exercício. A justificação será reforçada por todas as demais circunstâncias ambientais capazes de conformar essa convicção, legitimando-a. A nova posição jurídica que o confiante *ex bona fide* vê surgir na sua esfera designa-se por *surrectio*, contraponto da *suppressio*.

3) O *tu quoque*

Tu quoque exprime a situação na qual a pessoa que viola uma norma jurídica pretende vincular outrem pela mesma norma que violou. São três as situações que a doutrina tem vindo a apontar: (1) o prevalecer-se da situação jurídica decorrente da norma jurídica (por ela violada); (2) o exercer a posição jurídica violada pelo próprio; (3) o exigir a outrem o acatamento da situação já violada. Trata-se de um tipo abusivo que chegou a suscitar amplas dificuldades dogmáticas, desfrutando de um suporte doutrinário inferior ao dos restantes tipos¹⁰⁵. O Anteprojecto de Vaz Serra, responsável pelo Título das Obrigações do Código Civil português (CCP), incluiu numerosas consagrações parcelares da regra *tu quoque*, designadamente¹⁰⁶: (1) o menor que use de dolo para se fazer passar por maior não pode invocar a anulabilidade do acto¹⁰⁷; (2) há inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova do onerado¹⁰⁸; (3) a culpa do lesado pode reduzir ou excluir a indemnização (devida pelo agente)¹⁰⁹.

Todavia, estas normas poderiam equivaler a permitir repercutir, indefinidamente, as inobservâncias da ordem jurídica. O *tu quoque* requer, assim, uma aplicação confinada entre as partes envolvidas. Dogmaticamente, o *tu quoque* deve ter por fundamento o princípio da primazia da materialidade subjacente,

104 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi— Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.152.

105 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi— Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.153-154.

106 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi— Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.154.

107 Cfr. o art. 126.º do CCP e o art. 115.º do CCM.

108 Cfr. o art. 342.º, n.º 2, do CCP e o art. 337.º, n.º 2, do CCM.

109 Cfr. o art. 570.º, n.º 1, do CCP e o art. 564.º, n.º 1, do CCM.

devendo o juiz concretizar o que seja o *tu quoque* através da conjugação da boa fé com o caso concreto. A ordem jurídica postula uma articulação de valores materiais, cuja prossecução pretende ver assegurados. Nesse sentido, ele não se satisfaz com arranjos formais, antes procurando a efectivação da substancialidade. A pessoa que viole uma situação jurídica perturba o equilíbrio material subjacente. Nessas condições, exigir à contraparte um procedimento equivalente ao que se seguiria se nada tivesse acontecido equivaleria ao predomínio do formal: substancialmente, a situação está alterada, pelo que a conduta requerida já não poderá ser a mesma¹¹⁰.

4) As inalegabilidades formais

O direito civil moderno acautela igualmente, através da teoria do abuso do direito, as situações de injustiça decorrentes da nulidade do negócio jurídico por inobservância de forma. Diz-se inalegabilidade formal a situação da pessoa que, verificadas certas condições, não se possa prevalecer da nulidade de um negócio jurídico causada por vício de forma. A inalegabilidade é muitas vezes considerada uma concretização do *venire contra factum proprium*: num primeiro momento o agente, pretendendo que o negócio não preenchesse os requisitos legais de forma, daria azo a uma nulidade formal, prevalecendo-se do negócio (nulo); depois, invocaria a nulidade, recuperando a sua liberdade. Haveria uma grosseira violação da confiança com a qual o sistema não poderia pactuar¹¹¹. Em princípio, o negócio que não respeite a forma legal é nulo¹¹². Essa nulidade é invocável a todo o tempo e por qualquer interessado, sendo declarável, de ofício, pelo tribunal¹¹³, pelo que em regra não se conseguirá paralisar a alegação da nulidade pelo agente. Na maioria das situações de nulidade por inobservância de forma, a parte que invoca a nulidade do negócio é quem a provocou, pretendendo prevalecer-se do negócio e, depois, vir a invocar a sua nulidade, pelo que deve vir a assumir um dever de indemnizar equivalente à validação do negócio nulo¹¹⁴.

110 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.154.

111 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.148.

112 Cfr. o art. 220.º do CCP e o art. 212.º do CCM.

113 Cfr. o art. 286.º do CCP e o art. 279.º do CCM.

114 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, pp.148-149.

5) O desequilíbrio

O desequilíbrio constitui um tipo residual de actuações contrárias à boa fé, para além dos tipos acima expostos¹¹⁵. A doutrina procurou identificar diversos subtipos de desequilíbrio, designadamente: (1) o exercício danoso inútil; (2) comportamento da pessoa que exige o que, de seguida, terá de restituir¹¹⁶ (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*); (3) desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem. Em todas estas hipóteses, o titular, exercendo embora um direito formal, fá-lo em moldes que atentam contra vectores fundamentais do sistema¹¹⁷. O abuso do direito e a boa fé a ele subjacente representam uma válvula do sistema: permitem corrigir soluções que, de outro modo, se apresentariam contrárias a vectores elementares (do sistema). E o desequilíbrio está precisamente na origem do abuso do direito, particularmente nas decisões pioneiras, como a da chaminé falsa de Colmar ou a chaminé baixa de Coimbra. À medida que os ordenamentos foram progredindo, estas hipóteses perderam terreno. Todavia, o desequilíbrio no exercício das posições jurídicas pode ser usado nos domínios onde há que enfrentar o silêncio do direito legislado em vigor¹¹⁸.

3. O princípio da boa fé e o princípio da proibição do abuso do direito no Código Civil de Macau

1) A recepção da norma legal

É do seguinte teor o art. 326.º do CCM, que consagra o princípio da proibição do abuso do direito: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”.

Norma que é de todo idêntica à previsão legal do art. 334.º do CCP de 1966, o qual, por sua vez, teve inspiração no disposto no art. 281.º do Código Civil grego de 1946. Uma simples comparação dos dois preceitos é bastante para se aferir a relação de parentesco entre um e outro.

115 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.155.

116 Simon Whittaker e Reinhard Zimmermann, “Good faith in European contract law: surveying the legal landscape”, in Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker (coord.), *Good Faith in European Contract Law*, tradução chinesa de Ding Guangning et al., Law Press, 2005, p. 18.

117 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.155.

118 António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi– Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.156.

Assim, prevê o art. 281.º do Código Civil grego: “*The exercise of a right is prohibited when it manifestly exceeds the limits dictated by good faith, or good morals, or the social or economic purpose of the right*”¹¹⁹; e

O art. 334.º do CCP: “É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”¹²⁰.

O legislador do Código Civil grego, reconhecendo a excessiva subjectividade da tradicional referência ao “exercício emulativo de direitos”, retirou da codificação suíça e da doutrina alemã a referência – considerada mais objectiva – ao exercício do direito que “exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes (...)”, enquanto o projecto franco-italiano das obrigações lhe cedeu a referência ao “fim social e económico” do direito¹²¹. A doutrina deu muita importância à disposição, considerada o auge do direito legislado quanto ao abuso do direito¹²². Todavia, com o evoluir dos tempos, a avaliação que a doutrina veio a atribuir ao preceito foi outra. Designadamente, António Menezes Cordeiro, Autor que tem vindo a dedicar-se ao estudo da boa fé e do abuso do direito desde os anos 80 do século passado, veio recentemente a referir que o art. 334.º do CCP tem uma função semelhante à do art. 242.º do BGB¹²³, o que faz duvidar do acerto do enaltecimento outrora associado à disposição.

2) As discussões em torno da redacção vigente

O Código de Seabra de 1867 não consagrava o abuso do direito, mas a figura era já admitida pela jurisprudência portuguesa, que ocasionalmente fazia referência à jurisprudência estrangeira (como a francesa)¹²⁴. Daí que algumas das discussões do direito francês em torno do abuso do direito tivessem sido importadas para o direito português. Com a elaboração do CCP de 1966, a doutrina passou imediatamente a centrar a discussão no direito positivo, relativamente a questões terminológicas do preceito legal e ao estatuto que a teoria do abuso do direito passou a ocupar no sistema do direito civil, abordando, no essencial, as seguintes questões: (1) se apenas estão em

119 Helmut Koziol & Barbara C. Steininger eds., *European Tort Law Yearbook*, 2009, European Centre of Tort and Insurance Law, De Gruyter, 2010, p. 272.

120 Código Civil Português, Almedina, reimpressão, Dezembro de 2010, p.67.

121 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, p. 715.

122 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 2.ª Reimpressão da versão de 1983, Almedina, p. 717.

123 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 272.

124 Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, pp.114-115.

causa direitos subjectivos; (2) como determinar se o excesso cometido no exercício do direito foi “manifesto”; (3) se o termo “ilegítimo” utilizado corresponde a uma aceção técnico-jurídica.

Relativamente à primeira questão, desde cedo que a doutrina portuguesa vem entendendo que, embora literalmente o abuso do direito pressuponha a existência de um direito subjectivo, este pode ser entendido como abrangendo os meros poderes¹²⁵. O seu âmbito veio ainda a alargar-se mais com o desenvolver das discussões doutrinárias posteriores.

Quanto à segunda questão, de se saber como é que o exercício de um direito excede “manifestamente” os limites impostos pela boa fé ou pelos bons costumes, a doutrina tem entendido genericamente que o termo utilizado não é de fácil concretização, sendo difícil chegar-se a um critério objectivo. A expressão elegida pelo legislador foi inspirada, por um lado, pelo art. 2.º do Código Civil suíço e, por outro, pela utilização de expressões semelhantes por Manuel de Andrade e Vaz Serra, Autores que tiveram uma enorme influência na elaboração do CCP de 1966¹²⁶.

Por último, segundo Menezes Cordeiro, o uso do termo “ilegítimo” foi provavelmente inspirado em Manuel de Andrade¹²⁷, Autor que admitia que o direito de que se abusasse fosse válido e legítimo (razoável)¹²⁸. O legislador parece não ter usado a expressão “é ilegítimo” em sentido técnico, pretendendo antes dizer “é ilícito” ou “não é permitido”¹²⁹. Cunha de Sá, na sua exposição sobre a ilicitude do abuso do direito, refere que a autonomia do abuso do direito tem vindo a ser abalada por determinados campos da responsabilidade civil¹³⁰.

Após a elaboração do CCP de 1966, o estudo que, para além da dissertação de doutoramento de Menezes Cordeiro, exerceu maior influência sobre a teoria do abuso do direito em Portugal deverá ser o artigo de Baptista Machado – “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”¹³¹. O texto, através da enunciação de alguns casos

125 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e actualizada, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2011, p. 300.

126 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume I, 4.ª edição revista e actualizada, com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, 2011, p.299.

127 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 240.

128 Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3.ª edição, com a colaboração do Rui de Alarcão, 1966, p. 63. Apud António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 240.

129 António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil V – Parte Geral – Legitimidade, Representação, Prescrição, Abuso do Direito, Colisão de Direitos, Tutela Privada e Provas*, Almedina, 2011, p. 239.

130 Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, pp. 496 ess.

131 Baptista Machado, “Tutela da confiança e *venire contra factum proprium*”, RLI, No.3729, p.365.

paradigmáticos, procede à distinção do abuso do direito com figuras afins como a *culpa in contrahendo* e a *promissory estoppel*¹³², concluindo pela existência de três pressupostos para a verificação do *venire contra factum proprium*: (1) uma situação de confiança objectivamente existente; (2) um investimento em actividades jurídicas pela pessoa a protegerem virtude da confiança criada; (3) a imputação da situação de confiança criada ao agente.

Recentemente, Paulo Mota Pinto, numa tentativa de reformular os pressupostos do *venire*, depois de elencar uma série de posições doutrinárias de diferentes jurisdições, conjugando com os entendimentos de Canaris, Baptista Machado e Menezes Cordeiro, refere que os diversos critérios do *venire* funcionam num “sistema móvel” de elementos concretos da proibição, tratando-se de um sistema de elementos que podem variar no caso concreto no seu número e na sua força¹³³. Daqui resulta que, afinal, os critérios avançados pela doutrina poderão não ser aplicáveis a toda e qualquer situação de abuso. A doutrina tem constatado situações de injustiça que, embora careçam de rectificação, não satisfazem todos os pressupostos do *venire*. Já ao abrigo de um “sistema móvel” dotado de maior flexibilidade, os operadores judiciais estarão habilitados a aplicar o regime em conjugação com as circunstâncias do caso concreto, evitando a que o sistema se torne excessivamente rígido. No entanto, sob outro prisma, este sistema altamente flexível poderá dificultar a fixação dos parâmetros dos comportamentos e, conseqüentemente, a tarefa de concretização por parte do intérprete. A intensidade da manifestação de determinado pressuposto pode mesmo ser de molde a poder compensar a falta de outro ou outros requisitos, sem que isso obste ao preenchimento do *venire*.

4. O abuso do direito na jurisprudência de Macau e de Portugal

Na jurisprudência, quer de Macau, quer de Portugal, não têm faltado casos em que se tem vindo a aplicar o princípio da proibição do abuso do direito. Dada

132 No direito norte-americano, o instituto do *estoppel* constitui um mecanismo tradicional com ampla incidência, que impede uma pessoa de invocar a verdade em contradição com uma declaração (*representation*) de factos feita por ela, após outra pessoa ter confiado na declaração. O *promissory estoppel* é uma derivação do conceito de *estoppel*, em que não estava em causa uma declaração de factos mas uma verdadeira promessa. O *promissory estoppel* pretende saber se a promessa preenche todos os requisitos para se poder considerar vinculante, havendo que ajuizar, por exemplo, se se trata de uma promessa, se há razão para esperar confiança, se há efectiva indução de confiança e se há necessidade de execução da promessa para evitar uma injustiça. Cfr. E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 3rd edition, New York, 1998, pp.93 ess. apud Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, Universidade de Coimbra, 2003, p. 288.

133 Paulo Mota Pinto, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no Direito Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito, Volume Comemorativo*, Universidade de Coimbra, 2003, p.302.

a total correspondência da redacção do preceito legal do direito positivo de um e outro ordenamento, a jurisprudência portuguesa tem vindo a ser frequentemente citada pelos tribunais de Macau com significativo valor de referência.

Desde a entrada em vigor do CCP de 1966, os tribunais portugueses têm vindo a aplicar o princípio da proibição do abuso do direito em variados domínios. Veja-se a jurisprudência firmada, sobre o *venire contra factum proprium*, em RLd 17-Jul-1970, STJ 2-Mar-1978, STJ 14-Nov-2000, STJ 21-Nov-2000, RPt 20-Mar-2001, Rev 4-Out-2001, STJ 17-Jan-2002, RPt 9-Abr-2002, STJ 21-Jan-2003, STJ 21-Jan-2003, STJ 13-Mar-2003, RGM 7-Jan-2004, RLx 22-Jan-2004, RGM 31-Mar-2004; sobre a *suppressio*, em STJ 26-Mar-1980, STJ 19-Out-2000, RLx 16-Jan-2001, STJ 30-Out-2001, RLx 22-Jan-2002, RPt 11-Mar-2003, RLx 1-Abr-2003; sobre o *tu quoque*, em RPt 3-Fev-1981, STJ21-Sept-1993, STJ 12-Jul-2001, RLx 2-Mar-2004¹³⁴; sobre a inalegabilidade formal, em STJ 31-Mar-1981, STJ 22-Nov-1994, STJ 28-Sept-1995, RLx 31-Mar-1998, RLx 4-Mar-1999, RPt 31-Mai-2001, RPt 22-Abr-2004, RLx 29-abr-2004¹³⁵; sobre o desequilíbrio, em RLx 17-Dez-1976, RPt3-Fev-1981, STJ 21-Sept-1993, STJ 12-Jul-2001, RLx 2-Mar-2004.

Também na jurisprudência de Macau têm sido vários os casos com relação ao princípio da proibição do abuso do direito¹³⁶. Procederemos, *infra*, a uma análise e apreciação detalhada de uma decisão com certa representatividade – o Ac. n.º 2/2002 do Tribunal de Última Instância:

A e B celebraram com C um contrato pelo qual aqueles prometiam comprar e este prometia vender os imóveis X e Y. Tendo A e B solicitado que C deveria celebrar o contrato definitivo, este começou a esquivar-se, invocando pretextos para justificar a demora em cumprir o prometido, até que revelou àqueles a sua falta de vontade de cumprir a promessa, tendo inclusivamente referido, através do seu mandatário D,

134 Apesar da novidade da figura do *tu quoque* e das discussões doutrinárias, a jurisprudência portuguesa não tem sido ambígua na apreciação deste tipo de casos, contemplando-o com soluções que vão ao encontro da figura, ainda que sem nomear o *tu quoque*. Cfr. António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.155.

135 Segundo a doutrina portuguesa, o direito português permite mesmo preterir normas formais, preenchidos que sejam os seus pressupostos. Embora não seja escassa a jurisprudência portuguesa nesse sentido, a doutrina considera haver que apontar uma fundamentação precisa, sob pena de abandonar as decisões ao sentimento. Assim, para além dos (quatro) pressupostos da tutela da confiança, a inalegabilidade exige ainda outros três: (1) devem estar em jogo apenas os interesses das partes envolvidas; não, também, os de terceiros de boa fé; (2) a situação de confiança deve ser censuravelmente imputável à pessoa a responsabilizar; (3) o investimento de confiança deve apresentar-se sensível, sendo dificilmente assegurado por outro via. Cfr. António Menezes Cordeiro, “Do Abuso do Direito: Estado das questões e Perspectivas”, in *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II: Direito Privado*, Coimbra Editora, 2008, p.149.

136 Cfr. os Acs. TUI 26/2007, TSI 577/2006, TSI 53/2001 e TUI 2/2002.

que era firme a sua intenção em não cumprir. A e B intentaram acção de execução específica, pedindo que o tribunal lhes atribuisse os imóveis X e Y, mas, não tendo eles procedido tempestivamente ao registo da acção, C vendeu a E o imóvel X por escritura pública de compra e venda na pendência da acção, que registou imediatamente a sua aquisição. Pretendiam, pois, A e B, neste caso, que fosse declarada a nulidade do negócio de compra e venda entre C e E, invocando o abuso do direito¹³⁷.

Para aferir se as circunstâncias do caso consubstanciavam uma situação de abuso do direito nos termos do disposto no actual art. 326.º do CCM¹³⁸, o TUI passou pela análise dos seguintes requisitos: (1) se se excedeu manifestamente os limites impostos pela boa fé¹³⁹; (2) pelos bons costumes¹⁴⁰; ou (3) pelo fim social ou

137 O TSI deu razão a A e B, considerando que C e E excederam os limites impostos pela boa fé ao celebrar o negócio de compra e venda, julgando-o nulo. Inconformados, C e E recorreram para o TUI.

138 No caso era aplicável o art. 334.º do CC de 1966, preceito que, em todo o caso, coincide inteiramente com a redacção do art. 326.º do CC de 1999, não tendo o legislador introduzido qualquer alteração ao mesmo no âmbito do processo da localização do direito.

139 Relativamente ao primeiro pressuposto – saber se a conduta excedeu manifestamente os limites impostos pela boa fé –, referimos já que a boa fé constitui um conceito indeterminado e que a boa fé a que se refere no art. 326.º do CCM tem o sentido objectivo que remete para princípios, regras, ditames ou limites por ela comunicados, concretizando-se em regras de actuação cujo dever de acatamento pelos particulares é socialmente reconhecido. A boa fé objectiva exige o cumprimento de regras de actuação específicas, que pressupõe a existência de uma relação obrigacional – cada uma das partes está, pois, vinculada à observação dessas regras perante a contraparte. Para Menezes Cordeiro, citado pelo Tribunal a propósito da enunciação do conceito de boa fé, é esse relacionamento específico que determina os deveres de lealdade e de informação a terceiro ou de terceiro, quando devam ocorrer; por outro lado, para as pessoas não relacionadas, ou estranhas ao relacionar entre outros, não existe em princípio o dever de cumprimento daquelas regras de actuação. Ou seja, não estão vinculados a um dever de boa fé. Não se pode, pois, exigir condutas positivas segundo os ditames da boa fé a um terceiro para com as pessoas com quem não mantém qualquer relação. A boa fé objectiva refere-se a regras de conduta a observar pelas partes. As partes devem cumprir tais regras, sob pena de poder prejudicar os direitos e interesses da contraparte. Há Autores que inclusivamente entendem que a boa fé constitui pressuposto do reconhecimento do exercício de direitos, ou seja, o exercício de direitos de má fé leva a que o seu titular venha a suportar consequências nefastas. Este modo de exercício de direitos gera consequências desfavoráveis ao respectivo titular, sendo que neste contexto a “boa fé” contende com a intenção e tendência psicológica do titular na sua actuação.

Para além do abuso do direito, existem no Código muitas outras referências à boa fé (objectiva), designadamente: a culpa na formação dos contratos (art. 219.º), a integração dos negócios (art. 231.º), a resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias (art. 431.º) e o princípio de que as partes de uma relação obrigacional devem proceder de boa fé (art. 752.º, n.º 2).

Na ausência de um relacionamento específico, os indivíduos não têm um dever de boa fé, mas continuam vinculados pela cláusula dos bons costumes. No caso em apreço, E surge como um terceiro na relação jurídica entre A, B e C, não sendo parte da mesma. E, como ficou dito, o dever de boa fé apenas surge entre as partes de um relacionamento específico.

140 O segundo dos pressupostos – os bons costumes – constitui igualmente um conceito indeterminado, com manifestações variáveis. A determinação das suas manifestações e a concretização do seu conteúdo

económico do direito em causa¹⁴¹. Os três pressupostos são alternativos, bastando

dependerá de um juízo de valor, a emitir pelo intérprete, que tenha em consideração o contexto social e a consciência social dominante a cada dado momento. Segundo Almeida Costa, a propósito do seu discurso sobre o abuso do direito, os bons costumes referem-se a “um conjunto de regras de convivência que, num dado ambiente e em certo momento, as pessoas honestas e correctas aceitam comumente. Logo, o exercício de um direito apresenta-se contrário aos bons costumes quando tiver conotações de imoralidade ou de violação das normas elementares impostas pelo decoro social. O aludido comando não aponta ao julgador, a quem cabe concretizar o conteúdo dos bons costumes, uma simples verificação de facto dos usos, mas a aferição destes por um critério valorativo que indique, de entre os «usos» («mores»), quais os «bons usos» («boni mores»). Esse crivo de selecção terá desferido nos valores preponderantes na colectividade, considerando-se, ainda, as concepções do círculo em que actua o agente (por ex., profissional), desde que não incompatíveis com a referida consciência social dominante. É para atenuar assituações de dúvida que a lei exige, insiste-se, uma violação ostensiva, que o exercício do direito exceda manifestamente tais limites”.

No caso em apreço, embora a celebração do contrato definitivo de compra e venda entre E e C tenha frustrado a possibilidade de aquisição do imóvel por parte de A e B por via da execução específica, a verdade é que a violação da promessa e o não cumprimento da obrigação decorrente do contrato-promessa pelo promitente-vendedor não foi essencialmente resultado da actuação de E, pelo que não se poderá concluir que este excedeu manifestamente os limites impostos pelos bons costumes. Com efeito, E surge aqui como um terceiro completamente alheio à relação jurídica entre A, B e C e o não cumprimento da obrigação decorrente do contrato-promessa não é imputável a C. O mesmo é dizer que não foi qualquer actuação dolosa de E que levou ao incumprimento contratual, de onde resulta que este não tinha domínio no cumprimento ou ruptura da promessa. Aliás, não é difícil descortinar que, na relação jurídica decorrente do contrato-promessa, quem tinha de cumprir era o C, devedor da promessa, razão pela qual não se podia imputar a E, um terceiro, a responsabilidade do não cumprimento por parte do promitente-vendedor. Mas, será que a celebração do contrato definitivo entre E e C constitui violação dos bons costumes? Como ficou referido, os bons costumes são *um conjunto de regras de convivência que as pessoas honestas e correctas aceitam comumente*. E, ao comprar o imóvel, estava consciente de que, com este acto, A e B não iriam conseguir recuperar o imóvel com a acção de execução específica. Com isto só se pode concluir que se verificou uma situação de cumplicidade de terceiro no incumprimento do contrato-promessa, mas, não havendo factos provados que apontassem para a existência da intenção de prejudicar A e B, não se mostra que a actuação de E foi contrária aos bons costumes. Antes, ficou provado que E queria mesmo concluir esse negócio, actuando para os seus interesses económicos, embora sacrificando os interesses de A e B, mas sem a intenção de os prejudicar, pelo que não se mostra que a actuação de E tenha sido manifestamente contrária à consciência social dominante, na medida em que semelhante conduta é socialmente aceite pela generalidade das pessoas.

141 Relativamente ao terceiro pressuposto – os limites impostos pelo fim social ou económico do direito – refere a doutrina que cabe entender a palavra “direito” utilizada pelo art. 326.º do CC num sentido amplo, abrangendo, não apenas os verdadeiros e próprios direitos subjectivos, mas ainda outras situações ou figuras, como sejam os meros poderes, liberdades ou facultades directamente resultantes da capacidade jurídica. Se se considerar que E tinha a liberdade de contratar, deve entender-se que cabe no conceito do “direito” em sentido lato previsto na referida norma. Sendo a situação abrangida pelo instituto do abuso do direito, estamos em condições para indagar se houve excesso manifesto dos “limites impostos pelo fim social ou económico do direito” exercido.

Sobre os limites impostos pelo fim social ou económico do direito, Almeida Costa indica que “Cada direito possui uma função instrumental própria (...) O titular de um direito deve exercê-lo nos limites

o preenchimento de um deles. O TUI conheceu da causa e, tendo procedido a uma análise individualizada, concluiu pela não verificação de nenhum dos pressupostos e, conseqüentemente, pela ausência de abuso do direito por parte de C e E. O colectivo referiu ainda que a conduta de E correspondia à funcionalidade sócio-económica do respectivo direito, sendo certo que, para outras ordens de valores, nomeadamente a da moral, era questionável a idoneidade da sua actuação, mas, segundo o quadro legal analisado, não se podia concluir que E pudesse ser responsabilizado no âmbito do abuso do direito.

V. Considerações finais

A nosso ver, a disposição legal do abuso do Código Civil grego conseguiu ir ao encontro da corrente doutrinária dominante da época, bem como, de certa forma criativa, incorporar no conceito do abuso uma série de valores preponderantes na doutrina. O sistema do abuso edificado a partir deste modelo aproveitou os esforços doutrinários precedentes (da doutrina francesa e alemã) e veio a servir de inspiração para os posteriores códigos (de Portugal, de Macau, do Brasil, entre outros), assim se desenvolvendo, aos poucos, uma corrente autónoma, de certa forma concorrendo com o discurso do direito alemão que reconduz a integralidade das questões do abuso ao princípio da boa fé. A forma pela qual o direito grego, através do conceito de boa fé subjectiva, interligou toda uma série de conceitos desde a boa fé aos bons costumes e ao fim social ou económico faz-nos recordar do direito romano pós-clássico, apresentando similitudes com a lógica justiniana na criação da figura do contrato real *quoad constitutionem*. É óbvio, no entanto, que semelhante solução dificultará a dedução de um critério uniforme a partir do conceito do abuso de direito.

A disposição legal do abuso do Código Civil grego teve como autor material o Autor grego Maridakis, mas é extremamente evidente a sua inspiração alemã (aliás, da doutrina alemã posterior ao BGB), como resulta, por exemplo, da referência conjunta à boa fé e aos bons costumes. Para Menezes Cordeiro, essa formulação do Código grego ultrapassa todos os códigos que o antecederam¹⁴². Há, no entanto, a referir que, pese embora a quantidade de estudos que se foram desenvolvendo em torno do abuso no seio da doutrina alemã, culminando com

do seu fim social e económico”. No caso, verificou-se que, desde o negociar do contrato à sua efectiva celebração, E sempre visou os interesses económicos individuais daí decorrentes, não se constatando, portanto, nenhum desvio da funcionalidade do direito com a sua actuação, pois que o direito em causa tinha mesmo essa função visada.

142 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 2001(2.ª reimpressão), pp. 714-717.

uma sua classificação em grandes grupos de casos típicos a partir da boa fé e do *Treu und Glauben* ((1) *venire contra factum proprium*, (2) *suppressio*, (3) *exceptio doli*, (4) *tu quoque*, (5) inalegabilidades formais¹⁴³), sucede que, tanto em Alemanha como em França, o princípio da proibição do abuso do direito não tem conhecido grande aplicação na jurisprudência moderna. Diversamente, a teoria do abuso tem florescido no ordenamento português, com abundante jurisprudência em aplicação do princípio da proibição do abuso do direito desde a entrada em vigor do CCP de 1966 (que se irá elencar com pormenor, *infra*). Desenvolvimento esse que vai ao encontro do uso que se tem feito deste princípio a nível do direito internacional (Hersch Lauterpach, Autor desta área do direito, veio recentemente a referir que, por mais aperfeiçoado que seja o regime, o reconhecimento de direitos pode sempre ser negado com fundamento no abuso sob a verificação de determinados pressupostos¹⁴⁴).

Pelo que respeita às consequências jurídicas do abuso, o legislador parece não as ter consagrado expressamente. No art. 326.º do CCM diz-se apenas em que situações se considera ilegítimo o exercício de direitos, sem que se preveja qual o resultado desse exercício ilegítimo.

O legislador optou não só por incumbir ao juiz a decisão sobre a verificação do acto abusivo conforme o caso concreto, como ainda por lhe atribuir o poder de determinar as consequências do abuso, que podem passar pela reconstituição natural (v.g., a destruição de um prédio abusivamente construído) ou indemnização; ou ainda por várias outras sanções susceptíveis de impedir a obtenção ou manutenção dos interesses visados por parte do abusador, como, por um lado, a nulidade, a anulabilidade, a inoponibilidade ou a resolução nos termos gerais, ou, por outro, para tutelar os negócios correlacionados, admitir o uso da *exceptio doli* como excepção à acção de anulação proposta.

Os pressupostos do art. 326.º do CCM foram, em parte (incluindo a boa fé e os bons costumes), objecto de discussão pormenorizada ao longo da exposição. As discussões desenvolvidas omitem, todavia, um outro pressuposto de grande relevância – os limites impostos pelo fim social ou económico do direito. A determinação desses limites reclama uma apreciação minuciosa ao direito em causa, entrando em detalhes como a natureza própria do direito, a finalidade social e económica a ele inerentes e a origem e justificação da imposição pelo legislador desses limites ao exercício do direito. Simplesmente, tal estudo só deverá ter sentido após a conceitualização científica de “acto abusivo”, pois só daí haverá

143 António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Almedina, 2001(2.ª reimpressão), pp. 719-860.

144 Hersh Lauterpach, *Development of International Law by International Court*, Cambridge University Court(press?), 1996, p. 164.

lugar a uma manifestação legal concreta de abuso do direito, que poderá servir, nos casos em que não haja abuso, para reflectir a ilicitude da actuação do agente¹⁴⁵.

145 Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, 1997, p.209.

SOBRE A REPARTIÇÃO DE PODERES ENTRE O JUIZ E O AGENTE DE EXECUÇÃO EM PORTUGAL

Wang Wei*

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: a instituição de um regime executivo eficaz é indispensável à prossecução da justiça – na sua ausência, o sistema torna-se desprovido de sentido útil. Numa tentativa de resolver o problema da pendência de processos executivos, no direito português procedeu-se a repartição de poderes, na medida em que toda uma série de poderes de autoridade no âmbito do processo executivo foram retirados do tribunal para passarem a ser exercidos pelo agente de execução, com o que se veio a alcançar uma taxa de conclusão de processos progressivamente mais alta. Num processo que durou uma década, a reforma em causa passou por controlos de constitucionalidade e pelo estabelecimento de normas concretizadoras, constituindo um exemplo com grande valor de referência, quer dos êxitos que alcançou, quer dos ensinamentos que nos proporcionou.

Palavras-chave: Processo executivo; repartição de poderes; agente de execução.

A partir da década de 90 do século passado assistiu-se a um aumento exponencial do volume de processos executivos em Portugal, a ponto de se aproximar a uma situação de crise incontrolável. As razões que estiveram na base de tal fenómeno, segundo Lebre de Freitas, podiam reconduzir-se ao seguinte: o

* Doutora em Ciências Jurídicas, Universidade de Ciências Políticas e Direito, Pequim, República Popular da China.

desenvolvimento vertiginoso das relações económicas, o esvaziamento dos valores sociais tradicionais, o declínio moral, o exacerbamento do liberalismo, o aumento da conflitualidade em termos incomparáveis, e o acréscimo de facilidade nas deslocções dos bens pelas redes de informação e pelas redes de tráfego em tempos de globalização têm levado à generalização de comportamentos de fuga às dívidas e ao cumprimento das obrigações jurídicas como se de uma epidemia se tratasse e a situações de grave estrangulamento do aparelho estadual competente para a execução forçada¹. A eficácia do regime de execuções é, todavia, determinante para o normal funcionamento dos sistemas económico e judicial.

No direito português, a intervenção legislativa de 1995/96² procedeu a uma reforma relativamente profunda ao processo executivo³, sem, contudo, ter alterado o modelo tradicional pelo qual os poderes jurisdicionais e executivos se encontravam única e exclusivamente confiados ao juiz. Perante o avolumar brutal de processos, a um ritmo de longe superior ao acréscimo de pessoal nos tribunais, qualquer solução que fosse meramente cirúrgica não era susceptível de erradicar o problema. Foi neste contexto que se tornou imperativo ultrapassar o modelo da judicialização absoluta da acção executiva.

De 2003 a 2013, o legislador português, assentando em princípios constitucionais, em relatórios de investigação especializada⁴ e nas circunstâncias concretas do país – ou seja, em critérios de legalidade, razoabilidade e utilidade – foi ajustando gradualmente a proporção na repartição de poderes no âmbito do processo executivo entre o tribunal e os profissionais liberais. A reforma foi promovida, progressivamente, em três fases: 1) a reforma de 2003 – com o Decreto-Lei n.º 38/2003 foi criada a profissão do agente privado de execução, o *agente de execução*, a quem passou a incumbir a prática de actos executivos de natureza puramente material – outrora da competência do tribunal –, mantendo-se no juiz o poder geral de controlo do processo executivo; 2) a reforma de 2008 – com o Decreto-Lei n.º 226/2008 foram retirados do tribunal mais poderes de autoridade no âmbito do processo executivo para passarem a ser exercidos pelo agente de execução, com revogação da norma que atribuía ao juiz o poder geral de controlo do processo; 3) a reforma de 2013 – com a Lei n.º 41/2013, que aprovou

1 FREITAS, José Lebre, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume II. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 137.

2 Decretos-Leis n.ºs 329-A/95 e 180/96.

3 Designadamente, simplificou-se a tramitação de execução de sentenças, aumentou-se o leque de documentos aos quais foi atribuída força executiva e restringiu-se as causas da oposição à penhora.

4 PEDROSO, João; CRUZ, Cristina (2001) - A Acção Executiva: Caracterização, Bloqueios e Propostas de Reforma (http://opj.ces.uc.pt/site/index.php?id=6293&id_lingua=1&pag=6298).

o novo Código de Processo Civil (CPC), procedeu-se a mais um ajustamento e a uma delimitação mais clara das competências do juiz de execução e do agente de execução.

I. A natureza da acção executiva

O processo civil português classifica as acções em duas grandes espécies: a acção declarativa e a acção executiva. Enquanto a primeira tem em vista uma sentença que ponha termo, com força de caso julgado, a um litígio⁵, a segunda não visa já a declaração ou o reconhecimento de um direito, mas antes a reparação efectiva do mesmo.

Por outras palavras, o cerne do processo executivo – a penhora e a venda de bens, o pagamento aos credores – não constitui uma actividade jurisdicional em sentido próprio, caracterizada pela interpretação e aplicação de normas jurídicas ao caso concreto com vista à resolução de um conflito. A lei processual portuguesa, todavia, confere igualmente regulamentação a questões substantivas no âmbito do processo executivo, de forma a acautelar os direitos e interesses do executado ou de terceiros. Os poderes no âmbito do processo executivo incluem, assim, os poderes de execução (implementação) em sentido estrito e os de apreciação de questões substantivas (poderes jurisdicionais)⁶.

Sendo embora pacífico na doutrina portuguesa que os actos materiais de execução não têm *per se* natureza jurisdicional⁷, nada impede a que se coloque

5 Ver o art. 10.º, n.º 1, do CPC português. Nos termos do disposto nos n.ºs 2 e 3 do mesmo preceito, as acções declarativas podem ser: de simples apreciação (quando se destinam a obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto); de condenação (quando visam exigir a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevenido a violação de um direito); ou constitutivas (quando têm por fim obter a directa constituição, modificação ou extinção de uma situação jurídica).

6 O Prof. Zhang Wusheng, A modernização judicial e a construção do regime processual civil, Law Press, versão revista de 2003, p. 659, entende que “embora se diga que entre as metodologias características do direito executivo e do direito declarativo ressaltem diferenças substanciais, o certo é que não pode perder-se de vista a característica da intercomunicabilidade dos sistemas processuais respectivos. No decurso do processo executivo resultam inevitavelmente conflitos derivados, que contenderão certamente com aspectos substantivos e processuais, e de cuja regulamentação cabe, por natureza, ao direito processual executivo”.

7 PESSOA JORGE, Lições de Direito Processual Civil – 5.º Ano, Lisboa, policop., 1972-1973, pág. 24. Vem referido n.º As Linhas Orientadoras da Reforma da Acção Executiva, emanadas pelo Ministério da Justiça de Portugal, que “Nas acções executivas não há, em princípio, discussão de direito, uma vez que o credor já dispõe de um documento que prova o seu crédito. Na maioria dos casos, trata-se apenas de obter o pagamento de uma dívida, normalmente através da penhora e posterior venda de bens do devedor.” (<http://www.citius.mj.pt/portaldnn/LinkClick.aspx?fileticket=BVxKA0eEsDw%3D&tabid=59>).

o processo executivo sob a alçada dos tribunais. Com efeito, a prática de actos de natureza administrativa não é exclusiva do processo executivo, pois que vários processos de jurisdição voluntária (como os que dizem respeito a questões conjugais) são da competência dos tribunais.

II. Os modelos de repartição de poderes a nível do direito comparado

Cotejados os modelos de processo executivo existentes nas várias ordens jurídicas, podem os mesmos agrupar-se, no essencial, nos seguintes três: modelo judicializado, modelo desjudicializado e modelo misto.

No modelo judicializado, o processo executivo concentra-se inteiramente no tribunal e a direcção de todo o processo é entregue ao juiz: a prática de qualquer acto depende de despacho do juiz, sendo que os actos de apreensão ou penhora de bens, de venda dos bens apreendidos ou penhorados e o pagamento aos credores com o preço da venda são materializados pelos funcionários judiciais. Este modelo, adoptado pelo direito de Macau, assenta na ideia tradicional da integração do julgamento com a execução⁸.

No modelo desjudicializado as competências executivas são totalmente alheias ao tribunal, pertencendo a órgãos administrativos. O exemplo paradigmático é o da Suécia, onde a execução é integrada no âmbito dos serviços públicos, sendo que o órgão de execução pertencia, até 2008, à autoridade fiscal nacional, tendo posteriormente vindo a constituir um organismo administrativo independente, responsável pela cobrança de dívidas públicas (fiscais, aduaneiras e multas) e privadas. O credor munido de título executivo pode requerer a execução ao órgão competente, cabendo ao agente de execução decidir, no âmbito da execução, se é de emitir ao devedor notificação para cumprimento, se é de proceder à pesquisa de bens, bem como exigir ao devedor a entrega de uma lista de bens, notificá-lo para estar presente na audiência para o relato dos bens, exigir de terceiros a apresentação de informação relativa aos bens do devedor, efectuar buscas ao domicílio ou estabelecimento do devedor consoante for necessário, e aplicar multas ao devedor ou ao terceiro que incumprir as ordens; por outro lado, o órgão de execução pode, sem dar conhecimento ao devedor, recorrer a sistemas de registo de informação pública para apurar se este é executado noutros processos, ou para obter informação das suas fontes de rendimento, do seu empregador, das suas contas bancárias, imóveis, etc. Todos estes actos de execução não dependem de prévia delegação de poderes ou de autorização do tribunal, embora as partes inconformadas possam pedir rectificação ao órgão de execução, bem como impugnar as suas decisões junto do tribunal regional do local do órgão.

8 Teixeira de Sousa, Miguel, *A Reforma da Acção Executiva*, Lisboa, Lex, 2004, p. 14.

Tanto o modelo judicializado como o modelo desjudicializado não são os mais acolhidos a nível do direito comparado. Cada vez mais ordenamentos jurídicos têm vindo a adoptar um modelo misto, onde a actividade não jurisdiccional do processo executivo é desjudicializada ou entregue a um agente judicial (funcionário público) independente ou a um agente de execução extrajudicial (profissional liberal), embora sob o controlo do tribunal e sem prejuízo do exercício das competências do juiz ao abrigo da reserva jurisdiccional. Este modelo não se confunde, assim, com o modelo administrativo acima exposto, embora os actos de execução de natureza não jurisdiccional (como a apreensão ou penhora de bens e a venda dos mesmos) deixem de ser presididos pelo juiz⁹.

Relativamente à constitucionalidade da desjudicialização do processo executivo, já o Tribunal Constitucional português tinha decidido de forma peremptória, no Ac. n.º 331/92, de 1992. Não obstante se referir ao sistema das execuções fiscais do Código de Processo Tributário de 1991, a questão então apreciada é da mesma natureza que a desjudicialização do processo executivo – saber se era inconstitucional ou não a confiança do processo executivo a organismos extrajudiciais. O Tribunal entendeu que não era inconstitucional que o legislador português tivesse incumbido as execuções fiscais aos serviços das finanças do governo, pois que não esvazia o “núcleo essencial da função” atribuída pela Constituição ao juiz, ou seja “o poder decisório último reservado ao juiz relativamente aos pressupostos e à decisão final da composição do litígio”: na realidade, naquele Código se consagra que compete ao tribunal tributário da área onde correr a execução decidir os “incidentes, embargos, oposição, verificação e graduação de créditos, e recursos das decisões proferidas pelos chefes das repartições de finanças que afectem os direitos e interesses legítimos dos executados”¹⁰.

III. As reformas do direito português

Até 2003, os processos executivos eram confiados exclusivamente aos tribunais portugueses, sob a direcção do juiz. No entanto, perante o avolumar brutal de processos executivos nas últimas décadas, a um ritmo de longe superior ao acréscimo do número de juizes¹¹, a pendência de processos executivos foi

9 Para uma apresentação dos diversos modelos de processo executivo, FREITAS, “Os Paradigmas da Acção Executiva”, in *Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil*, Coimbra Editora 2002, p. 787 – 789.

10 Acórdãos do Tribunal Constitucional, 23.º vol., p. 427.

11 A nível de custos, o aditamento de um juiz implica o investimento de longo tempo de formação, bem como elevados custos financeiros.

aumentando como uma bola de neve, tendo representado, em 2001, 52,3% do volume da litigação cível¹². O Estado português foi também por isso acusado em variadas ocasiões de ter violado o disposto no art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, segundo o qual “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei”.

Para resolver o problema, em meados da década de 90 do século passado, o direito português começou a empreender uma reforma ao regime, tendo no início optado por manter a lógica tradicional da judicialização absoluta do processo executivo, colocando o foco da reforma em ajustamentos a nível técnico-processual. Simplemente, a experiência revelou que de pouco valia reformar dentro dos limites do sistema sem resolver o problema da escassez de recursos humanos nos tribunais – não se fazem, pois, omeletas sem ovos. E a verdade é que o acréscimo de custos com o recrutamento de mais operadores judiciários era algo que o Estado português não conseguia suportar com as suas dificuldades económicas.

Uma nova reforma ao processo executivo iniciou-se no ano de 2000, tendo o governo português começado por constituir equipas de investigação para tentar identificar as causas da morosidade da acção executiva, tendo o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa indicado, no Relatório sobre a Reforma da Acção Executiva - Trabalhos Preparatórios, as seguintes causas do bloqueio do processo executivo: 1) a legislação previa procedimentos com excesso de formalismo; 2) falta de operadores judiciários, levando amiúde a que não fosse possível adoptar as diligências de execução em tempo útil; 3) a adopção de manobras dilatórias pelas partes, geralmente pelo devedor executado^{13_14}.

Era evidente que a reforma do processo executivo reclamava, mais do que uma mera simplificação processual, a introdução de recursos alternativos que pudessem aliviar os tribunais da carga de processos. O governo português, por conseguinte, veio a conferir transparência aos respectivos processos. Eis o cerne da reforma progressiva empreendida pelo direito português no presente século¹⁵.

12 Cfr. O documento do Ministério da Justiça de Portugal referido na nota 9, supra.

13 Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), em A Reforma da Acção Executiva - Trabalhos Preparatórios - Vol. 2 - Relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento (GPLP), Ministério da Justiça, 2001.

14 LOURENÇO, Paula Meira, “A Relevância da Participação dos Cidadãos e das Empresas na Comissão para a Eficácia das Execuções”, in *Revista Indústria – Revista de Empresários e Negócios, da CIP – Confederação Empresarial de Portugal*, n.º 90, 52-53.

15 Ibid.

1. A reforma de 2003

O Decreto-Lei n.º 38/2003 desencadeou a reforma ao processo e ao modelo de execução, tendo vigorado entre 15 de Setembro de 2003 e 30 de Março de 2009. Esta reforma teve o mérito principal de procurar romper o modelo tradicional do processo executivo judicializado, através da instituição de novos sujeitos processuais na acção executiva – o juiz de execução e o agente de execução –, responsáveis por funções diferentes num modelo dualista. E com isto se deu a sucessão dos modelos de execução.

1) O juiz de execução

O juiz de execução detinha o poder geral de controlo do processo executivo e supervisionava o processo através da secretaria de execução a ele subordinado, resolvendo os litígios que no seu decurso surgissem.

Ao juiz de execução competia, essencialmente: apreciar o requerimento executivo, julgar a oposição à execução ou à penhora, e decidir sobre a verificação e graduação dos créditos¹⁶. Ou seja, todos os actos de execução não jurisdicionais deixaram de ser realizados sob a direcção do juiz, em moldes que diminuíram em grande medida as suas responsabilidades, no que, aliás, consistiu a prioridade da reforma de 2003 – reduzir as funções do juiz.

2) O agente de execução

O legislador atribuiu o papel de agente de execução ao solicitador¹⁷, profissional liberal, inicialmente designado por solicitador de execução.

A designação do cargo de agente de execução não tem sido uniforme nos Estados europeus: *huissier de justice* em França, *Gerichtsvollzieher* na Alemanha e na Áustria, *agente judicial* em Espanha.

Segundo a definição dada pelo Conselho de Europa, o agente de execução é “a pessoa autorizada pelo Estado a implementar o processo de execução, independentemente de ser empregada pelo Estado ou não”¹⁸. A extrema amplitude da definição deve-se à grande discrepância do estatuto dos agentes de execução em cada jurisdição. Tomando como exemplo o agente de execução de sentenças cíveis, nalguns Estados têm o estatuto de funcionário público, noutros, o de profissional liberal, noutros ainda, um estatuto misto de natureza pública e privada,

16 Cfr. o art. 809.º do CPC de 2003.

17 A solicitadoria constitui uma profissão antiga em Portugal que consiste essencialmente no exercício do mandato de assuntos jurídicos.

18 Na sua versão original em língua inglesa: “Enforcement agent” means a person authorised by the state to carry out the enforcement process irrespective of whether that person is employed by the state or not”. Cfr. Rec(2003)17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement(adopted by the Committee of Ministers on 9 September 2003 at the 851st meeting of the Ministers’ Deputies), disponível em <https://search.coe.int/cm/Pages/>.

ao abrigo do qual o rendimento do agente provem essencialmente do exequente, com garantia de um rendimento mínimo pelo Estado¹⁹.

O agente de execução no direito português é um profissional liberal independente que exerce competências públicas, cujo regime de ingresso e estatuto jurídico vêm previstos no Estatuto da Câmara dos Solicitadores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 88/2003, sendo um dos requisitos de inscrição a frequência de um estágio profissional e aprovação em exame.

O agente de execução pratica actos de execução que não integram o âmbito dos poderes jurisdicionais reservados constitucionalmente ao juiz, mas sempre sob o seu controlo.

Previa-se, assim, no art. 808.º, n.º 1, do CPC de 2003, que cabia ao agente de execução efectuar todas as diligências do processo de execução, incluindo citações, notificações e publicações, sob controlo do juiz. Em concreto, depois da entrada do competente requerimento executivo, cabia à secretaria proceder à distribuição do processo, entregando-o ao juiz para proferição de despacho liminar, e notificando o agente de execução para se proceder à citação e à penhora de bens do devedor. O agente de execução iniciava assim a sua função, começando por fazer a consulta das bases de dados disponíveis para obtenção da informação patrimonial do devedor executado, através de comunicação escrita aos diversos serviços competentes (finanças, conservatórias, segurança social e outros), devendo os mesmos remeter as informações disponíveis, no prazo de dez dias, para depois decidir qual a ordem da realização da penhora caso haja bens penhoráveis²⁰, estando condicionado pelos princípios da adequação e da proporcionalidade²¹. Não tendo sido localizados bens e frustrando-se as diligências de penhora, o agente de execução redigia um relatório dirigido ao tribunal competente, ao exequente e à Câmara dos Solicitadores, com a discriminação de todas as diligências realizadas, bem como o motivo justificativo da sua frustração²². Competia ainda ao agente de execução fazer a adjudicação dos bens penhorados²³, decidir sobre a modalidade da venda²⁴ e levantar o produto da venda²⁵.

O agente de execução apenas podia ser destituído por decisão do

19 *L'Exécution des décisions de justice en matière civile*, Séminaire multilateral organisé par le Conseil de L'Europe en Cooperation avec La Fondation du Japon, Editions du Conseil de L'Europe, 1998, p. 21/119.

20 Cfr. o art. 834.º do CPC de 2003.

21 Ibid.

22 Art. 837.º do mesmo Código.

23 Art. 875.º, n.º 4, do mesmo Código.

24 Art. 886.º-A, n.º 4, do mesmo Código.

25 Art. 905.º, n.º 4, do mesmo Código.

juiz, podendo essa decisão ser oficiosa ou a requerimento do credor, tendo, obrigatoriamente, que ser fundamentada ou na actuação processual dolosa ou negligente ou na violação grave dos deveres que lhe são legalmente impostos. Sendo proferida decisão judicial que ordenasse a destituição, era a mesma comunicada à Câmara dos Solicitadores, sendo obrigatória a instauração de processo disciplinar ao agente de execução destituído²⁶.

Tratando-se de uma primeira tentativa de reestruturação do modelo de execução, a reforma de 2003, embora tivesse tido a intenção de desjudicializar o maior número possível de competências executivas para serem assumidas pelo agente de execução, optou-se, a final, por uma postura mais reservada – o que se fez foi, praticamente, incumbir ao agente de execução a prática de diligências que dantes cabia aos funcionários da secretaria.

2. A reforma de 2009

Em face das diversas insuficiências da reforma de 2003, volvidos cinco anos de vigência e de avaliação dos resultados da sua implementação, veio o Decreto-Lei n.º 226/2008 empreender uma segunda reforma ao modelo do processo executivo, com entrada em vigor a 31 de Março de 2009, tendo-se procedido a um novo ajuste à repartição de poderes entre os sujeitos processuais: alargou-se o âmbito funcional do agente de execução e revogou-se a norma que atribuía ao juiz o poder geral de controlo do processo executivo, onde se incluía o poder de destituição do agente de execução (passando a pertencer ao devedor). O juiz passou a ter apenas intervenção provocada no processo executivo, apenas ocorrendo por solicitação das partes ou dos intervenientes. A nova estrutura do processo executivo veio a firmar o sistema da confiança do processo executivo ao agente de execução, limitando os poderes do juiz ao julgamento de conflitos materiais ao abrigo da reserva constitucional de jurisdição.

Das competências atribuídas *ex novo* pelo legislador ao agente de execução destacam-se as seguintes: 1) ao agente de execução cabia verificar o requerimento executivo e decidir: a) se deve ser recusado²⁷, b) se deve ser remetido para despacho liminar²⁸, c) se deve ser expedida a citação prévia²⁹, ou d) se deve proceder, de imediato, à penhora de bens do executado³⁰; 2) o poder de isentar a

26 Art. 808.º, n.º 4, do mesmo Código.

27 Cfr. o art. 811.º do CPC de 2009

28 Art. 812.º-D do mesmo Código.

29 Art. 812.º-F do mesmo Código.

30 Art. 812.º-C do mesmo Código.

penhora dos rendimentos do executado³¹; 3) o poder de reforçar ou substituir os bens penhorados ou apreendidos³²; 4) o poder de, a requerimento do executado e ouvidos os interessados, autorizar o fraccionamento do prédio penhorado³³.

Devido à ausência de infra-estruturas que permitissem um funcionamento eficaz do novo sistema na reforma de 2003, e em face da insuficiência de agentes de execução³⁴, a reforma de 2009 empreendeu ainda as seguintes alterações principais: 1) alargou-se a possibilidade de desempenho das funções de agente de execução a advogados; 2) o requerimento executivo passou a ser enviado em suporte eletrónico, através do sistema Citius³⁵, sendo a distribuição feita automaticamente ao agente de execução; 3) criou-se uma lista pública de execuções que disponibiliza em página pública da Internet os dados das execuções frustradas por inexistência de bens, levando a que o exequente possa evitar execuções inúteis (com o que o legislador eliminou o dever de envio ao tribunal de relatórios sobre as causas de frustração da penhora, que, com a referida lista pública, passou a ser uma formalidade redundante); 4) criou-se, através do Decreto-Lei n.º 226/2008, a Comissão para a Eficácia das Execuções, que entrou em funcionamento a 1 de Março de 2009, sendo responsável pela admissão, formação, acesso, avaliação e disciplina dos agentes de execução (cfr. o art. 69.º-C do Estatuto da Câmara dos Solicitadores sobre às concretas competências desta Comissão)³⁶.

31 Art. 824.º, n.º 4, do mesmo Código.

32 Art. 834.º, n.º 3, do mesmo Código.

33 Art. 824.º-A do mesmo Código.

34 Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 226/2008.

35 Do latim “mais célere”, é o projecto de desmaterialização dos processos nos tribunais judiciais desenvolvido pelo Ministério da Justiça (<http://www.citius.mj.pt/portal/Default.aspx>).

36 Eis o modelo de organização da Comissão para a Eficácia das Execuções:

Presidente	Plenário (bimensal)	Grupo de gestão (semanal)
Mandato de três anos	Presidente da Comissão	Presidente da Comissão
	Um vogal designado pelo Conselho Superior da Magistratura	Presidente do Colégio de Especialidade dos Agentes de Execução
	Membro do Governo responsável pela área da Justiça	Três membros (escolhidos pelo presidente da Comissão e votados favoravelmente por maioria simples do plenário)
	Membro do Governo responsável pela área das Finanças	
	Membro do Governo responsável pela área da Segurança Social	
	Presidente da Câmara dos Solicitadores	

3. A reforma de 2013

Embora a reforma de 2009 tivesse em geral obtido reconhecimento pelos resultados que trouxe, algumas das normas foram ainda assim objecto de cepticismo e de crítica generalizada, designadamente nos seguintes três aspectos: 1) o agente de execução podia ser livremente substituído pelo credor; 2) o agente de execução gozava do poder de recusar o requerimento executivo; e 3) detinha o poder de isentar a penhora dos rendimentos do executado.

A norma que permitia a substituição do agente de execução por livre decisão do exequente, tendo alterado o regime anterior segundo o qual apenas o juiz podia decidir da destituição do mesmo, colocava o agente de execução “entre a espada e a parede”: por um lado, o juiz podia aplicar-lhe uma multa caso apresentasse requerimentos ao processo que o mesmo entendesse como injustificados, por outro, podia o exequente, quando bem entendesse, pedir a sua livre destituição³⁷. A norma não era, pois, favorável a que o agente de execução cumprisse as obrigações legais de independência e imparcialidade exigíveis a um agente que exercesse o poder público.

A outra norma objecto de discussão e crítica era a que atribuía ao agente de execução o poder de recusar o requerimento executivo. Em boa verdade, se em causa estiver a falta de título, a recusa é apenas um acto administrativo, pelo que nada há a opor, mas estando perante a verificação da suficiência ou insuficiência do título, apreciando-se, de acordo com as normas legais, os seus requisitos quer materiais quer formais, já não é um acto meramente administrativo (material) – o

	Bastonário da Ordem dos Advogados	
	Presidente do Colégio de Especialidade dos Agentes de Execução	
	Um vogal designado pelas associações representativas dos consumidores ou de utentes de serviços de justiça, pela Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor, pela União Geral dos Consumidores e pela Direcção-Geral do Consumidor	
	Dois vogais designados pelas confederações com assento na Comissão Permanente de Concertação Social do Conselho Económico e Social	

37 GOUVEIA, Mariana França, “A Novíssima Ação Executiva”, in Revista da Ordem dos Advogado, 2010, p. 567.

juízo sobre a legalidade ou ilegalidade do uso da acção executiva cai, neste caso, no exercício da função jurisdicional, sendo privativa do tribunal³⁸.

O poder de isentar a penhora dos rendimentos do executado referia-se ao poder de o agente de execução, a requerimento do devedor nos termos da lei³⁹, ouvido o exequente, decidir se era ou não de isentar a penhora dos rendimentos daquele. O entendimento predominante da doutrina era o de que a atribuição deste poder ao agente de execução ia ao arrepio da Constituição, pois estão em causa actos jurisdicionais, atendendo a que se trata de uma resolução de conflito de pretensões⁴⁰. A isto acresce que, estando o agente de execução na total dependência do exequente, tornava-se óbvio que era difícil deferir um pedido que ia contra o exequente e a favor do executado, uma vez que podia ser livremente destituído por aquele.

Em face da discussão em torno destas e doutras questões, o novo CPP português, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho de 2013, veio a alterar, de novo, a repartição de competências entre o juiz⁴¹ e o agente de execução⁴². Designadamente, cabe novamente ao juiz de execução: proferir despacho liminar no caso de processos ordinários que não tenham por título executivo uma sentença⁴³; proferir despacho relativamente à redução ou isenção da penhora dos rendimentos do executado⁴⁴; e autorizar o fraccionamento de imóveis divisíveis penhorados⁴⁵. Embora o legislador tenha restituído estas competências ao tribunal a partir do âmbito funcional do agente de execução, o processo executivo não deixa de continuar a ser confiado a este último, pois, segundo prevê o art. 719.º do novo CPC: “Cabe ao agente de execução efetuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, publicações, consultas de bases de dados, penhoras e seus registos, liquidações e pagamentos” (n.º 1).

38 Cfr. o art. 202.º da Constituição da República Portuguesa.

39 O art. 82.º, n.º 4, do CPC de 2009 previa que o executado podia pedir a isenção da penhora dos seus rendimentos, pelo prazo de seis meses, se o agregado familiar do requerente tivesse um rendimento relevante para efeitos de protecção jurídica igual ou inferior a três quartos do valor do Indexante de Apoios Sociais.

40 FERREIRA, Fernando Amâncio, Curso de Processo de Execução, 13.ª ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 215.

41 Art. 723.º do CPC de 2013.

42 Art. 720.º do mesmo Código.

43 Arts. 723.º, n.º 1, al. a), e 726.º, n.º 1, do mesmo Código.

44 Art. 738.º, n.º 6, do mesmo Código.

45 Art. 759.º, n.º 1, do mesmo Código.

IV. Conclusões

A reforma progressiva do sistema das execuções ao longo de uma década no direito português obteve resultados impressionantes⁴⁶, mas o seu percurso foi e ficará sempre marcado por desafios. Desde logo, com a adopção de um modelo entre o *huissier de justice* francês e o *Gerichtsvollzieher* alemão dando início à aventura de desbloqueamento do processo executivo⁴⁷. Após anos de “navegação”, embora se tenha quebrado o modelo tradicional do processo executivo, quase que se ia “naufragando” pela insuficiência de recursos. Tal como refere Boaventura de Sousa Santos, da Universidade de Coimbra, na avaliação que empreendeu sobre a reforma nos primeiros anos⁴⁸, as principais razões que levaram às disfuncionalidades verificadas foram as seguintes:

Primeiro, a falta de criação de infraestruturas necessárias ao bom funcionamento da reforma.

Segundo, a não instalação atempada dos juízos de execução criados pelo Decreto-Lei n.º 148/2004 para que se procedesse à especialização dos juízes e dos funcionários judiciais e para que se facilitasse a comunicação com os agentes de execução. Por outro lado, a frequente falta de conhecimentos técnicos e de experiência profissional dos agentes de execução levava a uma incapacidade de resposta ao trabalho, de modo que, especialmente antes da instalação dos juízos de execução, os agentes de execução que apresentavam insuficiências a nível teórico e prático não só não contribuíam para reduzir o volume de trabalho dos juízes, como, pelo contrário, exigia dos mesmos uma maior responsabilidade de supervisão e controlo do processo executivo, levando a atrasos processuais escusados.

Terceiro, a falta de medidas complementares que facilitassem o acesso às bases de dados relativas ao património do devedor pelos agentes de execução, o que obrigava-os a ter de ir solicitar informação às finanças, conservatórias do registo predial e comercial, segurança social e outros organismos públicos, que geralmente não conseguiam remeter a informação no prazo legal, o que dificultava

46 Sebasiaan Pompe e Wolfgang Bergthaler, “Reforming the Legal and Institutional Framework for the Enforcement of Civil and Commercial Claims in Portugal”, International Monetary Fund Working Paper, disponível em <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15279.pdf>, referem que, “In the experience of the IMF staff, the justice sector reforms undertaken by the Portuguese authorities may be among the most successful reforms undertaken in this sector”.

47 FREITAS, José Lebre, A Acção executiva depois da reforma da reforma, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 27. O Autor entende que o agente de execução, no modelo português, é um misto de profissional liberal e funcionário público/ auxiliar da justiça.

48 Cfr. A Acção Executiva em Avaliação – uma Proposta de Reforma, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, CES – Faculdade de Economia, I vol., 2007, págs. 25-27.

a penhora dos bens do executado e levava a atrasos processuais.

Quarto, as falhas nas comunicações eletrônicas entre os intervenientes processuais.

Quinto, a insuficiência do número de agentes de execução, o que levava a uma incapacidade de resposta ao grande volume de processos.

Os fracassos precedentes levaram a que as reformas subsequentes tivessem por objectivo, primeiro, reforçar e alargar o âmbito funcional dos agentes de execução, limitando as atribuições do juiz no processo executivo à reserva constitucional de jurisdição relativamente a conflitos materiais, e, segundo, edificar e consolidar as infra-estruturas necessárias ao eficaz funcionamento da confiança do processo executivo ao agente de execução, reforçando a equipa com a adição de advogados, que melhor dominam a actividade de execução.

A experiência da reforma portuguesa mostra-nos que a confiança do processo executivo a agentes de execução privados assenta não só em fundamentos teóricos bem definidos, como ainda em critérios de racionalidade e viabilidade, sendo favorável ao desenvolvimento económico ao mesmo tempo que acautela os interesses dos credores, em prol da autoridade e credibilidade do sistema judicial. O próprio ex-Presidente da República Portuguesa, Cavaco da Silva, na abertura do ano judicial de 2010, declarou que um país que é incapaz de resolver o problema da pendência de execuções é um país que enfrenta problemas de credibilidade como Estado de Direito.

LIÇÕES

BREVE APRESENTAÇÃO DO COLÓQUIO SOBRE “O REGISTO DO ESTADO CIVIL PERANTE NOVOS DESAFIOS: AMPLIAÇÃO DA TIPICIDADE REGISTRAL?”

Cândida da Silva Antunes Pires

Professora Associada Convidada, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

A ideia de organizar um debate sobre o Direito do Registo Civil surgiu durante uma das reuniões que têm sido convocadas no âmbito do Círculo de Investigação nas áreas do Direito Civil, Comercial e Laboral.

I

A pertinência de concretizar essa ideia foi considerada incontornável e foi amadurecendo na base da ponderação de vários factores, a saber:

1. Trata-se de uma área jurídica de vital importância, a nível individual e colectivo que, sendo de natureza essencialmente instrumental, propicia a efectiva e segura aplicação do Direito Civil da Família, cujos dispositivos tocam as camadas mais profundas da personalidade humana; ao mesmo tempo que constitui o único meio de prova dos factos e actos registados;
2. Trata-se de uma área do Direito que ainda não integra os planos curriculares dos Cursos de Licenciatura em Direito de matriz portuguesa e que, assim, de algum modo, poderá colmatar essa ausência;
3. Trata-se de uma área jurídica que, para além da sua incontestável importância prática que justifica de pleno uma formação profissional específica, se mostra de uma não despreciada importância teórica, enquanto se rege por princípios próprios inspiradores das suas normas e auxiliares preciosos no entendimento da mensagem legislativa, toda dirigida à certeza do Direito.

II

No que respeita à escolha do tema específico do Colóquio cuja concretização se propõe, há que ressaltar desde logo a sua evidente actualidade, por submeter a debate aspectos multidisciplinares, muito complexos pela delicadeza e discutibilidade que envolvem, de uma problemática ligada ao fenómeno da chamada transexualidade e seu ingresso no Registo do Estado Civil.

Por último, uma justificação da opção de se reservar as apresentações a convidados conhecedores do que tem sido a aplicação prática das normas reguladoras do ingresso, no Registo Civil português, do circunstancialismo ligado à transexualidade, a vigorar desde 2011 em Portugal, cujo sistema registal civil é, consabidamente, a matriz do que vigora na Região Administrativa Especial de Macau, que ainda não dispõe de legislação reguladora destas matérias.

Espera-se que saiam deste Colóquio relevantes sugestões *de jure constituendo*.

Taipa, 7 de Junho de 2018.

Cândida Pires

COLLOQUIUM ON
“O REGISTO DO ESTADO CIVIL PERANTE NOVOS DESAFIOS:
AMPLIAÇÃO DA TIPICIDADE REGISTAL?”
BRIEF INTRODUCTION

The idea of organizing a debate on Civil Registration Law arised during the meetings that have been convened for the Civil, Commercial and Labor Law Research Circle

I

The relevance of the said idea was considered indisputable on the basis of various factors, as follows:

Civil Registration Law is a legal area of vital relevance, both on the individual and the collective level. Although being essentially of adjective nature, it aims the effective and safe application of the Civil Family Law, touching the deepest layers of the Human people. More, the Civil Registration is the only way to proof their individuals *civil status*;

Civil Registration is a Law area missing in the Bachelor Programs curricula of Portuguese roots, and so, in some way, this Colloquium may be able to fulfil that gap;

Civil Registration is a Law area that, besides its obvious practical relevance that fully justifies a specific professional training, reveals an important theoretical relevance as well, while it is ruled by its own principles as precious auxiliary for the understanding of its legislative message and goal, fully addressed to Law firmness.

II

Concerning the choice of the specific topic of this proposed Colloquium, it must be pointed out that it is specially important while debating multi disciplinary and very complex, delicate, discussable issues concerning the transsexuality legal regime in force since 2011 in Portugal, which Civil Registration system is the matrix of the one in force in the Macau Special Administrative Region, where is missing legislation on transsexuality so far.

We hope that from this Colloquium will arise significant suggestions *de jure constituendo* .

Taipa, 7 June 2018.

Cândida Pires

NOVAS FAMÍLIAS: FILIAÇÃO E A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA REFLEXOS REGISTAIS

Paula Marina Lopes

Conservadora do Registo Civil, Membro do Conselho Consultivo do Instituto dos Registo e do Notariado, IPSecção de Registo Civil, Portugal

Resumo: O presente trabalho pretende dar a conhecer, em traços muito gerais, a evolução do direito da família, em Portugal, incidindo a reflexão em especial sobre as diferenças e contrastes entre os vínculos jurídicos de filiação (biológica), adoção e parentalidade estabelecida por consentimento em Procriação Medicamente Assistida. Abordaremos o regime jurídico da gestação de substituição e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, publicado no Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, que declara a inconstitucionalidade de algumas normas da Lei 32/2016, de 22 de julho.

Palavras-chave: Família; filiação; adoção; procriação medicamente assistida; gestação de substituição; registo civil.

1. Do século XX ao século XXI

No sistema jurídico português não encontramos uma definição de família, quer na Constituição da República Portuguesa (CRP), quer no Código Civil (CC). O seu conceito tem sido delineado a partir das fontes de relações familiares, tipificadas no artigo 1576.º do Código Civil. No entanto, é na vida concreta e em

movimento que as famílias se definem. A vida precede o Direito.

Na primeira metade do século XX a família era, essencialmente, patriarcal e religiosa. Assentava no casamento e na desigualdade entre homens e mulheres, bem como na discriminação dos filhos nascidos fora do matrimónio.

No início da segunda metade do século XX foram introduzidas algumas reformas, neste ramo do Direito, mediante a publicação do Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro, de 1966 (Código Civil de 1966). Este diploma trouxe algumas alterações, todavia, manteve a ideologia política da época tendo o legislador acentuado que não pretendia ir (...) *ao extremo absurdo de proclamar a igualdade jurídica dos cônjuges, a qual acabaria por destruir a necessária unidade da família, além de esquecer a profunda desigualdade natural dos dois sexos, que está na base da união matrimonial*¹.

Só com a queda do regime político anterior, em 1974, se encetou uma paulatina, mas profunda reforma do sistema jurídico português.

A 10 de abril de 1976 foi publicada a Constituição da República Portuguesa (CRP)².

A Lei Fundamental no seu artigo 1º subordinou a ordem jurídica portuguesa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio que, aliás, se encontra refletido em diversas normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem passou a ser o texto orientador em matéria de interpretação e integração das normas legais e constitucionais (artigo 16.º da CRP).

Dos mais relevantes direitos fundamentais vigentes destacamos: o direito de igualdade, o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de igualdade, o direito à não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento com a consequente proibição do uso oficial de menções discriminatórias relativas à filiação e o direito à identidade pessoal e genética (artigos, 13.º36.º e 26.º da CRP).

As alterações políticas, sociais e éticas, pós-revolução, determinaram uma rápida mudança no direito da família. A primeira grande alteração ocorreu com a publicação do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro. Desde então, este ramo do direito está em permanente mutação, da mesma maneira que a sociedade nacional e internacional se transmuta, social, económica e cientificamente.

A globalização e a facilidade de movimentação entre países têm contribuído para a mudança de paradigma familiar no direito português e no direito ocidental em geral.

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) tem dado

1 Projeto de Código Civil, Ministério da Justiça, Lisboa 1966, pág. XXXI

2 Decreto de aprovação da Constituição de 10 de abril, da Assembleia Constituinte reunida na sessão plenária de 2 de abril de 1976.

o seu contributo para as alterações legislativas dos países europeus, com a sua jurisprudência baseada nos artigos 8.º, 12.º e 14.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH),³⁴ incentivando os estados contratantes à mudança.

Em Portugal, da segunda metade do século XX ao século XXI, o direito da família foi-se moldando ao princípio de que todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. A família é o elemento primordial da sociedade, incumbindo ao Estado criar as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros. Porém, a família já não é o que era, está em constante evolução e o legislador é frequentemente chamado a refletir e a legislar no sentido de proteger novos núcleos familiares. Assim, foi publicada a Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, que permite a celebração de casamento de pessoas do mesmo sexo, o Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro, que criou o apadrinhamento e concedeu aos homossexuais a possibilidade de constituírem relações familiares idênticas à da filiação, a que se seguiu a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, que eliminou as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais

3 Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, entrou em vigor na ordem jurídica internacional em 3 de setembro de 1953. Em Portugal foi ratificada pela Lei n.º 65/78, de 13 de outubro.

ARTIGO 8º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

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.

ARTIGO 14º

Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

4 Por exemplo em matéria de filiação ilegítima o acórdão Marck. Bélgica, de 13 de junho de 1979, o TEDH entendeu que o Estado Belga deveria ter uma previsão legal que possibilitasse o reconhecimento da filiação no ato de registo no que respeita às mães solteiras. Paula Marck e Alexandra Marck invocaram violação do artigo 8.º e 14.º do CEDH, pelo facto de a lei belga não permitir à mãe solteira estabelecer a filiação no ato de registo e discriminar os filhos ilegítimos em matéria sucessória. Entretanto a lei Belga foi alterada.

relações jurídicas familiares.

A família em sentido restrito decorre da maternidade e da paternidade que são valores sociais eminentes constitucionalmente protegidos (artigos 67.º e 68.º da CRP). Todos os cidadãos têm direito a constituir família e a contrair casamento em condições de plena igualdade (artigo 36.º da CRP). A lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano que *engloba o direito à historicidade* (artigo 26.º n.º 3 da CRP).⁵

A filiação no direito interno está pensada em função do biologismo, da biparentalidade, da procriação por ato sexual. Contudo, o legislador tem estado atento a estruturas familiares de outra natureza, como as famílias biológicas/biparentais assentes numa relação conjugal, as monoparentais, as recompostas por elementos de vários relacionamentos, as resultantes de união de facto, as relações familiares derivadas da adoção e as resultantes de recurso a técnicas de procriação medicamente assistidas que podem ter ou não conexão biológica com os ascendentes. Todas elas reclamam proteção jurídica, na medida em que cada elemento que as compõe tem direito à dignidade de pessoa humana, à privacidade e à identidade pessoal e genética.

Atualmente, os vínculos jurídicos de filiação podem ser de natureza biológica, adotiva ou por consentimento em procriação medicamente assistida.

2. O casamento de pessoas do mesmo sexo e o direito ao filho

Na sequência da admissibilidade de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, plasmada na Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, a sociedade e o legislador foram chamados a refletir sobre o *direito ao filho*, por parte dos casais homossexuais. Esta lei foi o ponto de partida para uma nova visão da família.

A publicação da Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro, alargou o acesso da adoção a casais do mesmo sexo. Em termos substanciais ela circunscreve-se a um artigo que determina alterações a outros diplomas em conformidade.⁶ O seu enunciado é o seguinte “*A presente lei elimina as discriminações no acesso à adoção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31 de maio e à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho*”.

Foi concomitantemente alterado o Código do Registo Civil, aditando-

5 Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa., 2ª edição revista e ampliada, 1º volume, Coimbra Editora.

6 Dá nova redação ao artigo 3º da referida Lei n.º 9/2010, bem como ao artigo 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.

se-lhe o n.º 3 ao artigo 1.º “*Quando os sujeitos da relação jurídica de filiação, adoção ou apadrinhamento civil estejam casados ou unidos de facto com pessoa do mesmo sexo, os assentos, averbamentos ou novos assentos de nascimento no registo civil são efetuados de forma idêntica à prevista nas leis em vigor para casais de sexo diferente*”.

Esta legislação teve impacto na terminologia usada pelo registo civil como veremos de seguida e veio permitir a parentalidade homóloga no registo.

3. O registo civil português e a filiação

O registo civil visa inscrever todos os factos jurídicos que determinam, modificam ou extinguem a condição jurídica das pessoas individualmente consideradas, bem como da sua condição jurídica no seio familiar.

É o registo civil que publicita os principais factos jurídicos regulados pelo direito da família, sujeitos a registo obrigatório, como o casamento, a filiação e a adoção. A prova dos factos registados tem uma presunção de verdade que só pode ser ilidida mediante ação de estado ou ação de registo, nas quais se determinará o cancelamento ou retificação do registo impugnado (artigos 2.º, 3.º e 4.º do CRC).

O registo civil deve oferecer segurança quanto aos dados registados e publicitados, pois como dizia Pedro Chaves “*o indivíduo pertence à família e ao Estado*”.⁷

A prova da filiação, salvo os casos previstos na lei, faz-se nos termos das leis do registo civil, ou seja, por acesso à base de dados ou por meio de certidão em papel ou *online*.⁸

Tal como o Código Civil, o Código do Registo Civil, em matéria de filiação foi construído sobre o ideal biológico, com base no pressuposto de que todo o ser humano tem um pai e uma mãe, os quais coincidem com a ascendência biológica.

O nascimento deve ser declarado no prazo de 20 dias após a ocorrência (artigo 96.º do CRC), em qualquer conservatória do registo civil ou na unidade de saúde, se possível. Tal declaração é verbal e não carece, tão pouco, de assinatura dos declarantes tendo em conta que é colhida por oficial dotado de fé pública, com especial responsabilidade e qualificação jurídica.

Relativamente aos nascimentos ocorridos em território português, deve ser exibido documento emitido por estabelecimento de saúde que comprove a data do parto e contenha a identificação da parturiente. No que respeita às crianças nascidas no estrangeiro a lei não exige para a inscrição de nascimento, que é também atributiva da nacionalidade, a exibição de qualquer documento em especial

7 Comentário ao Código do Registo Civil de 22 de Dezembro de 1932, 3ª edição, Procural.

8 Artigo 4.º, 211.º do Código do Registo Civil e Portaria n.º 181/2017, de 31 de maio.

bastando a junção da certidão de nascimento estrangeira.

Atualmente, há diversos estabelecimentos de saúde públicos e privados com espaços pertencentes ao Instituto dos Registos e Notariado, IP.(IRN), onde é possível durante o internamento da parturiente efetuar o registo de nascimento e o cartão de cidadão do recém-nascido. São os denominados serviços “*Nascer Cidadão*”. Nestes serviços é obrigatório o registo informático (de acesso limitado às unidades de saúde, ao IRN IP. e à segurança social) dos dados do nascimento: data e hora, sexo da criança, nome e residência da parturiente. O nascimento declarado nos serviços *Nascer Cidadão* deve ser comprovado por consulta do registo informático do estabelecimento de saúde.

O legislador confere ao conservador ou oficial de registo o dever de averiguar a exatidão das declarações prestadas, desde que tal averiguação não impeça que o assento seja lavrado logo após a declaração verbal (n.º 3 e 5.º do artigo 102.º do CRC).

A lei reguladora do estabelecimento da filiação é a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação, como estipula o n.º 1 do artigo 56.º do Código Civil, com os elementos de conexão previstos no n.º 2 do mesmo artigo.

Iremos, agora, abordar a relação jurídica da filiação à luz da lei portuguesa.

A maternidade em relação à mãe resulta do facto do nascimento, como estipula o artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil e estabelece-se por declaração. “*Mater sempre certa est*”. Se o nascimento ocorreu há menos de um ano, a maternidade fica estabelecida, sendo tal facto comunicado à mãe.

Se o nascimento ocorreu há mais de um ano, a maternidade fica estabelecida se a mãe for a declarante ou, não o sendo, se depois de notificada nada vier dizer ao registo (artigos 1804.º e 1805.º do CC, artigos 112.º, 113.º e 114.º do CRC). Caso a mãe não possa ser notificada ou negando esta a maternidade a respetiva menção no assento de nascimento fica sem efeito. Tudo isto sem prejuízo da viabilidade de impugnação da maternidade, nos termos da lei (1807.º do CC), de que não cuidaremos aqui, e da prova da maternidade prevista no artigo 1816.º do CC.

Relativamente ao pai, a filiação no registo civil estabelece-se por reconhecimento voluntário ou por presunção, sem prejuízo do reconhecimento em testamento, escritura pública ou termo em juízo (1826.º e 1853.º do CC).

Embora o Código Civil continue a consagrar a presunção de paternidade relativamente ao marido da mãe permite que esta declare, no ato de registo de nascimento, que o filho não é do marido podendo ser lavrado o assento de nascimento sem menção de paternidade ou com a paternidade reconhecida de imediato, se o pai biológico estiver presente. No caso de a paternidade ficar omissa, comunica-se ao tribunal, para efeito de investigação. Constando do assento o reconhecimento voluntário da paternidade, o marido da mãe poderá impugná-la, se assim o entender, no prazo legalmente previsto.

O moroso, burocrático e penoso processo de afastamento de presunção da paternidade, foi desjudicializado, simplificado e finalmente abolido do Código do Registo Civil e mais uma vez em respeito ao biologismo em detrimento da filiação “moral” resultante do casamento.

As regras acabadas de referir respeitam à filiação biológica.

4. A adoção

Vejamos, muito sumariamente, as regras da adoção regulada pela Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro e pelos artigos 1793.º a 1991.º do Código Civil.

O artigo 1586.º do CC define a adoção como um vínculo semelhante à filiação natural, que independentemente dos laços do sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas. O que distingue a adoção da filiação (termo jurídico assento no biologismo) é ser um vínculo afetivo e não de consanguinidade. É uma relação familiar afetiva na qual o adotado adquire a situação de filho do adotante e se integra com os seus descendentes na família deste (artigo 1986.º do CC).

Só podem ser adotados menores de 15 anos e, excecionalmente, criança com menos de 18 anos que esteja confiada aos adotantes ou a um deles, desde idade não superior a 15 anos, ou que seja filha do cônjuge do adotante.

O vínculo de adoção constitui-se por sentença judicial que deve ser, oficiosamente, comunicada a uma conservatória do registo civil, para efeito de averbamento ao assento de nascimento do registado.

Antes da entrada em vigor da Lei n.º 143/2015, de 8 de setembro, a adoção podia ser restrita ou plena. A nova lei eliminou a adoção restrita, pelo que atualmente em Portugal existe, apenas, o vínculo jurídico de adoção plena. Esta pode ser conjunta ou singular. É conjunta se for feita por um casal ou por duas pessoas que vivam em união de facto, independentemente do sexo, conforme resulta da conjugação do n.º 1 do artigo 1979.º do CC, com o artigo 7.º da Lei n.º 7/2001 e artigo 2.º da Lei n.º 2/2016. É singular se for feita por uma só pessoa independentemente de ser casada ou não (artigo 1975.º, 1976.º, e n.º 2 do 1979.º, todos do CC).

A adoção singular admite que criança seja adotada pelo cônjuge do primeiro adotante ou pela pessoa que com esta viva em união de facto (artigo 1795.º do CC e artigo 7.º da citada Lei n.º 7/2001).

A adoção tem subjacente à sua constituição o consentimento das pessoas elencadas no artigo 1981.º do CC, nomeadamente do adotante, da própria criança se for maior de 12 anos, do cônjuge do adotante, e dos pais do adotando. A mãe do adotando só pode prestar o consentimento para a adoção decorridas seis semanas após o parto (n.º 3 do artigo 1982.º do CC).

Quanto à idade para ser adotante, a lei exige na adoção conjunta que ambos

os cônjuges ou as pessoas que vivam em união de facto tenham mais de 25 anos; na adoção singular que o adotante tenha mais de 30, ou mais de 25 se o adotando for filho do cônjuge ou da pessoa que com ele viva em união de facto. A lei prevê ainda para adoção conjunta que o casal esteja casado ou unido de facto há mais de 4 anos (n.ºs 1 e 2 do artigo 1979.º do CC e artigo 7.º da Lei n.º 7/2001)

O vínculo jurídico de adoção ingressa no registo civil, por averbamento ao assento de nascimento da criança, após o que pode, ou melhor deve (em nossa opinião) ser lavrado um novo assento, no qual se integram os pais e os avós adotivos, bem como a alteração de nome que tenha sido determinada. O assento primitivo não é cancelado e deve ser consultado, em qualquer processo de casamento que venha a ser instaurado relativamente ao adotado, para aferição da inexistência de impedimento matrimonial de consanguinidade (também este pensado em função do biologismo como decorre da conjugação do artigo 1602.º e 1604.º e 1577.º e 1586.º, todos do CC).

5. Parentalidade na procriação medicamente assistida (PMA)

E quanto à filiação ocorrida por recurso a técnicas de Procriação Medicamente Assistida (técnicas cujos traços gerais abordaremos adiante), como se estabelece?

Seria de esperar que o legislador tivesse estabelecido regras registais específicas para estes registos, quer tenham ocorrido em território português, quer no estrangeiro, mas na verdade não o fez, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos.⁹

O legislador português limitou-se a abordar a questão, de forma pouco clara, nos n.ºs 1 e 2 do artigo 20.º e no artigo 14.º da referida Lei n.º 32/2006. Estipulou que a filiação fica estabelecida relativamente ao beneficiário que deu o seu consentimento escrito e que o comprovativo do consentimento deve ser exibido caso aquele esteja ausente no momento do registo.

A-propósito do consentimento constitutivo do vínculo de parentalidade, Guilherme de Oliveira entende que deveria ser apresentado, no registo, o consentimento escrito em obediência ao disposto no artigo 14.º da Lei n.º 32/2006.¹⁰ Com efeito, a segurança registal assim o determinaria, mas a lei apesar de exigir o consentimento escrito esclarece que este é prestado perante o médico e só é exigível a sua exibição caso o autorizante não esteja presente no ato de

9 Por exemplo como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional de que falaremos adiante a Noruega, embora não admita a gestação de substituição, clarificou as regras de reconhecimento da paternidade das crianças nascidas através de gestação de substituição no estrangeiro.

10 <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>

registo (artigo 20.º, n.º 2, e n.º 1 do artigo 14.º da mesma lei). Parece depreender-se desta construção jurídica que o legislador pretendeu que, registalmente a filiação por recurso a técnicas de PMA se estabeleça nos mesmos moldes em que se estabelece na filiação biológica, por mera declaração. Diga-se, em abono da verdade, que a maioria das vezes o conservador ou o oficial que lavra o registo não tem conhecimento de que houve procriação medicamente assistida, basta que os declarantes se apresentem com um documento do estabelecimento de saúde, do qual conste a identificação da parturiente e a indicação de que esta deu à luz um nado vivo, para que se lavre o registo. Os registos lavrados nestas circunstâncias, nos seus trâmites, são exatamente iguais aos registos com filiação biológica e profundamente diferentes dos registos com filiação adotiva.

Como são diferentes enquanto instrumentos que a montante permitem, ao registado, o acesso à identidade pessoal e genética. O legislador em matéria registal encara de forma diferente o direito à identidade, consoante se trate de vínculo jurídico de filiação adotiva ou por consentimento, no âmbito das técnicas de PMA. O adotado pode, nos termos do artigo 1990.º-A e artigo 6º da Lei n.º 143/2015 de 8 de setembro (Regime Jurídico da Adoção), ter conhecimento da sua identidade genética e historicidade a partir dos 16 anos. O regime jurídico da adoção não alterou o artigo 214.º do Código do Registo Civil que prevê a possibilidade de o próprio registado poder obter certidão do assento de nascimento primitivo, do qual constam os pais biológicos¹¹, mas julgamos que este artigo deve ser interpretado com acolhimento das restrições impostas pelo citado artigo 6.º da lei 143/2015. Por outro lado, o conservador em sede de processo de casamento deve, officiosamente, verificar o assento de nascimento primitivo para confirmação da inexistência de impedimento de casamento de consanguinidade.

Tratando-se de procriação medicamente assistida efetuada em território nacional, em centros autorizados, a informação sobre a identidade genética, constará das respetivas bases de dados, que devem ser conservadas por um prazo de 30 anos, após o final da sua utilização clínica e só podem ser consultadas pelo diretor do centro de PMA ou pessoal de saúde por este designado. O Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA) mantém, por um período de 75 anos, toda a informação centralizada acerca da aplicação das técnicas de PMA, nomeadamente o registo de dadores, beneficiários e de crianças nascidas por recurso a tais técnicas, facultando-se aos interessados a possibilidade de obter informação sobre eventual existência de impedimento legal, a projetado casamento e excecionalmente podem ser obtidas informações sobre a identidade

11 Por, ora, falamos em pais biológicos, mas poderemos ter crianças geradas por procriação medicamente assistida colocadas em adoção, relativamente às quais não existe no registo qualquer documento comprovativo do facto.

do dador, por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial (artigo 15.º do Lei n.º 32/2016).

A nível do registo, por força da lei, não há elementos que permitam ao registado aceder às suas origens.

O Código do Registo Civil em matéria de registo de nascimento de crianças geradas por recurso a técnicas de PMA não contém regras específicas. A vontade do legislador neste âmbito foi aflorada no n.º 1 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006 e vai no sentido de impor o segredo de identidade do registado bem como o segredo quanto ao uso de técnicas de procriação medicamente assistidas, pelo que o regime declarativo é a regra, contrariamente ao que sucede com a adoção, que é sempre baseada em documentos que oferecem segurança jurídica.

O legislador português, em matéria registal, protege a identidade dos filhos adotivos e ignora por completo a identidade pessoal dos filhos gerados por recurso a técnicas de PMA. Aqueles têm no registo a sua identidade genética, que não pode ser divulgada, a não ser ao próprio, nos termos da lei, mas pode e deve ser consultada oficiosamente pelo conservador, no âmbito de processo de casamento do registado, para verificação da inexistência de impedimento legal de consanguinidade. Para a criança nascida por recurso a técnicas de PMA, o segredo de identidade no registo é absoluto e nem o conservador pode ou sabe que é necessário verificar o impedimento de parentesco, a não ser que do assento conste filiação homóloga, a qual permite intuir ascendência biológica de terceiro podendo o conservador solicitar ao registado que apresente a informação prevista no n.º 3 do artigo 15.º da citada Lei n.º 32/2006.

O segredo excessivo sobre a identidade dos dadores e o segredo absoluto sobre a identidade da gestante, no âmbito do recurso a técnicas de PMA, mereceu a censura do Tribunal Constitucional (TC), pelo que aguardamos a alteração da lei. Todavia, estamos em crer que tal alteração não se refletirá no registo, pois o legislador atual não vê o registo civil como um guardião da identidade dos cidadãos, mas antes como uma base de dados de identidades declaradas e voláteis.

6. O registo civil face à mutação da estrutura familiar

O registo civil, como não poderia deixar de ser, foi acompanhando a evolução do direito da família. Assim, após a grande reforma do direito da família de 1977 foram introduzidas diversas alterações ao Código do Registo Civil. A mais relevante remonta ao ano de 1995.

O Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, implementou um novo Código do Registo Civil. O preâmbulo deste diploma enalteceu a preparação técnica dos conservadores que esteve na base da opção política de transferir dos tribunais para as conservatórias a tramitação de processos, até então reservados à justiça.

Assim, passou a ser da competência do conservador a decisão final no processo de dispensa de impedimento para casamento, o processo de suprimento de autorização para casamento de menores e a competência para celebrar convenção antenupcial, com estipulação de um dos regimes tipo de bens do casamento previstos na lei.

O processo de divórcio e de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento, em determinadas condições passou a poder ser instaurado e decidido na conservatória do registo civil, pelo respetivo conservador.

Passando também a pertencer ao conservador a competência para declarar a inexistência de posse de estado, por parte do filho de mulher casada, relativamente a ambos os cônjuges, no processo de afastamento da presunção de paternidade. Este processo foi, entretanto, extinto sem que o seu desaparecimento tenha causado quaisquer perturbações jurídicas, não obstante as vozes discordantes que ao tempo se fizeram ouvir. A eliminação deste processo contribuiu para o reforço da verdade biológica no âmbito do estabelecimento da filiação, na medida em que permite o reconhecimento voluntário da paternidade na declaração de nascimento, caso a mulher declare que o filho não é do marido e o pai esteja presente no ato de registo.

Todas estas alterações foram o princípio de uma caminhada de transformação. Hoje os nubentes podem celebrar perante o conservador qualquer convenção antenupcial. O divórcio por mútuo consentimento é da exclusiva competência dos conservadores, bem como o processo de atribuição de alimentos a filhos maiores, o da atribuição de casa de morada de família, o de privação de uso de apelidos do ex-cônjuge e até os processos de regulação ou alteração das responsabilidades parentais podem ser instaurados e decididos nas conservatórias.

As alterações do direito da família determinaram modificações linguísticas no registo civil. Assim, eliminou-se a distinção entre “o nubente” e “a nubente” no assento de casamento e nas peças do respetivo processo, dada a admissibilidade de casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Atualmente, o assento de casamento refere apenas “nubente” vocábulo que abrange qualquer género.

Recentemente, foram também eliminados dos assentos de nascimento os vocábulos “pai” e “mãe”, avós “paternos” e “maternos”, por imposição da Lei n.º 2/2016, atendendo a que atualmente as crianças podem ter vínculo jurídicos de filiação homólogos ou heterólogos.

7. A procriação medicamente assistida e a filiação

A infertilidade e o receio de transmissão de doenças genéticas já não são uma fatalidade, poiso desenvolvimento da ciência permite realizar o sonho da parentalidade por recurso à procriação medicamente assistida. A evolução é de tal grandeza que, atualmente, por recurso a um útero artificial é possível desenvolver fetos prematuros e, quem sabe, num futuro próximo criar vida sem recurso a

gestantes contratadas. O *Admirável Mundo Novo* deixou de ser ficção.¹²

Em Portugal, a Procriação Medicamente Assistida (PMA) foi regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto, republicada pela Lei n.º 58/2017, de 25 de julho, e regulamentada pelos Decretos Regulamentares n.º 6/2016, de 29 de dezembro, e n.º 6/2017, de 31 de julho.

Importa fazer um breve excuro pela lei para captar os princípios norteadores acolhidos pelo legislador português, alguns dos quais, entretanto, considerados inconstitucionais.

Na redação inicial da Lei n.º 32/2006, só às famílias heterossexuais era permitido recorrer a técnicas de PMA, mas rapidamente o legislador concedeu acesso às mesmas a todas as mulheres, independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual.

O uso das técnicas de PMA tem carácter subsidiário e não alternativo da procriação, embora possam ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do estado civil e do diagnóstico de infertilidade.

A legislação portuguesa sobre PMA determina que deve privilegiar-se a inseminação artificial, a não ser que exista uma razão clínica que fundamente a utilização de uma outra técnica (artigo 5.º da citada Lei n.º 32/2016).

O recurso à procriação medicamente assistida pressupõe o diagnóstico de infertilidade ou para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doença de origem genética, infecciosa ou outra de índole grave. A sua prática em território nacional só pode ocorrer em centros públicos ou privados expressamente autorizados para o efeito, pelo Ministério da Saúde.

Podem ser beneficiários das técnicas de PMA casais de sexos diferentes, casais de mulheres casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual. Os beneficiários podem ser cidadãos nacionais ou estrangeiros, sendo a idade mínima de 18 anos, desde que os beneficiários não estejam interditos ou inabilitados por anomalia psíquica (artigo 6.º da referida Lei 32/2016).

A doação de espermatozoides, ovócitos e embriões por terceiros, só é admissível se médica e cientificamente se concluir não ser possível obter-se gravidez, ou uma gravidez sem doença genética grave, por recurso a qualquer técnica que utilize gâmetas dos beneficiários.

A utilização das técnicas de PMA requer o consentimento escrito, livre e esclarecido e está subordinado ao segredo sobre a identidade dos participantes e do uso das próprias técnicas, o que mereceu críticas do Tribunal Constitucional.

Os beneficiários podem livremente revogar o consentimento até ao início

12 <https://www.sindpzoo.org/news/utero-artificial-ja-existe/>

dos processos terapêuticos de PMA.

8. A gestação de substituição

A gestação de substituição passou a ser admissível, no ordenamento jurídico português, com a entrada em vigor da Lei n.º 25/2016 (que alterou a Lei n.º 32/2006), regulada pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho.

Vejamos em traços gerais o seu regime, entretanto posto em causa pelo Tribunal Constitucional.

Quanto à natureza contratual, só pode ter por base um contrato gratuito, celebrado a título excecional, em que a mulher se dispõe a suportar uma gravidez, por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

O recurso à gestação de substituição pressupõe a ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeçam de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher. É também necessário que haja recurso a gâmetas de, pelo menos, um dos beneficiários e a gestante de substituição não pode ser a dadora de qualquer ovócito.

A gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo (n.º 1 do artigo 2.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017 e n.º 4 do artigo 8.º da citada Lei n.º 32/2006).

Em termos formais, a legislação impõe um contrato escrito e tipificado que deve conter os requisitos mínimos previstos na lei, nomeadamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez (artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 6/2017).

A contratualização depende do consentimento informado dos beneficiários aos quais deve ser dado conhecimento, por escrito, dos benefícios e riscos da utilização dessas técnicas, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas, após o que devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido e também por escrito, perante o médico responsável. Quer as informações, quer o consentimento devem constar de documento tipo aprovado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

No que respeita ao estabelecimento da parentalidade, a criança nascida por recurso a gestação de substituição é tida como filha da pessoa casada ou que viva em união de facto com a beneficiária, desde que aquela tenha prestado o seu consentimento também como beneficiário, de acordo com o n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, entretanto declarado inconstitucional.

O legislador português cominou com a nulidade os contratos de gestação

que não cumpram o disposto nos n.ºs 1 a 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006. Esta previsão legal de nulidade, também inquinada de inconstitucionalidade, consta do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006. Trata-se de uma construção normativa que foi alvo de grandes discussões jurídicas interpretativas, mesmo antes da entrada da lei em vigor. Alguns juristas defendiam que a filiação a favor dos beneficiários era a regra, neste sentido o CNPMA emitiu uma declaração interpretativa esclarecendo que *“A vontade legislativa (mens legis) consubstanciada nas disposições conjugadas dos n.ºs 7 e 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com a redação que lhes foi dada pelo artigo 2.º da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, é a de que, em todos os casos, mesmo quando os contratos de gestação de substituição são nulos, as crianças que nascerem através do recurso à gestação de substituição são sempre tidas como filhas dos respetivos casais beneficiários”*.¹³

Vera Lúcia Raposo, na análise da lei argumenta que *“não existe norma expressa a impor o afastamento da regra do artigo 8.º/7, em determinados cenários, nem na própria norma nem no artigo 8/12, e nem mesmo no artigo 39.º, que estabelece as consequências em caso de ilícito criminal. Logo, parece indicar que mesmo no caso de ilícito típico se mantém a parentalidade dos pais contratantes”*.¹⁴

Já Guilherme de Oliveira sustenta que *“(…) em Portugal, no caso específico da gestação de substituição, julgo seria tecnicamente muito perturbador que a cominação da nulidade dos contratos (art. 8.º, n.º 12) acabasse negada pela produção do efeito principal deles: a atribuição da maternidade à mulher que recorre à PMA; de tal modo que a consequência desfavorável que impenderia sobre os infratores se resumiria à sanção mais infeliz que a lei podia prever: a responsabilidade criminal dos contraentes (art. 39.º)”*.¹⁵

9. O Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018

Por iniciativa de 30 deputados foi requerida ao Tribunal Constitucional a apreciação sucessiva e abstrata da constitucionalidade da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, na redação que lhe foi dada pelas Leis n.ºs 17/2016, de 20 de junho e 25/2016, de 22 de agosto, reacendendo-se a discussão de velhas questões jurídicas como o conhecimento das origens. A apreciação da lei culminou com a prolação do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, publicado no

13 Declaração interpretativa consultável em http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_DeclaracaoInterpretativa_SET2016.pdf

14 Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder), Revista do Ministério Público 149, janeiro-março de 2017.

15 <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Estabelecimento-da-Filiac%CC%A7a%CC%83o.pdf>

Diário da República n.º 87/2018, Série I de 7 de maio de 2018, que declara a inconstitucionalidade de algumas normas da referida lei, atacando não só alterações de 2017, mas da própria Lei de 2006.¹⁶

16 Dado o interesse da matéria transcreve-se o sumário do Acórdão:

“a) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.os 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1;

b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa;

c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei;

d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo;

e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;

f) Não declarar a inconstitucionalidade das normas dos restantes artigos da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, mencionados no pedido formulado pelos requerentes;

g) Determinar, ao abrigo do disposto no artigo 282.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade das alíneas a), b) e c) não se apliquem aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.”

Determina o n.º 1 do artigo 282.º da Constituição da República que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma tem efeitos *ex tunc*, sem prejuízo de o Tribunal poder determinar a limitação dos seus efeitos, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, aliás como sucedeu no caso do acórdão n.º 225/2018.

O Acórdão constitui uma interessante e extensa obra de direito comparado em matéria de gestação de substituição. Os votos que o acompanham são também reflexões jurídicas de elevada qualidade. Todo ele é demonstrativo da complexidade e sensibilidade da matéria, que tem profunda dimensão ética.

O Tribunal Constitucional considerou que a procriação medicamente assistida, dado o seu caráter excecional e porque baseada num contrato gratuito, previamente autorizado por uma entidade administrativa, só por si, não viola a dignidade da criança nem da gestante. Entendeu também, que a dispensa da averiguação oficiosa da paternidade não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, nem o princípio da igualdade e o direito à identidade pessoal.

Mas declara a inconstitucionalidade de algumas normas do diploma por entender:

- Que a lei contém excessiva indeterminação no que toca às regras do contrato, nomeadamente no que toca à autonomia das partes e limites comportamentais da gestante; que a limitação da possibilidade de revogação do consentimento prestado pela gestante de substituição após o início dos processos terapêuticos de PMA (nos termos do n.º 8 do artigo 8.º em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da Lei n.º 32/2006), constitui violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de constituir família;

- Que a previsão da nulidade dos contratos de gestação de substituição tal como está plasmada na lei (n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006) produz insegurança jurídica para o estatuto das pessoas geradas, pois impede a proteção de posições jurídicas de parentalidade, o que constitui uma violação do direito à identidade pessoal e do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático;

- Que a regra do anonimato de dadores e da gestante de substituição não afronta a dignidade da pessoa humana, mas, atendendo “à importância *crecente que vem sendo atribuída ao conhecimento das próprias origens*”, o n.º 1 e 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, ao estabelecerem como regra o anonimato dos dadores no caso da procriação heteróloga, e o anonimato das gestantes de substituição, merece *censura constitucional* por restringir os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas em consequência de processos de PMA.

Com efeito, neste os juízes determinam que os efeitos normativos não se aplicam nas situações das alíneas a) c) e d) da decisão, isto é, “(...) aos contratos de gestação de substituição autorizados pelo Conselho Nacional da Procriação Medicamente Assistida em execução dos quais já tenham sido iniciados os processos terapêuticos de procriação medicamente assistida a que se refere o artigo 14.º, n.º 4, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (...)”.

Foram declarados inconstitucionais os n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º e, consequentemente, os n.ºs 2 e 3, o n.º 8 do artigo 8.º em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º, o n.º 12 do artigo 8.º, e os n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006.

O referido Acórdão n.º 225/2018, veio impedir a realização de contratos de gestação de substituição no território português, apesar de, em abstrato, ela ser permitida. Assim, agravam-se as dificuldades registais com que se deparam os portugueses que recorrem a contratos de gestação celebrados no estrangeiro, cujos efeitos em matéria de parentalidade pretendem ver reconhecidos em Portugal.

10. O registo de nascimento e o estabelecimento da parentalidade nas técnicas de procriação medicamente assistidas, reflexão prática

A lei da procriação medicamente assistida, como vimos, no que respeita à parentalidade, preocupou-se em criar a presunção de mesma a favor dos pais intencionais e a estipular que os dadores não poderão ser tidos como pais, bem como a determinar que o registo não poderá conter qualquer referência à utilização de técnicas de PMA (o que bem se compreende, pois, qualquer referência ao facto seria uma menção discriminatória). No entanto, não cuidou de criar regras específicas que permitam uma determinação da parentalidade isenta de incerteza ou potenciadora de conflitos judiciais. Conhecedor dos problemas já ocorridos noutros sistemas jurídicos, o legislador poderia e deveria ter acautelado normas de direito substantivo e adjetivo adequadas. Note-se que, outrora, o legislador foi criticado pela extrema permissibilidade registal, em matéria de registo de nascimento tendencialmente declarativa e sem prova documental. A mera declaração sem prova de nascimento potenciava o contorno da lei da adoção e permitia a multiplicação de registo para angariação de benefícios sociais. Só recentemente o legislador consignou nos n.ºs 5 e 6 do artigo 102.º do CRC, a necessidade de apresentação de documento, emitido pela unidade de saúde, que comprove o nascimento e identifique a parturiente.

A dispensa da apresentação do consentimento escrito do qual deriva a constituição do vínculo de parentalidade, em sede de registo, é também facilitadora de registos desprovidos de segurança jurídica.

Num quadro legislativo permissivo como o nosso, e na ausência de adaptação das regras registais referentes à declaração de nascimento de criança gerada por recurso a técnicas de PMA, os registos podem ser feitos em contradição com as regras da filiação jurídica por consentimento. Facilmente se percebe que o nascimento tanto pode ser declarado pelos pais intencionais como pela gestante, basta que a gestante munida do documento comprovativo do parto declare numa conservatória o nascimento da criança, identificando-se como mãe. E sendo a

gestante casa da pode fazer funcionar presunção de paternidade do marido, tudo se passando como se de um registo biológico se tratasse.

Num outro exemplo, imaginemos uma mulher casada que se submeteu a uma técnica de PMA, com o consentimento do marido, entretanto, antes do parto, passa a viver em união de facto com outra pessoa. Após o nascimento, comparece no registo com o novo companheiro, afasta a presunção de paternidade do marido possibilitando o reconhecimento voluntário da paternidade a um elemento estranho àquele projeto parental. Numa situação como esta a apresentação do documento com o consentimento escrito parece-nos determinante.

As regras do estabelecimento da parentalidade por consentimento em técnicas de PMA são menos exigentes do que as instituídas para o estabelecimento da filiação adotiva, como vimos.

Julgamos que de *iure constituendo* o legislador deve estipular algumas regras registais que respeitem a identidade pessoal de cada cidadão, sem prejuízo de o registo dever ser lavrado sem discriminação do vínculo de filiação.

11. A gestão de substituição praticada no estrangeiro e o estabelecimento da parentalidade – desafios registais

Como é sabido há países que proíbem, de todo, a prática de gestão de substituição como a Espanha, a França, a Itália e outros que a admitem a título oneroso ou gratuito. Em geral, os ordenamentos jurídicos que a admitem reconhecem o estabelecimento da parentalidade a favor dos beneficiários, podendo esta ser estabelecida logo após o nascimento, no próprio registo ou posteriormente, em processo próprio¹⁷.

O ingresso dos registos de nascimento de crianças nascidas por recursos a gestão de substituição praticada no estrangeiro, a requerimento dos beneficiários da prática de procriação, não é consensual nos diversos ordenamentos jurídicos, pelo que o recurso às entidades judiciais, nomeadamente ao TEDH é recorrente.

Há já diversas decisões do TEDH neste âmbito, no sentido de admissibilidade dos registos com base no artigo 8.º do CEDH. Exemplos clássicos são o caso Paradiso e Campanelli em Itália, e Mennesson em França.¹⁸ O primeiro referente a uma criança nascida por recurso a maternidade de substituição no estrangeiro, sem material genético de nenhum dos contratantes. O registo não foi admitido em Itália, que entendeu que a criança deveria ser separada de Campanelli e Paradiso e colocada para adoção. O TEDH acabou por dar razão aos recorrentes considerando que a separação da criança do casal para ser colocada para adoção e sob tutela,

¹⁷ Sobre este assunto o citado acórdão 225/2018 do TC faz um interessante estudo de direito comparado.

¹⁸ Disponíveis em <https://hudoc.echr.coe.int>

constituiu uma interferência na vida privada das recorrentes, inadmissível ao abrigo do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. No segundo caso, Dominique Mennesson e Sylvie Mennesson, recorreram a gestação de substituição com gâmetas do primeiro, na Califórnia, de que nasceram duas crianças gémeas. Por decisão judicial do competente tribunal da Califórnia foi considerado pai biológico o Sr. Mennesson e mãe legal a Sr.ª Mennesson. O consulado francês recusou a transcrição do registo de nascimento nestes termos. As autoridades judiciais francesas consideraram que o registo não podia ser efetuado por violar o princípio da ordem pública do Estado francês, que não admite a gestação de substituição e ainda com o argumento de que a admissibilidade do registo seria um incentivo à violação da lei.

O TEDH invocou o interesse das crianças, mas decidiu com base em violação do artigo 8.º da Convenção no que respeita à vida privada dos menores.

O vínculo da parentalidade de crianças geradas por recurso a contratos e gestação de substituição celebrados por portugueses no estrangeiro, é uma realidade que se vai colocando ao registo civil português para a qual o legislador não está desperto. Apesar de conhecer a vasta jurisprudência de outros países e do TEDH, o legislador tem fechado os olhos ao turismo reprodutivo, para contorno da lei, bem como ao superior interesse da criança que, muitas das vezes, pode ficar em situação de apatridia. A situação mais comum tem sido a de casais de homens que recorrem a gestação de substituição no estrangeiro. O registo destas crianças tem sido aceite apenas com indicação da filiação em relação ao elemento que forneceu material genético, pelo facto de a maternidade de substituição não ser permitida aos casais de homens. A parentalidade do outro elemento do casal será viável por recurso à adoção.

Relativamente aos casais heterossexuais de nacionalidade portuguesa, residentes ou não em país estrangeiro, que recorrem à maternidade de substituição onerosa, de acordo com *lex loci*, sendo em tudo o mais conforme com a lei portuguesa, antes das prolação do Acórdão do Tribunal Constitucional, foi entendido que de acordo com o artigo 41.º do Código Civil, os negócios jurídicos celebrados no estrangeiro são regulados pela lei que os respetivos sujeitos tiverem designado ou houverem tido em vista e podiam produzir efeitos em Portugal desde que respeitassem o princípio da ordem pública internacional do Estado português, conforme o estipulado no artigo 22.º do mesmo Código. Posição que o Tribunal Constitucional não acolhe, na medida em que considera que só a gratuidade do contrato garante a dignidade da gestante. No entender do TC a onerosidade do contrato viola o princípio da ordem pública do Estado português. Curiosamente, no próprio Acórdão o voto de Gonçalo de Almeida Ribeiro vai em sentido contrário: “(...) *recuso a ideia de que a gratuidade seja uma garantia de liberdade ou de dignidade da gestante; pelo contrário, penso que a sua imposição*

restringe ilegitimamente os direitos fundamentais que se exercem através da celebração e execução de negócios onerosos de gestão de substituição. Por tudo isto, entendo que um dos elementos essenciais do «modelo português» - a imposição de gratuidade - é constitucionalmente censurável. Claro está que a censura, segundo este raciocínio, não é dirigida ao reconhecimento legal dos negócios gratuitos, mas ao facto de a lei proibir (e até mesmo incriminar) a celebração de negócios onerosos. A lei fica - assim me parece - aquém das exigências constitucionais. (...)”.

Após a declaração de inconstitucionalidade dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º, e consequentemente, dos n.ºs 2 e 3, do n.º 8 do artigo 8.º, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º, do n.º 7 do artigo 8.º, do n.º 12 do artigo 8.º, e dos n.ºs 1 e 4 do artigo 15.º, todos da Lei n.º 32/2006, questionamo-nos novamente sobre qual o melhor procedimento jurídico-prático.

Sobre este tema pairam mais dúvidas que certezas e as próprias oscilações interpretativas a que assistimos, como por exemplo sobre o segredo das origens, demonstram-nos que “*a vida está tão cheia de paradoxos como a rosa de espinhos*”. Vivemos uma nova era de contornos ainda vagos e incertos.

O DIREITO DA FAMÍLIA E O REGISTO CIVIL — EVOLUÇÃO RECENTE

Ana Paula Costa Ferreira

Conservadora do Registo Civil a exercer funções no Sector Técnico-Jurídico dos Serviços de Registo (STJSR), do Instituto dos Registos e do Notariado, IP (IRN, IP), Portugal

Resumo: A evolução do Direito da Família ao longo dos tempos em Portugal, que paulatinamente tem vindo a assentar os seus fundamentos na subjetividade e na relativização das instituições, tem obrigado a uma reflexão constante das normas insertas no Código do Registo Civil.

Na verdade, a lei adjetiva, que é o Código do Registo Civil, é o espelho das várias mudanças operadas na sociedade portuguesa, em matéria do Direito da Família.

A facilitação da vida dos cidadãos, a proximidade da decisão, a simplificação, desburocratização e desformalização de procedimentos, aliados à reconhecida preparação técnico-jurídica dos conservadores do Registo Civil na área do Direito da Família, sem nunca descurar a imprescindível garantia de segurança das pessoas singulares, objetivo de interesse e de ordem pública que o Registo Civil prossegue, têm sido os vetores das importantes alterações no domínio da competência dos conservadores do Registo Civil. A par desses vetores, também a adequação à legislação publicada e as adaptações às modernas tecnologias e à informática têm contribuído para aquilo que é hoje o Registo Civil.

Palavras-chave: Registo civil; presunção da paternidade; casamento; casamento entre pessoas do mesmo sexo; divórcio por mútuo consentimento; responsabilidades parentais; guarda conjunta; adoção por casais do mesmo sexo; apadrinhamento civil.

1. Introdução – Razão de ordem e sequência

O tema que nos propomos apresentar é a evolução mais recente do Direito

da Família e as suas repercussões no âmbito do Registo Civil, em Portugal.

Trata-se de um tema amplo, uma vez que a última década, em especial, foi pródiga na emanação de alterações legislativas nesta matéria. Registaram-se mudanças em várias áreas do Direito da Família, designadamente no instituto do casamento, no processo de divórcio, no estabelecimento da filiação e na figura da adoção, entre outras.

Quaisquer destes temas poderiam, por si só, constituir objeto de uma comunicação na presente conferência, todavia e por escassez do tempo de intervenção, entendemos que seria melhor destacar aqueles que mais repercussões tiveram no âmbito do Registo Civil e nas competências próprias, em razão da matéria, das conservatórias do Registo Civil.

Assim, apresentar-vos-emos de seguida as alterações legislativas que modificaram o processo de afastamento da presunção de paternidade de filho de mulher casada; o instituto do casamento; o processo de divórcio; a adoção; e a figura do apadrinhamento civil.

2. Afastamento da presunção de paternidade de filho de mulher casada

Prescreve o artigo 1826.º, do Código Civil: “*Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimónio da mãe tem como pai o marido*”. Nos termos desta norma, a paternidade é um facto e a atribuição da paternidade ao marido assenta numa forte probabilidade de este ser o autor da fecundação. Afirmar a doutrina que este princípio, inspirado na lei francesa de 1972, terá sido pensado para os casos em que a mulher casada, separada de facto do marido, tinha um filho que nada tinha a ver com o seu casamento ainda existente.

Acontece que, nos sistemas latinos tradicionais, a impugnação posterior desta paternidade era difícil, quer porque a legitimidade ativa pertencia exclusivamente ao marido desinteressado, quer porque era difícil provar alguma das “causas determinadas” da ação. Em face disso mesmo, muitas mães omitiam o seu nome no registo do nascimento, evitando, desse modo, a atribuição de uma paternidade falsa e favoreciam a perfilhação pelo pai biológico.

Com o objetivo de eliminar qualquer óbice que comprovadamente contribuísse para esse tipo de atuação, para a declaração tardia de nascimento ou mesmo para a não declaração do nascimento, facto sujeito a registo civil obrigatório – artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do Código do Registo Civil, foram adotadas medidas para fazer corresponder o registo à realidade biológica, como é o caso do afastamento da presunção da paternidade de filho de mulher casada relativamente ao marido desta.

O processo destinado a elidir a presunção da paternidade de filho de mulher

casada apareceu no Código do Registo Civil de 1978¹, aprovado na sequência das alterações substanciais ao instituto da família introduzidas no Código Civil, pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, em obediência aos princípios impostos pela Constituição da República Portuguesa de 1976.

Com efeito, na versão inicial do artigo 1832.º, do Código Civil, a mãe casada podia fazer declaração de nascimento com a indicação de que o filho não pertencia ao marido; esta indicação afastaria a presunção de paternidade desde que fosse corroborada por uma declaração judicial de que o filho não gozara, na altura do nascimento, de posse de estado relativamente a ambos os cônjuges, no termo de um processo especial.

O processo de afastamento da presunção da paternidade do marido da mãe, não obstante ser instaurado na conservatória do Registo Civil que detinha o registo de nascimento do filho, a qual também tinha competências para a sua instrução, era remetido ao tribunal da comarca para aí ser decidido. Por conseguinte, a decisão final competia ao juiz de direito da comarca.

Em 1995, o novo Código do Registo Civil (o atual Código), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, na sua redação original veio transferir para as conservatórias do Registo Civil, em concreto para o conservador do Registo Civil, a competência para declarar a inexistência da posse de estado por parte do filho de mulher casada relativamente a ambos os cônjuges.

Resulta da parte preambular do referido Decreto-Lei n.º 131/95, que “*A evolução social sofrida desde então até ao presente [leia-se, desde o Código do Registo Civil de 1978]² vinha aconselhando uma detida reflexão sobre o registo civil, aliás já enunciada em legislação avulsa que, entretanto, foi alterando pontualmente o Código em vigor.*

Assim, o Código ora aprovado surge como o produto da reavaliação feita, contemplando importantes alterações no domínio da competência dos conservadores do registo civil, a par de outras que se prendem com a adequação à legislação sobre adoção, entretanto publicada, e com adaptações às modernas tecnologias e à informática.

1 Cf. O disposto no artigo 147.º, do Código do Registo Civil:

- 1 - *Se a mulher casada fizer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido, não será feita a menção de paternidade.*
- 2 - *A indicação a que se refere o número anterior será reduzida a auto, onde o marido da declarante será devidamente identificado com vista ao disposto no n.º 4.*
- 3 - *Confirmado, por decisão judicial, que o filho, na ocasião do nascimento, não beneficiou da posse de estado em relação a ambos os cônjuges, será este facto averbado no registo.*
- 4 - *Se a mãe, no prazo de sessenta dias, não pedir a declaração judicial a que se refere o número anterior ou o pedido for indeferido, será oficiosamente averbada no registo de nascimento a paternidade do marido.*

2 Parêntesis retos nossos.

O escopo das mudanças preconizadas assenta, assim, na facilitação da vida dos utentes e na simplificação e desburocratização de procedimentos, na medida adequada à imprescindível garantia de segurança jurídica das pessoas singulares, objetivo de interesse e ordem pública que o registo civil prossegue.

Desta forma, cumpre realçar, em primeira linha, a transferência de certas competências, normalmente atribuídas a outras entidades, para as conservatórias do registo civil.

Na verdade, a cuidada preparação técnico-jurídica reconhecida aos conservadores do registo civil e a especial vocação destes na área do direito da família inspiraram as inovações preconizadas neste domínio.”

Em momento posterior, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de outubro³, na senda de um plano de desburocratização e simplificação processual, de aproveitamento de atos e de proximidade de decisão, sem prejuízo da possibilidade do recurso, foi eliminada a necessidade de tal processo, nos casos em que a mãe, aquando da declaração do nascimento do seu filho, declarasse que o respetivo marido não é o pai, sendo admitida de imediato a perfilhação por terceiro. O legislador entendeu que a posição do marido da mãe se encontrava salvaguardada uma vez que aquele era notificado para impugnar a paternidade constante do registo ou mesmo efetuar a perfilhação nas circunstâncias em que do assento não constasse a menção relativa à paternidade. Aquele diploma operou a transferência de competências em processos de carácter eminentemente registal dos tribunais judiciais para os próprios conservadores de registo, inserindo-se numa estratégia de desjudicialização de matérias que não consubstanciam verdadeiro litígio.

Imbuído do espírito de simplificação e de desformalização com o objetivo de reduzir obstáculos considerados burocráticos e as formalidades dispensáveis na área do Registo Civil, o legislador, pelo Decreto-Lei n.º 324/2007⁴, de 8 de

-
- 3 Cf. A redação do artigo 119.º do Código do Registo Civil, atribuída pelo identificado Decreto-Lei:
- 1 - *Se a mulher casada fizer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido, não é efetuada a menção da paternidade presumida, podendo, desde logo, ser aceite o reconhecimento voluntário da paternidade.*
 - 2 - *A indicação a que se refere o número anterior é reduzida a auto, nele devendo o marido da declarante ser devidamente identificado.*
 - 3 - *Lavrado o assento, procede-se à notificação do marido da mãe para, querendo, impugnar a paternidade constante do registo ou efetuar a perfilhação, sendo aquela omissa.*
 - 4 - *Com a notificação envia-se ou entrega-se ao notificado cópia ou fotocópia do assento de nascimento e do auto referido no n.º 2.*
 - 5 - *No auto mencionado no n.º 2 é lançada cota de referência da notificação.*
- 4 Nestes termos, o artigo 119.º, passou só a determinar,
- 1 - *Se a mulher casada fizer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido, não é efetuada a menção da paternidade presumida, podendo, desde logo, ser aceite o reconhecimento*

setembro, que introduziu alterações significativas ao Código de Registo Civil, colocou fim à notificação do marido da mãe.

Claro que todas as alterações introduzidas no Código do Registo Civil têm como respaldo as alterações também efetuadas aos artigos 1832.º e 1833.º, do Código Civil, este último revogado pelo já identificado Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13 de outubro.⁵

Em síntese, o afastamento da presunção de paternidade através de uma simples declaração da mãe assumiu força plena.

3. O casamento – A evolução do sistema matrimonial português

O casamento no Registo Civil português até à proclamação da República, em 05 de outubro de 1910, regeu-se quase exclusivamente pelo Direito Canónico, sendo caracterizado como um sacramento. Sendo certo que o Código Civil de 1867 já o definira como um contrato, consagrando aparentemente um sistema de casamento civil subsidiário. Só os cidadãos não católicos poderiam contrair casamento civil.

Com a proclamação da República, e como resultado dos ideais revolucionários, foi determinado que todos os portugueses celebrariam casamento perante o oficial do Registo Civil e que só este era válido. É com a entrada em vigor do Decreto n.º 1, de 25 de dezembro de 1910, que passou a vigorar o sistema

voluntário da paternidade.

2 - (Revogado.)

3 - (Revogado.)

4 - (Revogado.)

5 - (Revogado.)

5 Dispõe o artigo 1832.º, do Código Civil, sob a epígrafe “*Não indicação da paternidade do marido*”,

1. *A mulher casada pode fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido.*

2. *A declaração prevista no número anterior faz cessar a presunção de paternidade.*

3. *Cessando a presunção de paternidade, no caso previsto no n.º 2, pode, desde logo, ser aceite o reconhecimento voluntário da paternidade.*

4. *Sem prejuízo do disposto no n.º 1, não são admissíveis no registo de nascimento menções que contrariem a presunção de paternidade enquanto esta não cessar.*

5. *Se a mãe fizer a declaração prevista no n.º 1, o poder paternal só caberá ao marido quando for averbada ao registo a menção da sua paternidade.*

6. *Quando a presunção de paternidade houver cessado nos termos do n.º 2, é aplicável o disposto no artigo 1831.º.*

(Alterado pelo Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13-10).

Artigo 1833.º

(Revogado pelo Decreto-Lei n.º 273/2001, de 13-10).

do casamento civil obrigatório, no qual não tinham eficácia civil os casamentos católicos. A cerimónia civil precedia a cerimónia religiosa.

Esse sistema vigorou durante 30 anos até à assinatura da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, em 7 de maio de 1940. O regime estabelecido pela Concordata veio colocar um fim ao sistema de casamento civil obrigatório e o regresso ao modelo do casamento civil facultativo, em que os nubentes poderiam optar entre o casamento civil e o católico, atribuindo o Estado eficácia civil a este último. Deste modo passaram a existir duas modalidades distintas de casamento.

Mais recentemente, a Lei da Liberdade Religiosa, aprovada pela Lei n.º 16/2001, de 22 de junho, regulamentada, no que concerne ao casamento, pelo Decreto-Lei n.º 324/2007, de 8 de setembro, que, como já referimos, introduziu grandes alterações ao Código do Registo Civil, alargou o reconhecimento de efeitos civis a outros casamentos religiosos, para além dos católicos. A Lei n.º 16/2001 aditou assim ao Código Civil, em concreto ao seu artigo 1615.º, alínea b), uma forma diferente de celebração de casamento. Note-se, todavia, que a celebração do casamento terá de ser realizada por igrejas ou comunidades radicadas em Portugal.

Considerando que em Portugal existe uma forte tradição social de celebração de casamentos aos fins-de-semana, mostrou-se necessário encontrar uma solução legal que permitisse uma aproximação crescente dos serviços do Registo Civil aos interesses e anseios dos cidadãos. Na concretização desse propósito, o Decreto-Lei n.º 236/2001, de 30 de agosto, estabeleceu as condições para que, em qualquer caso, seja satisfeito o interesse dos cidadãos na celebração de casamento civil fora do período normal de funcionamento das conservatórias, bem como em qualquer lugar a que o público tenha acesso sempre que o ato seja expressamente solicitado e acordado com os nubentes.

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 273/2001, já identificado supra, veio atribuir competência exclusiva às conservatórias do Registo Civil para a declaração de dispensa do prazo internupcial.

Para a simplificação do processo preliminar de casamento contribuíram as alterações introduzidas pelo também já identificado Decreto-Lei n.º 324/2007, de 8 de setembro.

- a) O processo preliminar de casamento passou a poder ser instruído em qualquer conservatória do Registo Civil à escolha dos nubentes, sendo abolidos os critérios de competência territorial;
- b) Diga-se mesmo que, com a entrada em vigor da Portaria n.º 654/2009, de 17 de junho, e já no âmbito da utilização dos meios eletrónicos, os nubentes passaram a poder dar início ao processo de casamento *online*, sem necessidade de deslocação aos serviços de Registo Civil. O referido serviço está disponível para cidadãos portugueses, e para

os cidadãos brasileiros a quem tenha sido concedido o estatuto geral de igualdade de direitos e deveres, maiores de 18 anos, detentores de cartão de cidadão e de leitor adequado. Não é possível celebrar convenções antenupciais através deste serviço.

- c) Os nubentes ficaram dispensados de apresentar as certidões dos registos, designadamente de nascimento, para instruírem o respetivo processo preliminar de casamento, na medida em que tais documentos são consultados na base de dados do Registo Civil (artigo 137.º, do Código do Registo Civil);
- d) As conservatórias do Registo Civil passaram a ter competência para elaborar as convenções antenupciais, mesmo que a escolha dos nubentes seja um regime de bens que não se encontre tipificado na lei.
- e) Abra-se aqui um parêntesis para referir que, desde o passado dia 1 de setembro, data da entrada em vigor da Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que alterou o Código Civil, as conservatórias do Registo Civil também passaram a deter competência para a celebração de convenções antenupciais, através da quais os nubentes renunciem reciprocamente à condição de herdeiro legitimário⁶.
- f) Foi eliminada a necessidade de afixação de editais. O processo não deixou de ter natureza pública, não se destinasse o mesmo a aferir da existência de impedimentos matrimoniais que obstem à celebração do projetado casamento. O que se pretendeu foi salvaguardar os dados pessoais dos nubentes, só transmitindo a terceiros os estritamente necessários para prevenir a eventual celebração de um casamento com uma incapacidade matrimonial.
- g) A simplificação também se aplica ao processo de casamento respeitante

6 A Lei 48/2018, de 14 de agosto, alterou o Código Civil, consagrando e reconhecendo a possibilidade de renúncia recíproca dos cônjuges na convenção antenupcial, caso o regime de bens, imperativo ou convencional, seja o da separação, à condição de herdeiro legitimário.

O regime de renúncia consta do novo artigo 1707.º-A do Código Civil, que consagra:

- O direito do cônjuge sobrevivo em permanecer na casa de morada de família propriedade do falecido pelo prazo de 5 anos (exceto se tiver casa própria no mesmo concelho, ou neste ou nos concelhos limítrofes se esta se situar nos concelhos de Lisboa ou Porto), como titular de um direito real de habitação e de um direito de uso do recheio, prorrogável pelo tribunal em caso de especial carência (o direito de habitação é vitalício caso tenha completado 65 anos de idade à data da abertura da sucessão);
- A caducidade de tal direito caso não habite a casa por mais de 1 ano, por motivo que lhe seja imputável;
- O direito, esgotado o prazo, de permanecer na casa no imóvel na qualidade de arrendatário, nas condições gerais do mercado, fixando o tribunal as respetivas condições na falta de acordo, sem prejuízo do direito do senhorio em denunciar o contrato para sua habitação;
- O direito de preferência em caso de alienação da casa, durante o tempo em que a habitar a qualquer título.

a cidadãos estrangeiros. Neste campo, não só foi consagrada a regra de que as respetivas certidões dos assentos de nascimento têm de revestir apenas a forma e o prazo exigidos pela lei do país da sua nacionalidade (artigo 137.º, n.º 2, do Código do Registo Civil), para o mesmo fim, como também, ao revogar-se o processo de verificação da capacidade matrimonial (artigos 261.º a 265.º, do Código do Registo Civil), no caso de ser impossível a apresentação do certificado de capacidade matrimonial, aquele é substituído pela declaração prestada pelo nubente estrangeiro, de que, de harmonia com a sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento – artigo 136.º, n.º 2, alínea j), do Código do Registo Civil.

Convém aqui referir ainda que, atento ao aumento exponencial de casamentos de conveniência, o legislador entendeu criminalizar esse ato, quando o mesmo seja contraído por ou com estrangeiro com o único objetivo de defraudar a lei em matéria de permanência ou residência em Portugal ou de aquisição da nacionalidade portuguesa – Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

Na evolução do casamento no Registo Civil, não poderíamos também deixar de referir o novo paradigma sobre o qual assenta o instituto do casamento.

A Lei n.º 9/2010, de 31 de maio, ao permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, eliminou um dos requisitos estruturantes do modelo de casamento civil: a heterossexualidade.

Este tema foi e continua a ser fraturante na sociedade portuguesa, à semelhança do que sucedeu com a possibilidade de adoção por casais do mesmo sexo.

O casamento sempre foi uma instituição caracterizada pela heterossexualidade. Na verdade, na civilização ocidental, a ligação entre homem e mulher com o fim de constituir família foi tomada como uma conquista civilizacional.

Por isso, os pares homossexuais começaram por ser protegidos pela união de facto que regulava essencialmente a questão patrimonial. O passo seguinte, em alguns países, assentou na regulamentação da união civil registada – civil partnership.

Surge por fim o casamento, que ainda é uma realidade acolhida por poucos países.

Na verdade, aquando da sua promulgação, o Presidente da República requereu a fiscalização preventiva da constitucionalidade do diploma, no que respeita à compatibilidade com o n.º1, do artigo 36.º, da Constituição da República Portuguesa, nos termos do qual “*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.*”

Sobre o pedido recaiu o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 121/2010, de 8 de abril⁷, segundo o qual não existe, na Constituição da República Portuguesa, qualquer norma ou princípio que impeça que duas pessoas do mesmo sexo possam contrair um casamento civil.

Diga-se que o parecer que acompanhou o pedido de fiscalização preventiva do referido diploma defendia, por um lado, que o legislador constitucional, quando estipulou no aludido n.º 1, do artigo 36.º, que todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade, referia-se apenas ao direito de um homem e uma mulher poderem constituir casamento; por outro, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) concebe o casamento como uma instituição formada por homem e mulher e que essa Declaração, por força do estatuído no n.º 2, do artigo 16.º, da Constituição da República Portuguesa, é determinante para a interpretação e análise do texto constitucional português.

Segundo o Tribunal Constitucional, a interpretação do artigo 36.º, n.º 1, deve assentar não só na evolução das práticas, dos costumes e das expectativas sociais, isto é, deve estar atenta às mudanças culturais e sociais que se produziram na sociedade portuguesa desde a altura em que aquela Lei fundamental foi aprovada, como também deve ter presente que o disposto na DUDH pode servir como ferramenta para compreender e analisar o texto constitucional português apenas nos casos em que daí resulte um aumento dos direitos dos cidadãos – neste caso, o estabelecido na DUDH implica a redução desses mesmos direitos aos cidadãos do mesmo sexo que queiram casar-se, pelo que esta Declaração não pode servir de fundamento à inconstitucionalidade daquele diploma.

É igualmente referido, em consonância com o disposto no artigo 36.º, n.º 2, da Constituição, e no Acórdão n.º 359/2009 do Tribunal Constitucional, que cabe ao legislador determinar os requisitos que fundamentam o casamento. Tal como nesse Acórdão, no qual o Tribunal Constitucional decidiu que não era inconstitucional a lei segundo a qual o casamento é permitido apenas entre pessoas de sexos diferentes, também agora defende que a possibilidade legal de duas pessoas do mesmo sexo contraírem casamento não fere a lei fundamental.

Podemos ler no Acórdão n.º 121/2010, que “*O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas conceções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às conceções dominantes nesta matéria*”.

O Tribunal Constitucional rejeitou também, quer a ideia biológica de que a admissibilidade do casamento depende do seu efeito potencial no plano

7 Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>

reprodutivo, quer a utilização do princípio constitucional da igualdade (tratar de forma diferente situações diferentes) como argumento a favor da criação de institutos jurídicos específicos vocacionados para a regulação das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

*“Ora, sendo embora certo que, na perspetiva biológica, sociológica ou antropológica, constituem realidades diversas a união duradoura entre duas pessoas do mesmo sexo e duas pessoas de sexo diverso, no aspeto jurídico a equiparação de tratamento não é destituída de fundamento material. Na verdade, é razoável que o legislador possa privilegiar o efeito simbólico e otimizar o efeito social antidiscriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento”*⁸.

Independentemente da posição que possamos perfilhar a respeito deste tema, o certo é que o mesmo exigiu adaptações no plano registal, mormente no próprio modelo de registo de casamento. As menções constantes do registo de casamento que correspondiam a marido e mulher foram substituídas pela menção “nubente”, sem o determinante artigo definido “a” ou “o”, respeitante ao género feminino ou masculino, respetivamente.

Em termos procedimentais não houve qualquer alteração.

Todavia, não podemos deixar de referir que a aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo trouxe problemas novos no domínio do Direito Internacional Privado (DIP) das relações matrimoniais.

As conservatórias do Registo Civil foram confrontadas com um número elevado de pedidos para realização de casamento entre cidadãos estrangeiros, ou entre português e estrangeiro.

A livre circulação de pessoas entre Estados que permitem esses casamentos e Estados que não os permitem, deu origem a vários problemas de DIP.

Houve países que, antecipando esses problemas, trataram de definir, em paralelo, através de normas apropriadas do DIP, o âmbito de aplicação dos novos quadros normativos do direito material adotado. Não foi o caso de Portugal, que se limitou a alterar a noção de casamento consagrada no artigo 1577.º, do Código Civil, expurgando desse conceito o requisito da diferença de género dos nubentes, sem levar a cabo qualquer alteração legislativa ao nível das regras de conflito, mantendo intacto o artigo 49.º, do Código Civil.

De acordo com o estatuído naquele artigo, é à lei pessoal, ou seja, à lei da nacionalidade (artigo 31.º, n.º 1, do Código Civil) de cada nubente, que compete aferir da respetiva capacidade matrimonial. Ora, se em causa estiver um casamento

8 Numa análise crítica e com uma posição contrária ao identificado Acórdão cf. o trabalho apresentado pelo Professor Oliveira Ascensão in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 8, n.º15 – 2011, página5 e seguintes.

entre dois cidadãos estrangeiros ou entre um cidadão português e um cidadão estrangeiro cuja lei nacional não permita o casamento entre pessoas do mesmo género, *quid iuris*?

Entende a Doutrina que tal casamento não poderá ser realizado, a não ser que a lei pessoal do nubente estrangeiro devolva para o direito português a competência para regular a sua capacidade matrimonial, como lei da sua residência habitual, como são os casos, por exemplo, do direito brasileiro e do dinamarquês.

Não obstante, o Despacho n.º 87/2010, do Presidente do Conselho Diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, IP, veio permitir a celebração por estrangeiros, deste tipo de casamentos, independentemente do que determine a lei pessoal. O referido Despacho determina que “*as conservatórias do registo civil procedam à celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo ainda que ambos os nubentes ou um deles seja nacional de Estado que não admita esse tipo de casamentos, por respeito a princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado Português (artigos 13.º e 15.º da Constituição da República Portuguesa e artigo 22.º, n.º1, do Código Civil)*”. Acrescenta que “*quando ao nubente estrangeiro não seja possível apresentar o certificado de capacidade matrimonial, por o respetivo país não admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a sua capacidade deverá ser aferida nos termos do artigo 22.º, n.º 32, do Código Civil*”, ou seja, de acordo com a lei portuguesa que não conhece, agora, qualquer impedimento à celebração do casamento em razão da identidade de sexo dos nubentes.

Este Despacho foi considerado pela doutrina como *ultraliberal*⁹, ao considerar que a recusa da celebração desse casamento em Portugal implicaria uma violação dos princípios de ordem pública internacional do Estado Português, isto é, que estaríamos perante um caso de intervenção da exceção de ordem pública internacional. Entende a doutrina que a admissão do casamento civil entre pessoas do mesmo género resulta de uma opção de política legislativa, que não foi constitucionalmente imposta, pelo que o aludido despacho peca ao fundamentar a permissão de tais casamentos com fundamento na exceção da ordem pública internacional do Estado Português.

Todavia, não podemos ignorar que em situação diferente se encontram os cidadãos da União Europeia. Por força do estatuto da cidadania europeia, qualquer cidadão europeu com residência habitual em Portugal poderá celebrar casamento homossexual em condições de perfeita igualdade relativamente aos cidadãos portugueses. Assim o determina o quadro do direito geral de circulação

9 Cf. O trabalho realizado pelo Mestre em Direito Dr. António de Sousa Frada, *Celebração de casamentos homossexuais por estrangeiros em Portugal – Uma singularidade portuguesa in Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º13, 2010, páginas 33 a 55.

e residência¹⁰.

4. O Divórcio – O divórcio por mútuo consentimento – alargamento das competências das conservatórias do Registo Civil

O casamento entendido como um contrato – como a nossa lei o define – parece corresponder às exigências das sociedades contemporâneas, marcadas por uma progressiva laicização, por uma acentuada mobilidade geográfica das pessoas, por um individualismo infrene, por uma maior liberalização dos costumes, pelo acesso generalizado dos dois sexos a graus cada vez mais elevados de escolaridade, pela entrada da mulher no mercado de trabalho, por um estatuto jurídico e sociológico de igualdade entre os sexos, pela procura, por parte de ambos os sexos, de uma carreira profissional, do sucesso e da felicidade.

É a partir dos anos 70 do século XX que o casamento passa a constituir, cada vez mais, um ato de escolha individual, com base em vínculos afetivos, tal conduzindo a uma maior instabilidade matrimonial, instabilidade que se torna irremediável quando se constata que o desejo e a felicidade são impossíveis de alcançar com a pessoa com quem se casou.

Há autores que afirmam que o casamento baseado no amor torna, de forma algo paradoxal, uma associação mais volátil, estando cada vez mais o divórcio implícito na própria ideia de casamento.

De facto, o legislador, pressionado pelas estatísticas da divorcialidade, cedeu em muito na matéria atinente ao divórcio e ao seu processo.

O divórcio por mútuo consentimento, que se caracteriza, enquanto processo de jurisdição voluntária, pela inexistência de conflito entre as partes, é relativamente recente nas conservatórias do Registo Civil.

Surge como reflexo da desjudicialização, que de forma paulatina, mas segura, se foi processando no que concerne a esta matéria a partir do ano de 1995, mais concretamente a partir de 15 de setembro (cfr. o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho), data que representa, indubitavelmente, um marco importante na vida das conservatórias do Registo Civil e, por inerência, dos próprios cidadãos.

Com efeito, com o início de vigência deste diploma, foram atribuídas novas funções aos conservadores do Registo Civil e, entre elas, surge o processo de divórcio por mútuo consentimento, que passou a poder ser instaurado nas

10 Diga-se que, com a assinatura do tratado de Maastricht, foi instituída uma nova e marcante evolução do Direito da União Europeia: Todos os nacionais de Estado-Membro são, em virtude, do artigo 20.º do Tratado da EU, cidadãos da União Europeia e todos os cidadãos europeus gozam do direito de circular e permanecerem livremente no território dos Estados Membros, sendo esse direito diretamente invocável contra os Estados Membros.

conservatórias do Registo Civil, mediante requerimento dirigido ao conservador da área de residência de um dos cônjuges e assinado por ambos ou pelos seus procuradores (artigo 271.º). Todavia, para além desta regra de competência territorial, uma outra, de competência em razão da matéria, limitava os poderes do conservador, na medida em que a decisão, da sua exclusiva competência (artigo 272.º, n.º 4), estava confinada àqueles casos em que não havia filhos do casamento ou, havendo-os, já se encontrava regulado o exercício do poder paternal.

Essa limitação manteve-se com o Decreto-Lei n.º 36/97, de 31 de janeiro, que alterou o Código do Registo Civil, pelo que o legislador teve como preocupação apenas a alteração da competência territorial, facultando aos cônjuges a escolha da conservatória por onde poderia correr o seu processo de divórcio ou de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento – “é competente a conservatória do registo civil da *área de residência de qualquer dos cônjuges ou outra por ambos expressamente designada.*” – Artigo 271.º, n.º 2.

Desde 1 de janeiro de 2002, o processo de divórcio por mútuo consentimento passou a ser da competência exclusiva das conservatórias do registo civil nos termos do Decreto-Lei n.º 272/2001 de 13 de outubro, excetuando os casos de conversão de divórcio litigioso (cf. os artigos 22º e 12º, nº 1, alínea b) do referido Decreto-Lei), sendo que a tramitação processual se encontra regulada no artigo 14º do mesmo diploma (cf. ainda o artigo 1776º).

O legislador, pelo Decreto-Lei ora referido, veio estabelecer que tal divórcio consensual pode ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo. A exigência legal de um período mínimo de duração do casamento para a formação consciente e madura da decisão de dissolução do casamento deixou de contar nos propósitos do legislador.

O Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, conferiu ainda às conservatórias de Registo Civil competência para receber, tramitar e decidir processos de jurisdição voluntária, como sejam:

- A atribuição de – alimentos a filhos maiores e da casa de morada da família;
- A privação e autorização de apelidos de atual ou anterior cônjuge;
- A conversão da separação em divórcio, desde que se verifique ser a vontade das partes conciliáveis – cf. alíneas a) e e) do n.º 1 do seu artigo 5.º. Esta competência não é, porém, exclusiva dos conservadores.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, trouxe alterações consideráveis:

- a) Promoção da mediação familiar – o artigo 1774.º, do Código Civil, impõe aos tribunais e às conservatórias do Registo Civil o dever de informar os cônjuges da existência do Sistema de Mediação familiar.

- b) Abandono da tentativa de conciliação – ao promover o Sistema de Mediação Familiar, a nova lei abandonou a tentativa de conciliação que estava prevista no artigo 1774.º, do Código Civil. A tentativa de conciliação já só se encontra prevista para as situações de divórcio sem consentimento.
- c) Relevância dos acordos – requisito de competência das conservatórias do Registo Civil. Na vigência da lei anterior, a existência dos acordos quanto ao exercício das responsabilidades parentes, destino da casa de morada de família e alimentos entre os ex-cônjuges, era um requisito do deferimento do pedido de divórcio. Nos termos da lei nova a apresentação dos acordos é apenas requisito de competência das conservatórias do Registo Civil. Quer isto dizer que o legislador quis respeitar a vontade dos cônjuges em dissolver o casamento. Deste modo, sempre que os cônjuges estejam de acordo acerca do divórcio, mas não consigam chegar a acordo sobre os temas referidos, o processo pode entrar no tribunal. O juiz decretará o divórcio por mútuo consentimento depois de ter determinado as consequências do divórcio que os cônjuges não conseguiram combinar.
- d) A nova figura do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges – esta figura substituiu o divórcio litigioso, com o objetivo de desdramatizar o divórcio.
- e) Diminuição de prazos – os prazos fixados nas alíneas a), c) e d), do artigo 1781.º, do Código Civil, foram reduzidos:
 - Separação de facto ou a alteração das faculdades mentais não carecem de durar três anos, mas apenas um;
 - A ausência sem notícias não precisa de durar por dois anos, mas só por um;
- f) Alargamento dos fundamentos do divórcio – a lei adotou claramente a ideia de divórcio-rutura ao determinar que a dissolução do casamento pode sempre fundar-se na rutura definitiva do matrimónio e que essa rutura pode ser demonstrada através da prova de quaisquer factos – alínea d), do artigo 1781.º, do Código Civil.
- g) Abandono da declaração de culpa.
- h) No que respeita às consequências do divórcio, destacamos, entre outras, não menos importantes, a
 - Cessaçã da afinidade;
 - Irrelevância da culpa para regular as questões de natureza patrimonial;
 - Partilha dos bens – se o casamento anterior terminar por divórcio, a partilha é feita segundo o regime da comunhão de adquiridos;

- Responsabilidades parentais depois do divórcio – trataremos este item de forma autónoma.

5. As responsabilidades parentais – atribuição de novas competências às conservatórias do registo civil

Em Portugal, este instituto sofreu uma evolução desde o direito romano, no qual, inicialmente, revestia a natureza de uma *patria potestas* que se exercia, quer sobre os filhos, quer sobre a mulher (que estava também sob a *manus* do *pater familias*), quer ainda sobre todos os que constituíam o agregado familiar, sendo, assim, um poder absoluto e perpétuo do homem, pai e marido.

O Código de Seabra de 1867 estabelecia, no seu artigo 137.º, que competia aos pais reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os seus bens, determinando ainda que o complexo destes direitos constituía o poder paternal.

Por seu turno, o artigo 140.º estatua que os pais deviam dar aos filhos os necessários alimentos e ocupação conveniente, conforme as suas posses e estado. A lei estipulava então um regime de exercício manifestamente desigual, dando-se especial prevalência à autoridade paterna.

Com efeito, segundo o artigo 138.º do referido Código, as mães participavam do poder paternal e deviam ser ouvidas em tudo o que dizia respeito aos interesses dos filhos, mas era ao pai que especialmente competia, durante o matrimónio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dele. Só no caso de ausência ou de outro impedimento do pai é que a mãe faria as suas vezes (artigo 139.º).

O Código Civil de 1966, na sua versão original, consagrou orientação semelhante à acolhida pelo diploma de 1867, pese embora tivesse introduzido modificações ao nível da inserção sistemática do instituto, passando a configurá-lo como um dos efeitos da filiação, integrado, portanto, no Livro da Família.

A natureza e conteúdo do poder paternal vinham definidos no artigo 1879.º: compete a ambos os pais a guarda e a regência dos filhos menores não emancipados com o fim de os defender, educar e alimentar; pertencendo também aos pais representar os filhos, ainda que nascituros, e administrar os seus bens.

Mais uma vez, a repartição dos poderes de exercício do poder paternal assentava no modelo patriarcal, competindo especialmente ao pai, como chefe da família, a grande parte desses poderes e recaindo sobre a mãe poderes meramente consultivos e de substituição das funções parentais do marido, na impossibilidade de este as exercer.

A Reforma do Código Civil, levada a efeito pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 15 de novembro, institucionalizou a faceta funcional do chamado “poder paternal”, tendo passado de poder (direito) a função (dever) e de poder exclusivo

do pai a autoridade conjunta do pai e da mãe.

Na parte que agora nos importa, ou seja, no que tange ao sistema que a lei institui para o exercício das responsabilidades parentais em caso de dissociação familiar (divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento e separação de facto), há que assinalar dois diplomas que vieram alterar alguns artigos do Código Civil, basilares nesta matéria.

Falamos da Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, que permitiu a opção dos pais pelo exercício em comum do poder paternal (não confundível com a guarda conjunta), e da Lei n.º 59/99, de 30 de junho, que deu nova redação ao artigo 1906.º do CC, colocando como regime-regra o exercício conjunto do poder paternal e como regime subsidiário o exercício unilateral ou singular.

Finalmente, refira-se que a Lei n.º 61/2008, ao rever o regime jurídico do divórcio, procedeu também a alterações no regime do exercício das hoje responsabilidades parentais.

Na exposição de motivos do projeto que esteve na origem do diploma, lê-se:

“O projecto que se apresenta propõe o desaparecimento da designação “poder paternal” substituindo-a de forma sistemática pelo conceito de “responsabilidades parentais”. Na mudança de designação está obviamente implícita uma mudança conceptual que se considera relevante. Ao substituir uma designação por outra muda-se o centro da atenção: ele passa a estar não naquele que detém o “poder” – o adulto, neste caso – mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças.

Esta mudança pareceu essencial por vários motivos.

Em primeiro lugar, a designação anterior supõe um modelo implícito que aponta para o sentido de posse, manifestamente desadequado num tempo em que se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos.

É certo que em direito de família o poder paternal sempre foi considerado um poder/dever, mas esta é uma especificação técnica que desaparece no uso quotidiano, permitindo-se assim que na linguagem comum se façam entendimentos e conotações antigas e desajustadas.

Em segundo lugar, é vital que seja do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e, portanto, a partir da responsabilidade dos adultos, que se definam as consequências do divórcio.

Também assim se evidencia a separação entre relação conjugal e relação parental, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda.

Por outras palavras, o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente, se forem impedidos de manter as relações afectivas e as lealdades tanto com as suas mães como com os seus pais.

Vale a pena sublinhar, por último, que a designação agora proposta acompanha as legislações da maioria dos países europeus que já há muito a consagram.

Acresce ainda que neste projecto se introduz um novo artigo prevendo punição para o incumprimento do exercício das responsabilidades parentais que passa a ser considerado crime de desobediência.

Novamente assim se pretende sublinhar que o Estado deve, através dos vários meios ao seu alcance, assegurar a defesa dos direitos das crianças, parte habitualmente silenciosa neste tipo de diferendos entre adultos, sempre que estes não cumpram o que ficar estipulado.

A imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais para as decisões de grande relevância da vida dos filhos decorre ainda do respeito pelo princípio do interesse da criança.

Também aqui se acompanha a experiência da jurisprudência e a legislação vigente em países que, por se terem há mais tempo confrontado com o aumento do divórcio, mudaram o regime de exercício das responsabilidades parentais da guarda única para a guarda conjunta.

Isso aconteceu por terem sido verificados os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afectivo com os seus filhos.”

Com efeito, a Lei n.º 61/2008, dá uma nova redação ao artigo 1906.º, do Código Civil,

“1. As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2. Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

3. O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabem ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

4. O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu

exercício.

5. O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.

6. Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais, assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

7. O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles».

A nova redação do citado artigo 1906.º, do Código Civil, obrigou a alterações dos modelos de averbamentos que se encontram inseridos na base de dados do registo civil (SIRIC) relativos ao exercício das responsabilidades parentais a constar do registo de nascimento.

Mais recentemente, a Lei n.º 5/2017, de 2 de março, veio estabelecer o regime da regulação das responsabilidades parentais, por mútuo acordo, junto das conservatórias do registo civil, em caso de separação de facto e dissolução de união de facto, e ainda entre pais não casados nem unidos de facto.

É de notar que esta faculdade já estava disponível, aos pais casados que se pretendessem divorciar e pretendessem regular por mútuo acordo o exercício de responsabilidades parentais de filhos menores, desde 2008, em que os mesmos podiam submeter junto da Conservatória de Registo Civil o acordo de regulação das responsabilidades parentais, ao abrigo das disposições do Código Civil. Tal faculdade é agora estendida aos pais que pretendam a separação de facto ou pais que vivam em união de facto e pretendam dissolver tal união, e ainda em relação aos pais não casados nem unidos de facto, podendo requerer a regulação das responsabilidades parentais, ou requererem a alteração de acordo já homologado, junto da Conservatória, desde que, quanto aos termos dessa regulação/alteração, estejam de acordo.

O requerimento a apresentar – pelos pais ou respetivos procuradores – junto da Conservatória, deverá ser acompanhado do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais e sobre alimentos. Deverão estar previstas no acordo, entre outras questões indispensáveis para o futuro do menor, a fixação do exercício das responsabilidades parentais, residência do menor, regime de visitas, obrigação de alimentos e forma de os prestar – em suma, todas as questões relevantes e condições necessárias ao saudável crescimento e desenvolvimento da personalidade e identidade pessoal do menor.

Sobre o objeto desta Lei n.º 5/2017, de 2 de março, dita o seu artigo 1.º que “*A presente lei estabelece o regime de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo junto das Conservatórias do Registo Civil em caso de separação de facto e de dissolução de união de facto, bem como entre pais não casados, nem unidos de facto, procedendo à alteração do Código Civil (...) e do Código do Registo Civil (...)*”.

A alteração ao Código Civil versa sobre os artigos 1909.º - “*Separação de facto*”, 1911.º - “*Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges*”, e 1912.º - “*Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges*”.

Tendo sido ao Código do Registo Civil aditados os artigos 274.º-A a 274.º-C, que estabelecem a tramitação do processo.

Com esta alteração à lei substantiva e à lei adjetiva, podem os progenitores em situação de separação de facto, ou de dissolução de união de facto, ou não casados ou não unidos de facto, caso pretendam, “*regular por mútuo acordo o exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores de ambos, ou proceder à alteração de acordo já homologado, requerê-lo a todo o tempo junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, nos termos do disposto nos artigos 274.º-A a 274.º-C, do Código do Registo Civil, ou requerer a homologação judicial de acordo de regulação das responsabilidades parentais nos termos previstos no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro*” – atual redação do n.º 2 do artigo 1909.º e, por remissão, o n.º 2 do artigo 1911.º e n.º 2 do 1912.º, todos do Código Civil – permitindo aos progenitores optarem pela instauração do processo na conservatória ou no tribunal.

Da leitura do indicado artigo 274.º-A, do Código do Registo Civil, resulta que os progenitores, qualquer que seja a sua situação vivencial, podem junto de qualquer conservatória do registo civil, requerer a homologação ou alteração de acordo do exercício das responsabilidades parentais de seus filhos menores.

No âmbito da desjudicialização que o legislador tem vindo a empreender nesta matéria, na prática, com esta nova Lei, podem ser configuradas três situações:

– Requerimento inicial de homologação de acordo do exercício das responsabilidades parentais pode ser apresentado pelos progenitores referidos no artigo 1.º da Lei n.º 5/2017, de 2 de março, em qualquer conservatória do registo civil – artigos 1909º, n.º 2, 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 2, do Código Civil (CC) e 274.º-A, n.º 1, do Código do Registo Civil (CRC) – ou no tribunal da residência da criança no momento em que o processo foi instaurado – artigos 1909º, referido, 3.º, alínea c), 6.º, 7.º, 8º e 9.º da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC);

– Requerimento de alteração de acordo já homologado pela Conservatória

do Registo Civil pode ser apresentado pelos progenitores indicados no aludido artigo 1.º, da Lei n.º 5/2017, em qualquer conservatória do registo civil – artigos 1909.º, n.º 2, 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 2, do CC e 274.º-A, n.º 1 do CRC – ou no tribunal – artigos 1909.º, n.º 2, do CC e 42.º n.ºs 1 e 2, alínea a), do RGPTC;

– Requerimento de alteração de acordo já homologado pelo tribunal pode ser apresentado pelos progenitores indicados no aludido artigo 1.º, da Lei n.º 5/2017, de 2 de março, em qualquer conservatória do registo civil artigos 1909.º, n.º 2, 1911.º, n.º 2 e 1912.º, n.º 2, do CC e 274.º-A, n.º 1, do CRC – ou no tribunal – artigos 1909.º, n.º 2, do CC e 42.º n.ºs 1 e 2, alínea a), do RGPTC.

6. A adoção por casais do mesmo sexo

Em 2016, Portugal passou a ser um dos 25 países a nível mundial em que a adoção é legal, independentemente da orientação sexual do casal, assim o determinou a Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro.

Esse diploma foi vetado pelo Presidente da República a 25 de Janeiro, com o argumento de que a adoção por casais do mesmo sexo não foi antecedida de um debate público suficientemente amplo, e considerava ainda estar “*por demonstrar*” que estas medidas legais “*promovam o bem-estar da criança*”.

A 10 de fevereiro, a Assembleia da República confirmou a lei da adoção por casais do mesmo sexo por maioria absoluta (137 votos a favor, 73 votos contra e 8 abstenções), obrigando assim o Presidente da República a promulgá-la.

A Lei n.º 2/2016, alterou o Código do Registo Civil, aditando um n.º 3, ao artigo 1.º, nos termos do qual, “*Quando os sujeitos da relação jurídica de filiação, adoção ou apadrinhamento civil estejam casados ou unidos de facto com pessoa do mesmo sexo, os assentos, averbamentos ou novos assentos de nascimento no registo civil são efetuados de forma idêntica à prevista nas leis em vigor para casais de sexo diferente.*”

A alteração implicou novos modelos de assentos, designadamente do registo de nascimento, bem como dos modelos de averbamento, constantes da base de dados do registo civil (SIRIC).

7. Apadrinhamento Civil – desinstitucionalização de crianças e jovens

“*As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições*” – artigo 69.º, da Constituição da República Portuguesa.

A institucionalização de crianças e jovens constitui um problema em

qualquer sociedade contemporânea ainda que meramente transitória enquanto se procuram outras alternativas com vista a integrar aquelas crianças e jovens numa nova família, num novo lar que se mostre adequado ao seu pleno desenvolvimento.

Não obstante a existência de diversas medidas que o sistema prevê e, falamos aqui, entre outras, de apoio juntos dos pais, apoio junto de outro familiar, apoio para autonomia de vida, acolhimento familiar, acolhimento em instituição e confiança administrativa a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, as mesmas ainda não lograram obter os efeitos desejados porque, se assim fosse o número de crianças que permanecem em instituições de acolhimento por longos períodos de tempo não seria tão elevado.

Nesta medida, foi necessário criar um novo instituto capaz de fazer face às situações das crianças e jovens com mais idade porque geralmente são as que têm mais dificuldades para serem adotadas. É aqui que surge o apadrinhamento civil como uma nova medida tutelar cível.

O fundamento que se encontra na génese do instituto do apadrinhamento civil respeita à necessidade de desinstitucionalizar crianças e jovens, face à constatação de institucionalizações demasiado prolongadas ou até mesmo eternas. Falamos de casos em que as crianças ou os jovens não se enquadram na sua família biológica, não reúnem as condições para se tornarem adotáveis ou, reunindo-as, nunca o venham a ser efetivamente – (cf. a parte preambular do Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro).

O apadrinhamento civil, segundo o regime jurídico vigente em Portugal, é uma providência tutelar cível, aplicável num processo especial tutelar cível obedecendo ao disposto nos artigos 1.º, 3.º, alínea k) e 66.º, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, com entrada em vigor em 08 de outubro de 2015 e tendo como regime jurídico específico as disposições da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, com as alterações da Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro e a regulamentação estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27 de outubro.

De acordo com o estatuído no artigo 2.º, da Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, são três os seguintes traços caracterizadores daquele instituto:

- Relação jurídica de caráter tendencialmente permanente;
- Relação afetiva entre uma criança ou um jovem e uma pessoa singular ou família que exerça os poderes e deveres dos próprios progenitores;
- Relação jurídica constituída por homologação ou decisão judicial e sujeita a registo civil.

Note-se, porém, que o apadrinhamento civil não visa romper os laços com a família biológica, ao invés, promove a sua coexistência a par com a relação

afetiva que se estabelece com os padrinhos – (cf. O artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 103/2009, já identificada).¹¹

Na doutrina encontramos duas grandes linhas de entendimento. Por um lado, há os autores que defendem que a relação afetiva que se estabelece com o apadrinhamento civil é uma relação familiar a par das elencadas no artigo 1576.º, do Código Civil. Entre os autores que defendem esta posição encontramos Jorge Duarte Pinheiro que afirma expressamente “*a exigência de intervenção estatal para constituição e revogação do vínculo, a duração (que ultrapassa o período de menoridade do afilhado) e a finalidade de integração familiar (do afilhado junto dos padrinhos) permite considerar o apadrinhamento civil uma nova relação familiar inominada (a par da filiação por consentimento não adoptivo)*”.¹²

Por outro lado, outros autores entendem que estamos perante uma relação quase familiar ou para familiar. Ana Rita Alfaiate e Geraldo Rocha Ribeiro afirmam “*que o apadrinhamento constitui uma relação jurídica quase-familiar, porquanto os laços de solidariedade que lhe subjazem se mantêm para lá da maioridade do afilhado, sendo mais que um mero instituto de suprimento da incapacidade por menoridade*”^{13/14}.

Por conseguinte, o apadrinhamento civil constitui um novo projeto de vida para a criança ou jovem, que não pode ser adotado, mas também não pode voltar para junto da sua família.

Do nosso ponto de vista, salvo melhor opinião, o apadrinhamento civil surge como instituto subsidiário da adoção. Note-se que o padrinho é mais do que um tutor (artigos 7.º, n.º 3, 21.º, 24.º e 25.º da Lei n.º 103/2009).

Diga-se que na exposição de motivos da proposta de Lei n.º 340/XII, que deu lugar à Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, o legislador reconhece que os objetivos da adoção restrita podem ser prosseguidos através do apadrinhamento

11 Crê-se que dessa forma o projeto de vida que venha a ser definido para aquela criança ou jovem será mais vantajoso porque contará com a colaboração de todos aqueles que são os diretos interessados na harmonia, no bem-estar e na felicidade do jovem. Tanto é assim que se abre a possibilidade de serem os próprios pais da criança ou do jovem a pedir a constituição deste vínculo. Estamos, desta forma, perante uma figura de consenso.

12 Jorge Duarte Pinheiro, O direito da família contemporâneo, 3ª edição, Quid Juris, Lisboa, AAFDL - Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011, pág. 772

13 In “Reflexões a propósito do apadrinhamento civil”, Revista do CEJ 1 (2013), pág. 120.

14 Também Sandra Passinhas e Helena Bolieiro e Paulo Guerra sustentam esta posição. Para aqueles autores “O apadrinhamento civil cria uma relação para-familiar a meio caminho entre o regresso à família biológica e a adopção”. Cfr. Sandra Passinhas, “O apadrinhamento civil: uma nova figura no Direito Português”, Revista Fórum de Direito Civil – RFDC 1 (2012) e Helena Bolieiro e Paulo Guerra, in “A criança e a família – uma questão de direito(s). Visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens

civil, pelo que se eliminou a modalidade da adoção restrita¹⁵.

Fora do âmbito do apadrinhamento civil, refira-se que a última alteração legislativa com reflexos no Código do Registo Civil, aconteceu com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que criou o regime jurídico do maior acompanhado, eliminando os institutos da interdição e da inabilitação, previstos no Código Civil, e procedeu a várias alterações no Código do Registo Civil, de forma a substituir o instituto da interdição e da inabilitação pelo “acompanhamento de maior”.

8. Conclusão

Portugal à semelhança dos demais países da Europa tem trilhado o movimento das ideias que abalaram os padrões antigos do comportamento individual e familiar, que segmentaram a sociedade numa pluralidade de modelos e, no limite, aceitam que cada indivíduo e cada família viva a vida a seu modo. Os movimentos sociais do individualismo, da privatização do amor e da vida familiar, têm levado a comunidade jurídica a discutir a necessidade da intervenção legitimadora do Estado. E hoje questiona-se a própria necessidade de um direito da família total.

Na esteira do Professor Guilherme de Oliveira somos em crer que o futuro do direito da família tenderá a tornar-se fragmentário, pronto para regular aspetos seleccionados como mais importantes, ou de interesse público, que sobram de uma privatização crescente da vida familiar, abandonando-se o chamado “*panjurisme*” iluminista”, que impunha a regulação de todos os aspetos da vida familiar.

Estamos certos que o registo civil acompanhará também esta tendência continuando na senda da desformalização e na aproximação ao cidadão.

15 “(...). Elimina-se, por outro lado, a modalidade de adoção restrita. Também aqui a comissão avaliou os vínculos constituídos nos últimos 10 anos, tendo concluído que as situações de facto subjacentes se constituíam como ideais para aplicação da providência tutelar cível de apadrinhamento civil. (...)”.

**BREVES NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO DE MUDANÇA DA
MENÇÃO DO SEXO E DE ALTERAÇÃO DO NOME NO REGISTO
CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS.
DA LEI N.º 7/2001, DE 15 DE MARÇO,
À LEI N.º 38/2018, DE 7 DE AGOSTO**

Emília de Fátima Ferreira da Rocha Ramos de Paiva
*Conservadora no Departamento dos Assuntos dos Registos e do Notariado,
Direcção dos Serviços de Assuntos da Justiça, RAEM*

Resumo: Este artigo versa sobre o procedimento de mudança da menção do sexo e de alteração do nome próprio no registo civil no ordenamento jurídico português. Para o efeito, analisamos a solução preconizada no ordenamento português antes da existência de um regime jurídico regulador sobre a matéria. De seguida, procedemos à análise da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, que representou um passo decisivo para o reconhecimento jurídico da identidade de género, às pessoas que manifestassem uma identificação de género não sintónica com o sexo atribuído à nascença possibilidade de proceder à mudança do sexo e de nome próprio no registo civil, mediante a apresentação de um relatório comprovativo daquela perturbação, sem necessidade de propor uma acção judicial. Finalmente, apreciamos a Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, que constitui uma verdadeira mudança de paradigma, ao afirmar o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à protecção das características sexuais de cada pessoa como um direito fundamental, contrariando um passado de patologização das pessoas desviadas do marcador do sexo ou género binário concebido como natural.

Palavras-chave: Transexualidade; nome; mudança da menção de sexo; identidade de género; procedimento; registo civil.

1. Introdução. Delimitação do problema

No domínio do registo civil português, como, aliás, sucede na generalidade dos sistemas registais civis, o nascimento constitui um facto juridicamente relevante, surgindo em primeiro lugar no elenco dos factos sujeitos a registo civil (obrigatório), conforme prevê a al. a) do n.º 1 do art. 1.º do Código do Registo Civil português (CRCiv). Em matéria de registo de nascimento, a lei exige que o respectivo assento deve conter, entre outros elementos, o nome próprio e o sexo (als. a) e b) do n.º 1 do art. 102.º do CRCiv). Estas exigências fundam-se, desde logo, na necessidade de afirmação, no plano registal, do direito à identidade pessoal, constitucionalmente protegido¹. No entanto, a conformação jurídico-constitucional do direito à identidade pessoal tem hoje um sentido e alcance que não pode ser adequadamente perspectivado sem se lançar mão, também, de um entendimento actualista de uma das suas vertentes: a identidade sexual².

Tradicionalmente³, o sexo e o nome atribuídos à nascença eram tendencialmente imutáveis, apenas se admitindo a sua alteração em sede de rectificação de registo, de natureza administrativa ou judicial, o que sucedia, por exemplo, nos casos de manifesto erro de grafia ou de desconformidade do assento com o título que lhe serviu de base⁴. Se relativamente ao sexo, a sua alteração apenas poderia ocorrer no quadro de *rectificação de registo* ou, sendo esta judicial, no âmbito do correspondente *processo de justificação judicial*⁵, no que respeita ao nome, as normas do registo civil previam já um desvio à tendencial imutabilidade do nome, ao prever expressamente a possibilidade de alteração do nome fixado

1 Em sede de direitos, liberdades e garantias pessoais, prevê o n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa que “*a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*”.

2 Sobre o direito à identidade pessoal e o seu significado jurídico-constitucional, cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 463 e Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 285.

3 Sem pretender, na economia do presente trabalho, proceder a uma análise histórico-evolutiva do registo civil português, toma-se como referência, nesta perspectiva tradicional, o Código do Registo Civil português de 1978, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 51/78, de 30 de Março.

4 Sobre a rectificação de registo, cfr. os arts. 115.º e 116.º do Código do Registo Civil português de 1978 e os arts. 92 e ss. do CRCiv vigente.

5 Cfr. os arts. 299.º e ss. do Código do Registo Civil português de 1978 e os arts. 233.º e ss. do CRCiv vigente.

no assento de nascimento⁶.

Sendo certo que a determinação do sexo, por ocasião do nascimento, é feita, na esmagadora maioria dos casos, sem recurso a quaisquer exames médicos e procede de uma mera observação empírica dos órgãos genitais da criança, correspondendo o sexo constante do assento de nascimento ao resultado de tal observação, são hoje inquestionáveis duas realidades cuja consideração nesta sede é de extrema importância e em relação às quais, por se enquadrarem no domínio das ciências médicas e/ou psicológicas, não pretendemos ir além da sua mera enunciação. Em primeiro lugar, é possível realizar – actualmente de modo tecnicamente bastante evoluído – operações médico-cirúrgicas de mudança de sexo. Em segundo lugar, pode suceder que uma pessoa não se identifique com o sexo atribuído à nascença, quer tenha ou não realizado qualquer operação médico-cirúrgica de mudança de sexo quer pretenda ou não vir a realizá-la.

Ao exposto acresce a incontornável afirmação internacional do direito à identidade de género. A este propósito, cumpre notar que a Organização Mundial de Saúde reviu, em 2018, a Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde – CID 11, publicada em 18 de Junho de 2018 e que veio alterar a CID-10 de 1990⁷, procedendo à extinção do diagnóstico de “*perturbação de identidade de género*”. Até aqui, todos aqueles que não se identificassem com o sexo atribuído à nascença eram considerados doentes mentais, de acordo com a classificação da OMS até então em vigor. Com esta decisão histórica, estes diagnósticos deixaram de ser considerados diagnósticos de saúde mental e passaram a ser considerados condições relativas à saúde sexual⁸. De referir ainda, que a identidade de género é juridicamente reconhecida em diversos países do mundo⁹.

Igualmente que a dignidade da pessoa humana e a não discriminação imposta pelo princípio da igualdade, cuja afirmação foi proclamada, por exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 2.º) e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (arts. 2.º e 26.º), têm hoje uma densificação que salvaguarda a orientação sexual e identidade de género, para

6 Cfr. o art. 129.º do Código do Registo Civil português de 1978 e o art. 104.º do CRCiv vigente.

7 Cada país deve até 1 de Janeiro de 2022 adoptar a nova Classificação Internacional de Doenças (CID).

8 Anteriormente, já a Resolução do Parlamento Europeu, de 28 de Setembro de 2011, sublinhava a necessidade da OMS “*retirar os transtornos de identidade de género da lista de transtornos mentais e comportamentais e a velar por uma reclassificação não patologizante nas negociações sobre a 11.ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças (CID-11)*”.

9 Para uma visão global, cfr. a informação veiculada pela *Transgender Europe*, acessível em <https://tgeu.org>.

o que contribuiu a proclamação dos Princípios de *Yogyakarta*¹⁰, adoptados na sequência de uma reunião de peritos realizada na cidade com o mesmo nome, na Indonésia, de 6 a 9 de Novembro de 2006, relativos à aplicação das convenções internacionais de direitos humanos sobre orientação sexual.

Foi justamente neste sentido que Portugal aprovou recentemente a Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, estabelecendo o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à protecção das características sexuais de cada pessoa, bem como o reconhecimento jurídico da identidade de género, o qual pressupõe, nos termos da lei, *“a abertura de um procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, mediante requerimento”* (art. 6.º, n.º 1). Na verdade, como se pode ler na proposta de lei¹¹ que conduziu à aprovação da lei actualmente em vigor, *“o paradigma até agora orientado para uma perspectiva de patologização mental das pessoas desviadas do marcador do sexo ou género binário concebido como natural (masculino/feminino ou homem/mulher), promotor de uma estigmatização social, passou a centrar a atenção na situação social e legal destas pessoas, enquanto membros de uma sociedade com direitos iguais aos dos demais membros e no contexto de uma universalidade dos direitos humanos, afirmando a autodeterminação de género de cada pessoa como um direito humano fundamental e uma parte imprescindível do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”*.

Antes, porém, da entrada em vigor da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, o legislador português tinha já criado, pela primeira vez, um procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil, através da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março. Contudo, esta lei, que também alterou o Código do Registo Civil português, foi revogada pela Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, com excepção do seu art. 5.º, justamente a disposição que introduziu alterações ao CRCiv.

A Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, marca, deste modo, uma viragem decisiva no reconhecimento jurídico da identidade de género no ordenamento jurídico português, designadamente no quadro do registo civil, quer por introduzir expressamente o conceito de mudança de sexo no CRCiv¹², quer por criar, pela primeira vez no direito português, um procedimento específico de mudança de sexo e de nome próprio, quer, ainda, por tal procedimento ter lugar no registo civil e não no tribunal.

A originalidade do regime jurídico instituído pelo legislador português em 2011, designadamente o procedimento de mudança de sexo e de nome no

10 A este propósito, cfr. <https://yogyakartaprinciples.org>.

11 Proposta de Lei n.º 75/XIII.

12 Cfr. os arts. 69.º, n.ºs 1, al. o), e 4, al. a), 70.º, n.º 1, al. i), 104.º, n.º 2, al. g), 123.º, n.º 1, 214.º, n.º 3, e 217.º, n.º 5, todos do CRCiv.

registo civil, deixa já antever que no período anterior à entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, não previa o Direito positivo português qualquer solução normativa que respondesse aos problemas juridicamente relevantes colocados pela afirmação da identidade de género e à correspondente necessidade de mudança do sexo, *rectius*, da sua menção no registo civil e da correspondente alteração no nome próprio.

É justamente do procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio que trataremos de seguida, não procurando escarpelizar todas as dimensões daquele procedimento, mas antes destacar alguns aspectos do regime vigente no direito português que nos parecem relevantes, fazendo igualmente uma breve referência ao regime criado em 2011, bem como à colocação do problema no período anterior à entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março.

2. O problema no período anterior à entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março

Conforme acima notámos, antes da entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, o ordenamento jurídico português não previa qualquer norma que regulasse a mudança de sexo no registo civil e a correspondente alteração de nome próprio. Tal não significa, porém, que tal mudança de sexo não pudesse ocorrer.

A falta de um regime jurídico regulador do problema em apreço colocava, desde logo, a questão de saber se era, ou não, admissível lograr alcançar a mudança de sexo no registo civil.

Alguma jurisprudência rejeitava determinadamente a mudança de sexo, por entender que tal corresponderia a uma ofensa aos bons costumes e, por isso, juridicamente inadmissível. Nesta linha de entendimento, não apenas o reconhecimento jurídico da mudança de sexo era ofensivo dos bons costumes, como não se consideravam conformes aos bons costumes os próprios processos cirúrgicos e hormonais conducentes à mudança de sexo. Neste exposto sentido se pronunciou o Acórdão da Relação de Lisboa, de 6 de Outubro de 1986, no qual se pode ler que “*O homem que, mediante operações cirúrgicas e alterações no aspecto psicológico e social ganha a aparência e comportamento de mulher, não consegue, apesar disso, transformar-se em mulher, já que não passa a ter aptidão para engravidar ou manter relações sexuais em condições idênticas às de qualquer mulher. A designada mudança de sexo, por processos cirúrgicos e hormonais é cientificamente um erro e um contra-senso, pois se procura adaptar um corpo sexuado e uma função sexual normais a uma identificação errada e identidade falsa; trata-se de um psiquismo doente, deformando o corpo à doença. Não existe lacuna da lei na não permissão de declaração judicial de mudança de*

sexo, com alteração do assento de nascimento; e, mesmo que se admita que ela exista, o caso não pode ser resolvido no sentido afirmativo, por integração nos termos do artigo 10 do Código Civil, já que não pode considerar-se conforme os bons costumes a auto-mutilação e esterilização operada. O sexo constitui elemento fundamental da identidade, respeitando ao estado das pessoas, inserido, portanto, no âmbito dos direitos indisponíveis, pelo que não são conformes à ordem jurídica quaisquer actuações tendentes a alterá-lo ou desfigurá-lo”.

Contrariamente, admitindo-se a possibilidade de proceder à mudança de sexo no registo civil, colocava-se, ainda assim, a questão de saber através de que meio ou processo o interessado poderia concretizar a sua pretensão.

Num primeiro momento, a mudança de sexo foi tratada em termos registais com recurso ao processo de justificação judicial, com vista à rectificação de registo. No entanto, sobretudo a partir do Acórdão da Relação de Évora, de 31 de Janeiro de 1980¹³, passou a entender-se que a declaração de que alguém, depois de ter mudado de sexo por operação, é de sexo diferente daquele que consta no registo, tem lugar por meio de uma acção de estado. Conforme se refere no citado acórdão, *“não há lugar ao processo de justificação judicial (por não ser caso de rectificação de qualquer inexactidão, deficiência ou irregularidade constantes do registo), mas a uma acção de estado, com processo ordinário, quando se pretende, com o processo, a declaração de uma alteração do sexo posterior ao registo (por motivo de intervenção cirúrgica), com a consequente alteração no registo”.*

A jurisprudência considerava ainda que, na falta de uma norma que regulamentasse a transexualidade e a mudança de sexo, se estaria perante uma verdadeira lacuna, tendo aplicação o disposto no art. 10.º do Código Civil português, respeitante à integração das lacunas da lei.

Assim, não estando a transexualidade regulamentada na ordem jurídica, e na falta de caso análogo haveria que *“tratá-la segundo a norma que o intérprete criaria se houvesse que legislar dentro do espírito do sistema”*¹⁴. Como refere o Acórdão da Relação de Lisboa, de 22 de Junho de 2004¹⁵, *“por não existir obstáculo negativo à mudança de sexo, para que o registo continue a cumprir o seu papel de dar publicidade aos factos relevantes da sã convivência social, por forma verdadeira, entende-se que se observa o espírito do sistema criando uma norma que permita a alteração do assento de nascimento, por averbamento, no que se refere ao requisito especial do sexo, sempre que ocorra mudança físico-anatómica do sexo da pessoa cujo nascimento foi anteriormente registado”.*

Ora, dando cumprimento ao disposto no n.º 3 do art. 10.º do Código Civil

13 Cfr. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 293, de Fevereiro de 1980.

14 Acórdão da Relação de Lisboa, de 5 de Abril de 1984.

15 Acessível em: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/0/2334dbc0a7d80b7d80256f7100530dcc?OpenDocument>.

português, nos termos do qual “*na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema*”, a norma que maioritariamente foi aplicada pelos tribunais ao abrigo desta faculdade correspondia ao seguinte: “*Toda a pessoa que pertença fisicamente a um sexo, mas sinta psicologicamente que pertence ao oposto, e tendo ajustado de forma irreversível a sua morfologia a esse sexo, seja maior, não casada, esteja impossibilitada de procriar, e seja considerado necessário e pertinente para um equilíbrio psíquico-social da mesma, pode requerer a alteração da inscrição do sexo no seu assento de nascimento*”.

3. A necessidade de criação de um procedimento específico no domínio do registo civil

Como vimos, não existindo qualquer norma que regulasse o reconhecimento jurídico da identidade de género, este reconhecimento só era alcançável pelo recurso à via judicial, mediante uma acção de estado, cujo o único objectivo por parte dos interessados era a obtenção de uma decisão judicial que se limitaria a confirmar o diagnóstico científico de perturbação de identidade de género.

Todo este percurso até à obtenção da decisão que permitiria alterar a menção do sexo no registo civil constituía para os interessados um longo e penoso processo, durante o qual o livre desenvolvimento da sua personalidade e dignidade eram altamente condicionados, pelo que, até à entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, por não existir até então no ordenamento jurídico português nenhuma norma que previasse a alteração do sexo no registo civil, o julgador, em face de situações concretas sobre as quais era chamado a julgar, integrava a lacuna da lei, convocando a norma prevista no n.º 3 do artigo 10.º do Código Civil Português.

Ora, ao deixar ao julgador a possibilidade de este criar a norma, que como legislador, dentro do espírito do sistema, ele formularia para o tipo de casos em que a hipótese omissa se integra, esta possibilidade acarretaria, eventualmente, a prolação de decisões díspares perante quadros factuais semelhantes, por divergirem os critérios de razoabilidade de homem para homem, tornando-se inevitável a disparidade de interpretações, comprometendo assim a desejada segurança e certeza jurídicas.

Até à entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, a decisão proferida no âmbito desta acção de estado era o documento que, no registo civil, baseava a feitura do averbamento de alteração da menção do sexo, com a consequente alteração de nome próprio. No entanto, tal como referido anteriormente, uma vez que esta acção se limitava a reconhecer os relatórios médicos apresentados e a confirmar através de uma sentença o diagnóstico científico de perturbação

de identidade de género, constituía uma clara violação da autodeterminação da identidade de género, na medida em que pressupunha sempre a alteração física do seu autor.

Face a todos estes constrangimentos e por não se justificar o recurso a uma acção judicial a todos aqueles que pretendessem alterar o sexo no registo civil, impunha-se a necessidade de previsão de um quadro jurídico que permitisse regular, de uma forma geral e abstracta, estas situações, de modo a permitir a todas as pessoas, cuja identidade e expressão de género não correspondia às normas e expectativas sociais convencionalmente associadas ao sexo atribuído à nascença, fazer corresponder a identidade no registo à identidade com que verdadeiramente se identificam e sem que tivessem de recorrer a uma acção de estado.

Perante este circunstancialismo, foi apresentada pelo XVIII Governo Constitucional a Proposta de Lei n.º 37/XI, que deu origem à Lei n.º 7/2011, de 15 de Março. Conforme se pode ler na referida proposta de lei, *“este novo procedimento justifica-se pelo facto de a solução actual para estes casos não ser a mais adequada, por razões de justiça e por este ser o caminho mais seguido a nível europeu. Em primeiro lugar, não faz sentido que as pessoas que queiram proceder a uma mudança de sexo e de nome próprio no registo civil tenham que propor uma acção em tribunal, que é o que sucede hoje em dia. Na verdade, nestas acções judiciais, o tribunal praticamente se limita a reconhecer os relatórios clínicos e a confirmar por sentença um diagnóstico científico. Desta forma, não se justifica obrigar as pessoas interessadas a propor acções em tribunal com os custos inerentes de tempo e dinheiro, bem como pelo desgaste psicológico envolvido. O procedimento criado através da presente Proposta de Lei visa permitir que as pessoas a quem foi diagnosticada uma perturbação de identidade de género possam alterar o seu sexo e o seu nome próprio no registo civil sem necessidade de propor uma acção judicial. Em segundo lugar, a solução adoptada pela presente Proposta de Lei é a que mais favorece uma vida condigna, equilibrada e de plena integração social às pessoas a quem tenha sido clinicamente diagnosticada uma perturbação de identidade de género”*.

4. O procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil criado pela Lei n.º 7/2011, de 15 de Março

A Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, criou o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil e procedeu às alterações ao CRCiv impostas pela criação daquele procedimento. Já vimos que esta lei representou um passo decisivo para o reconhecimento jurídico da identidade de género no direito português e trouxe a problemática da mudança de sexo e de nome próprio

para o registo civil, através da criação de um procedimento cujo pedido, instrução e decisão têm a sua sede na conservatória do registo civil. Foquemos, então, a nossa atenção no procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil criado pela Lei n.º 7/2011, de 15 de Março.

A Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, tem apenas seis artigos, sendo um deles respeitante às alterações introduzidas ao CRCiv. Nos demais, a lei trata da *natureza* do procedimento, da *legitimidade* para requerer o procedimento, do *pedido* e da respectiva *instrução* e da *decisão*, dispondo ainda, em sede de disposições finais, que se aplica a todos os pedidos de mudança de sexo efectuados a partir da sua entrada em vigor, independentemente da existência de processos judiciais pendentes ou de ter havido decisão judicial sobre a matéria em data anterior à entrada em vigor da lei e que “*o Estado Português reconhece a alteração de registo do sexo efectuada por pessoa de nacionalidade portuguesa que, tendo outra nacionalidade, tenha modificado o seu registo do sexo perante as autoridades desse Estado*” (art. 6.º).

No que respeita à *natureza* do procedimento, estatui o n.º 2 do art. 1.º que o procedimento de mudança de sexo e de alteração de nome próprio no registo civil tem natureza secreta, solução que se compreende, atentos os interesses que estão em causa, a sensibilidade da matéria e, sobretudo, a salvaguarda da reserva da intimidade da vida privada, cuja protecção tem, aliás, assento constitucional¹⁶.

De acordo com o art. 2.º, em matéria de *legitimidade*, é exigida a verificação cumulativa de quatro requisitos: 1) o procedimento apenas pode ser requerido por pessoas de nacionalidade portuguesa, 2) que sejam maiores de idade, 3) que não se mostrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica¹⁷ e 4) a quem seja diagnosticada perturbação de identidade de género.

Nos termos do n.º 1 do art. 3.º, o *pedido* de mudança de sexo e de alteração de nome no registo civil pode ser apresentado em qualquer conservatória do registo civil, não valendo, também quanto a esta matéria, competência territorial das conservatórias do registo civil.

Em matéria de *instrução* do pedido, exige o n.º 1 do art. 3.º a apresentação de dois documentos: um requerimento de alteração de sexo e um relatório clínico. No requerimento deve o interessado indicar o seu número de identificação civil, bem como o nome próprio pelo qual pretende vir a ser identificado, podendo, desde logo, solicitar a realização de novo assento de nascimento. Relativamente

16 Cfr. o n.º 1 do art. 26.º da Constituição da República Portuguesa.

17 De acordo com o art. 23.º da Lei 49/2018, de 14 de Agosto que criou o regime jurídico do maior acompanhado, “*Todas as referências legais a incapacidades por interdição ou por inabilitação, que não tenham sido expressamente alteradas pela presente lei, são havidas como remissões para o regime do maior acompanhado, com as necessárias adaptações*”.

ao relatório clínico que comprove “o diagnóstico de perturbação de identidade de género, também designada como transexualidade” deve ser elaborado por equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, nacional ou estrangeiro, e ser subscrito por pelo menos um médico e um psicólogo.

De acordo com o n.º 1 do art. 4.º, a *decisão* do pedido compete ao conservador do registo civil e deve ser proferida no prazo de oito dias, podendo o conservador tomar uma de três decisões: 1) decidir favoravelmente o pedido e realizar o respectivo averbamento e, se tiver sido requerida, a realização de um novo assento de nascimento; 2) solicitar o aperfeiçoamento do pedido, devendo o pedido ser decidido no prazo de oito dias a contar da apresentação dos elementos adicionais; ou 3) rejeitar o pedido, quando este manifestamente não se coadunar com as normas aplicáveis.

Atento este quadro normativo, cumpre sublinhar alguns aspectos relevantes.

Como vimos, a mudança de sexo pode ser requerida em qualquer Conservatória do Registo Civil, devendo o pedido ser instruído com requerimento no qual o requerente formula a intenção de alterar o sexo, com indicação do nome próprio pelo qual este pretende vir a ser identificado, solicitando ou não a realização de um novo assento, devendo o requerente juntar igualmente relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género.

Esta exigência imposta pelo legislador – instrução do pedido com um relatório clínico, composto por uma equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica e subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo – resulta da necessidade de comprovar o diagnóstico de perturbação de identidade de género, pois carecem de legitimidade, nos termos da referida lei, todos aqueles a quem não tenha sido diagnosticada a perturbação de identidade de género.

No entanto, a obrigatoriedade de apresentação de um relatório clínico suscitou algumas dificuldades práticas, atendendo à diversidade de conteúdo dos documentos apresentados aos conservadores como relatório de diagnóstico, o que conduziu à necessidade de explicitar e concretizar o conceito de relatório médico referido na al. b) do n.º 1 do art. 3.º da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março.

Neste sentido, o Conselho Técnico do Instituto dos Registos Notariado, procurando resolver as dificuldades suscitadas em sede de apreciação e análise dos relatórios apresentados deliberou, entre outros aspectos, o seguinte: “*Em Portugal, o relatório clínico elaborado por equipa multidisciplinar, subscrito por médico e psicólogo (art.º 3.º n.º 2 da Lei mencionada), segue o modelo acordado entre a Ordem dos Médicos e as equipas multidisciplinares de sexologia clínica existentes em Portugal, no sector público e privado, constantes da lista apresentada pela Ordem, ambos anexos à presente deliberação. O relatório elaborado por entidade estrangeira para a mesma finalidade, deve obedecer ao formalismo da Lei n.º*

7/2011, isto é, deve ser subscrito pelo menos por um médico e um psicólogo de equipa clínica multidisciplinar de sexologia clínica em estabelecimento de saúde público ou privado, e reconhecido como tal no país de origem”¹⁸.

Relativamente aos relatórios elaborados por estabelecimentos de saúde públicos ou privados nacionais e com o intuito de minimizar as dificuldades sentidas na aplicação da lei, foi elaborado pela Ordem dos Médicos um modelo de relatório e uma lista de profissionais capacitados para assinar os relatórios. No entanto, as dificuldades subsistiam quanto aos relatórios elaborados por estabelecimentos de saúde estrangeiros, dada a ausência de uma listagem que atestasse a idoneidade, quer dos estabelecimentos, quer dos subscritores dos relatórios.

Assim, impondo-se que na análise dos meios de prova e dos documentos juntos fosse usada a mesma exigência de rigor, foi deliberado¹⁹, quanto aos relatórios elaborados por estabelecimentos estrangeiros, que estes teriam de conter os requisitos exigidos pela Lei n.º 7/2011, ou seja, teriam de provar não só o diagnóstico de perturbação de identidade de género, como deveriam estar assinados pelo menos por um médico e por um psicólogo, devendo o requerente apresentar prova da idoneidade do estabelecimento público ou privado e dos profissionais que subscrevem o relatório, em conformidade com o estabelecido no art. 348.º do Código Civil português²⁰, sem embargo de o conservador, quanto à prova da idoneidade do estabelecimento ou dos subscritores do relatório, poder solicitar informações, requisitar documentos ou determinar outras diligências que considere necessárias, ao abrigo do disposto no art. 227.º do CRCiv²¹.

No entanto, não constituindo a lista de clínicos habilitados, em si mesma, um requisito legal, era entendido por alguns que tal lista não poderia constituir fundamento para a rejeição de pedidos instruídos com relatórios emitidos por médicos não constantes das listagens elaboradas pela Ordem dos Médicos.

Uma vez feito o diagnóstico de perturbação de identidade de género e formulado o pedido na Conservatória do Registo Civil, o conservador dispunha de oito dias a contar da data da apresentação do pedido para o decidir favoravelmente, para solicitar o seu aperfeiçoamento ou para rejeitar o pedido, dispondo de mais

18 Deliberação, em sessão do Conselho Técnico de 29 de Junho de 2011 e aprovada pelo Presidente do Instituto dos Registos e Notariado, em 4 de Julho de 2011, no âmbito do P.º CC 29/2011 SJC CT.

19 Deliberação, no âmbito do P.º CC 69/2011 SJC.

20 Nos termos do art. 348.º do Código Civil português aquele que invocar direito estrangeiro deve provar a sua existência e conteúdo.

21 De acordo com aquele parecer, não obstante o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil não configurar um dos processos privativos do registo civil, deverá ser aplicado o disposto no art. 227.º, por estar em causa um processo da exclusiva competência das Conservatórias.

8 dias a contar da data da apresentação dos elementos adicionais para decidir, quando tenha sido solicitado o seu aperfeiçoamento.

Compreende-se a fixação de um prazo curto para a decisão do procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil. Com efeito, o legislador terá procurado evitar a marginalização e discriminação dos requerentes que ocorreria ou se poderia prolongar com a previsão de prazos mais alargados.

Decidindo favoravelmente o pedido, o conservador deveria averbar a mudança de sexo e de nome próprio ao assento de nascimento do requerente, nos termos da alínea o) do n.º 1 do art. 69.º do CRCiv, numa clara excepção ao princípio da imutabilidade do nome²², consagrado no art. 104.º do CRCiv, por admitir a alteração de nome próprio, sem necessidade prévia de autorização por parte do Conservador dos Registos Centrais, conforme resulta da alínea g) do n.º 2 do art. 104.º do CRCiv.

Cumpra ainda notar que, sendo o requerente casado e com filhos maiores, o averbamento da mudança de sexo e de alteração de nome próprio ao assento de casamento e ao assento de nascimento dos filhos maiores e do cônjuge só é possível mediante o consentimento destes, prestado perante oficial do registo civil ou por documento autêntico ou autenticado.

Em ordem a ocultar *o statu quo ante* e num claro respeito pela protecção de dados pessoais e pela reserva da intimidade da vida privada, o legislador veio alargar a previsão dos factos que podem conduzir à feitura de um novo assento, neles incluindo a mudança de sexo e a consequente alteração de nome próprio, os quais, uma vez efectuados os averbamentos respectivos, passaram a legitimar a feitura de um novo registo, com o consequente cancelamento do primitivo assento, de acordo com a previsão ínsita nos n.os 1 e 3 do art. 123.º do CRCiv, possibilitando desta forma aos interessados a ocultação da sua situação registal anterior.

Também com o propósito de salvaguardar a reserva da intimidade da vida privada, o legislador impossibilitou a extracção de certidões dos assentos onde se mostre averbada a mudança de sexo e consequente alteração de nome próprio, criando, por esta via, uma importante restrição à regra consagrada no art. 214.º do CRCiv, nos termos do qual qualquer pessoa tem legitimidade para requerer certidões de registo²³. Assim, nas situações em que se encontre averbada ao assento

22 Sobre este aspecto, sustenta Manuel Vilhena de Carvalho que “*a imutabilidade do nome deve ser encarada, porém, como mera tendência das legislações, já que se abrem sempre justificados desvios àquele princípio, desvios esses que, por excepcionais, se fazem rodear do rígido cumprimento de certas formalidades, devendo considerar-se ilícita – de um ponto de vista civil, como penal – a alteração de um nome fora dos casos que a lei admite*” (*Do Direito ao Nome*, Coimbra, Almedina, 1972, pág. 150).

23 Contrariamente ao previsto no ordenamento jurídico de Macau, em que apenas dispõe de legitimidade para requerer certidões quem revele um interesse legítimo e desde que especifique o fim a que as

– de nascimento ou de casamento – a mudança de sexo e consequente alteração de nome próprio, o legislador restringiu a legitimidade para requerer certidões, condicionando o seu acesso a requerimento do *próprio*, dos seus *herdeiros* ou das *autoridades judiciais ou policiais* para efeitos de investigação ou instrução criminal (art. 214.º, n.º 3, do CRCiv), reservando apenas a estes as informações constantes do assento primitivo, subtraindo ao público em geral a possibilidade de acesso a estes dados²⁴.

5. A Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto. O procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e a correspondente alteração de nome próprio como pressuposto do reconhecimento jurídico da identidade de género

A Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, pese embora o seu carácter inovador e a importância que assumiu ao criar o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil, rapidamente se tornou ultrapassada e retrógrada, desde logo por considerar a transexualidade como uma *perturbação de identidade de género* e, para além disso, por alicerçar todo o procedimento de mudança de sexo e de nome próprio na exigência de comprovação médica do diagnóstico daquela perturbação. Ora, não apenas a afirmação da identidade de género é incompatível com a ideia de patologização mental das pessoas cujo sexo atribuído à nascença não corresponde à sua identidade de género, como a própria Organização Mundial de Saúde deixou de considerar, em Junho de 2018, a não identificação com o sexo atribuído à nascença como uma doença mental, passando a considerar tal desencontro como uma condição relativa à saúde sexual.

Esta ideia nuclear é, aliás, reconhecida na própria Proposta de Lei n.º 75/XIII, que deu origem à Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto. Com efeito, nela se pode ler que *“não obstante, desde a entrada em vigor da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, mudanças significativas ocorreram a nível internacional no que*

mesmas se destinem, de acordo com o previsto no n.º 1 do art. 160.º do Código do Registo Civil de Macau.

24 Cfr. a deliberação, aprovada no âmbito do P.º CC 19/2013 STJ-CC, na qual se pode ler o seguinte: *“É ainda a protecção deste direito que constitui a ratio das normas excepcionais consagradas nos n.ºs 3 e 6 do artigo 214.º do Código do Registo Civil, com a nova redacção que lhes foi dada pelo artigo 5.º da Lei supracitada, aplicáveis por isso, por interpretação extensiva, aos assentos novos resultantes da mudança de sexo e da alteração de nome próprio, sempre que aqueles, em face das circunstâncias do caso concreto, não salvaguardem em absoluto a privacidade do registado”* e ainda *“Daí que a legitimidade para requerer certidões de cópia integral ou fotocópias destes assentos novos se restrinja ao próprio, aos seus herdeiros ou às autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal”*.

se reporta à linguagem, conceitos e definições nas áreas da transexualidade e do transgênero e no entendimento quanto ao seu enquadramento clínico. Tais alterações levaram, inclusivamente, à consensualização de que as categorias de diagnóstico existentes quanto a esta matéria são um obstáculo ao pleno gozo dos direitos humanos das pessoas que manifestem uma identificação de gênero não sintônica com o sexo que lhe foi atribuído à nascença”.

Refere ainda a Proposta de Lei n.º 75/XIII que “*neste contexto, a solução encontrada através da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, tornou-se não só contrária ao modelo que se tem vindo a definir de despatologização mental das pessoas cujo sexo atribuído à nascença é incongruente com a sua identidade de gênero mas, também, redutora face à atual realidade social, a qual tem vindo a apontar para uma maior inclusão da diversidade de gênero e da diversidade das características sexuais das pessoas, por forma a converter o tratamento dessa diversidade numa questão de direitos humanos, com a necessidade prática de garantir que o processo de reconhecimento jurídico da identidade de gênero não exclua nenhuma pessoa que dele necessite”.*

Assim, a Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, veio revogar a Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, com excepção do seu art. 5.º. Isto é, da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, apenas continuou a vigorar um dos seus artigos, justamente o art. 5.º, o qual tinha como objecto a alteração ao Código do Registo Civil. Vistas as coisas de uma outra perspectiva, o procedimento criado em 2011 foi revogado e, no seu lugar, passou a aplicar-se o procedimento previsto na Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto.

Sendo certo que a Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, prevê igualmente um procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e de alteração de nome próprio como pressuposto do reconhecimento jurídico da identidade de gênero, a verdade é que o objecto desta lei tornou-se muito mais abrangente. Deste modo, dispõe o seu art. 1.º, respeitante ao objecto da lei, que “*a presente lei estabelece o direito à autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero e o direito à protecção das características sexuais de cada pessoa”.*

Com efeito, a Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, para além de prosseguir o *reconhecimento jurídico da identidade de gênero*, através do referido procedimento (arts. 6.º a 10.º), afirma a *autodeterminação da identidade de gênero e expressão de gênero* através do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa de acordo com a sua identidade e expressão de gênero (art. 3.º), da proibição de discriminação (art. 2.º) e da protecção das características sexuais (art. 4.º), estabelece *medidas de protecção* em matéria de saúde (art. 11.º), educação e ensino (art. 12.º) e prevê *meios de defesa*, em matéria de resolução alternativa de litígios (art. 13.º), de responsabilidade civil (art. 14.º), de protecção contra actos de retaliação (art. 15.º) e de direitos processuais das associações e organizações não-governamentais

de defesa e promoção do direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género (art. 16.º).

A Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, trata o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração do nome próprio num capítulo autónomo, designado “*reconhecimento jurídico da identidade de género*”. Este capítulo é composto por cinco artigos, um respeitante ao *procedimento* (art. 6.º), outro à *legitimidade* (art. 7.º), outro ao *requerimento* (art. 8.º), outro à *decisão* (art. 9.º) e, finalmente, um artigo relativo aos *efeitos* (art. 10.º).

Cumpra desde já notar que, contrariamente ao que sucedia no quadro da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, o procedimento previsto na Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, não se destina à *mudança de sexo* no registo civil, mas sim à *mudança da menção do sexo* no registo civil. Na verdade, o que verdadeiramente está em causa não é uma mudança de sexo, mas tão só, a alteração da referência que a ele se faz no registo civil.

De acordo com o previsto no art. 6.º, o procedimento apenas tem início a requerimento do interessado (art. 6.º, n.º 1) e tem natureza confidencial, “*exceto a pedido da própria pessoa, dos seus herdeiros, das autoridades judiciais ou policiais para efeitos de investigação ou instrução criminal, ou mediante decisão judicial*” (art. 6.º, n.º 2). Inovadora é a limitação da apresentação de novo requerimento de mudança da menção do sexo no registo civil e a consequente alteração de nome próprio, o qual apenas pode ser apresentado mediante autorização judicial (art. 6.º, n.º 3).

No que respeita à legitimidade, a lei de 2018 consagra uma solução muito diferente daquela que foi prevista em 2011. Assim, em lugar do diagnóstico da perturbação de identidade de género, passam a ter legitimidade para requerer o procedimento as pessoas cuja identidade de género não corresponda ao sexo atribuído à nascença. Para além disso, se no quadro da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, apenas tinham legitimidade os maiores de idade, com a nova lei passou a admitir-se a possibilidade de as pessoas de nacionalidade portuguesa e com idade compreendida entre os 16 e os 18 anos poderem requerer o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, através dos seus representantes legais. Nestes casos, deve o conservador “*proceder à audição presencial do requerente, por forma a apurar o seu consentimento expresso, livre e esclarecido, mediante relatório por este solicitado a qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos, que ateste exclusivamente a sua capacidade de decisão e vontade informada sem referências a diagnósticos de identidade de género, tendo sempre em consideração os princípios da autonomia progressiva e do superior interesse da criança constantes na Convenção sobre os Direitos da Criança*” (art. 7.º, n.º 2). Ainda em matéria de legitimidade, prevê o n.º 3 do

art. 7.º que o procedimento pode igualmente ser requerido pela pessoa intersexo a partir do momento que se manifeste a respectiva identidade de género.

Relativamente ao requerimento, merece destaque a proibição de realização de qualquer menção à alteração do registo no novo assento de nascimento, caso venha a ser solicitada a sua realização (art. 8.º).

Em matéria de decisão, prevê o art. 9.º, n.º 1, que o conservador, verificados os requisitos de legitimidade, realiza o respectivo averbamento no prazo de oito dias úteis e, se for o caso, um novo assento. Inovador, nesta sede, é o previsto no n.º 2 do art. 9.º, de acordo com o qual “*nenhuma pessoa pode ser obrigada a fazer prova de que foi submetida a procedimentos médicos, incluindo cirurgia de reatribuição do sexo, esterilização ou terapia hormonal, assim como a tratamentos psicológicos e ou psiquiátricos, como requisito que sirva de base à decisão referida no número anterior*”. Sendo a decisão desfavorável, cabe recurso hierárquico para o Presidente do Instituto dos Registos e Notariado (art. 9.º, n.º 3).

Finalmente, a mudança da menção do sexo no registo civil e a consequente alteração de nome próprio tem os seguintes efeitos: a) não prejudica os direitos constituídos e obrigações jurídicas assumidas anteriormente à mudança, permanecendo inalteradas todas as relações jurídicas anteriores; b) impõe o reconhecimento nos documentos de identificação das pessoas que viram a sua identidade de género reconhecida, com o nome e sexo neles constantes e c) impõe à pessoa que procedeu à mudança o dever de dar início às alterações necessárias à actualização dos seus documentos de identificação no prazo máximo de 30 dias a contar do averbamento.

Enunciados os traços essenciais do procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio, mediante requerimento, previsto na Lei n.º 38/2018, cumpre, também aqui, realçar alguns aspectos relevantes.

Na linha do diploma anterior, também a lei de 2018 veio regular as situações em que existe uma não conformidade de género, ou seja, quando o sexo biológico não é consistente com o género da pessoa, ficando, no entanto, o reconhecimento jurídico da identidade de género dependente apenas de uma decisão individual, sem qualquer dependência da avaliação por parte de terceiros, numa verdadeira manifestação do direito à autodeterminação de cada um.

Neste contexto, no sentido da despatologização da perturbação de identidade de género e num claro respeito pela autonomia e autodeterminação da identidade de género e expressão de género, eliminou-se na lei vigente a necessidade de apresentação de um relatório que comprove o diagnóstico de perturbação de identidade de género, por se entender, que a de um relatório está intrinsecamente associada a uma ideia de patologização, mas igualmente que ao fazer-se depender a mudança de sexo da apresentação de um relatório clínico não

se estaria a proteger a autonomia ou a autodeterminação das pessoas transexuais no reconhecimento legal da sua identidade, atribuindo aos profissionais de saúde a função de *gatekeeping* no reconhecimento legal do género, numa interligação/dependência entre o processo legal e o processo clínico, que desaparece na Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto. De facto, com este diploma o reconhecimento jurídico da identidade de género deixa de estar na dependência de qualquer relatório médico, bastando-se apenas com o requerimento do próprio, verificando-se uma verdadeira cisão entre a esfera jurídica e a esfera médica – só possível pela eliminação da necessidade de apresentação de qualquer relatório médico – o exercício do direito à autodeterminação, pois ninguém melhor do que o próprio sabe quem é e o que é, pelo que manter o paradigma da patologização das pessoas desviadas do marcador do sexo ou género binário, para além de contrariar as recomendações internacionais, mostra-se contrário à afirmação dos direitos fundamentais da identidade e expressão de género.

A Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, veio ainda pôr termo a outra das críticas apontadas à Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, ao permitir o reconhecimento jurídico da identidade de género a menores, com idade compreendida entre os 16²⁵ e os 18 anos de idade, ampliando a legitimidade até então conferida apenas aos maiores de idade²⁶. Assim, quanto ao reconhecimento jurídico da identidade de género, a lei prevê que aqueles menores possam requerer o procedimento de mudança da menção do sexo no registo civil e da conseqüente alteração de nome junto da conservatória, através dos seus representantes legais, devendo o conservador proceder à audição presencial do menor, por forma a apurar o seu consentimento *expresso, livre e esclarecido*, mediante relatório subscrito por médico²⁷ que ateste a sua capacidade de decisão e vontade informada, sem qualquer referência a diagnósticos de identidade de género. A necessidade de apresentação deste relatório foi introduzida na sequência do veto presidencial à proposta inicial, pelo que, contrariamente ao inicialmente proposto, ficou consagrado na lei que as pessoas entre os 16 e 18 anos que pretendam proceder à mudança da menção do sexo no registo civil deverão instruir o processo com

25 A opção do legislador de fixar a idade mínima nos 16 anos encontra paralelo no domínio dos direitos de autodeterminação e autorregulação, designadamente no domínio dos actos pessoais, como a capacidade para contrair casamento e para perfiar, como tradução da autonomia dos menores no exercício dos seus direitos de personalidade.

26 A proposta do grupo parlamentar do Bloco de Esquerda admitia expressamente a possibilidade de alteração de género a menores de dezasseis anos de idade, através dos seus representantes legais. Esta não foi, no entanto, a posição sufragada pelo legislador.

27 No art. 7.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, refere-se expressamente que o relatório poderá ser subscrito por qualquer médico inscrito na Ordem dos Médicos ou psicólogo inscrito na Ordem dos Psicólogos.

relatório médico, não como forma de diagnosticar uma patologia – tanto mais que a lei expressamente refere que não poderá constar do referido relatório qualquer referência a diagnósticos de identidade de género – mas, ao invés, porque havendo a possibilidade de intervenção cirúrgica para mudança de sexo e tratando-se de uma intervenção que supõe sempre um juízo clínico, pareceu sensato ao legislador, na sequência das considerações formuladas pelo Presidente da República Portuguesa, que, relativamente aos menores, o requerimento se fizesse acompanhar de um parecer.

A Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, veio ainda garantir a todas as pessoas o direito a manter as características sexuais primárias e secundárias, proibindo – salvo em situações de comprovado risco para a sua saúde – os tratamentos e as intervenções cirúrgicas, farmacológicas ou de outra natureza que impliquem modificações ao nível do corpo e das características sexuais do menor intersexo²⁸ até ao momento em que se manifeste²⁹ a sua identidade de género e a partir do qual poderá requerer o procedimento de mudança da menção de sexo no registo civil e da consequente alteração de nome próprio. Esta garantia está em clara harmonia com aquele que tem vindo a ser o entendimento recente de que as cirurgias que afectem os órgãos sexuais devem ser diferidas para a idade a partir da qual a pessoa intersexual já pode decidir livremente por si. No entanto, uma das dificuldades apontadas nesta sede é, justamente, a falta de previsão de critérios que permitam aferir do momento em que, relativamente às pessoas intersexo, se manifesta a sua identidade de género.

Contrariamente ao consagrado noutros ordenamentos jurídicos, o legislador português optou por não admitir a inscrição no registo de um *terceiro género* ou de *sexo indeterminado*³⁰, mantendo, assim, o binarismo masculino feminino, embora admitindo, no caso dos intersexuais, a sua alteração posterior.

Diferentemente da lei anterior, o legislador de 2018 sentiu necessidade de prever uma norma que consagrasse, de modo expresso, a protecção das características sexuais primárias e secundárias de cada pessoa, face à

28 Pessoas cujas características sexuais incorporam ambos ou certos aspectos da fisiologia masculina e da feminina, por terem nascido com uma anatomia reprodutiva ou sexual que não se encaixa na definição típica de sexo feminino ou masculino.

29 Uma das críticas já apontadas a este diploma diz respeito à circunstância de não prever como e a quem compete fazer a avaliação da manifestação da identidade de género, nem indicar quais os critérios que devem presidir a tal avaliação.

30 A título de exemplo, refira-se o caso da Austrália, que desde 2014 passou a admitir o registo do sexo, segundo uma de três categorias: masculino, feminino e inespecífico ou indeterminado. Também o Tribunal Constitucional da Alemanha, por decisão de 9 de novembro de 2017, veio considerar discriminatória a não admissão de um terceiro género, reconhecendo assim a existência de géneros que vão além do binário masculino ou feminino.

constatação da diversidade de práticas, por parte dos médicos, conducentes à emissão do relatório durante a vigência da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março. De facto, se por um lado alguns médicos que emitiam o relatório no momento em que o diagnóstico era feito, outros faziam depender a emissão do relatório de tratamentos prévios, com base em critérios que se estendiam para além do diagnóstico, não cumprindo, assim, as *guidelines* internacionais nesta matéria, com a grave consequência de sujeitar estas pessoas a tempos muito elevados de espera para obtenção do relatório previsto na alínea b) do artigo 3.º daquela lei, tanto mais que nem todas as situações em que existe uma não conformidade de género conduzem forçosamente a uma necessidade de correcção permanente, modificando a sua aparência física através da submissão a tratamentos e procedimentos de reatribuição sexual.

Relativamente às decisões proferidas em ordenamentos jurídicos estrangeiros, estipulava o n.º 2 do art. 6.º da Lei 7/2011, de 15 de Março, que “*o Estado Português reconhece a alteração de registo do sexo efectuada por pessoa de nacionalidade portuguesa que, tendo outra nacionalidade, tenha modificado o seu registo do sexo perante as autoridades desse Estado*”, sem que resultasse inequívoca a forma de reconhecimento desta decisão no ordenamento jurídico português. Assim, ao abrigo da lei anterior, o nacional português que tivesse efectuado a alteração de sexo perante as autoridades de outro país (restringindo esta possibilidade apenas aos nacionais portugueses, que detivessem outra nacionalidade para além da portuguesa e cujo procedimento tivesse sido realizado perante as autoridades do outro país do qual era nacional) poderia solicitar o reconhecimento daquela decisão estrangeira, ao abrigo do n.º 2 do art. 6.º. No entanto, não se pronunciava a lei sobre a forma de reconhecimento desta decisão. Deveria ser reconhecida de forma automática, de modo a permitir que a decisão estrangeira pudesse produzir efeitos sem necessidade de um procedimento prévio de revisão e confirmação da referida sentença ou, ao invés, o reconhecimento desta decisão estrangeira estaria dependente de um processo prévio de revisão e confirmação³¹? Sobre esta questão, não obstante resultar do art. 7.º do CRCiv que as decisões estrangeiras que versem sobre matéria relativa ao estado ou à capacidade das pessoas apenas podem ser registadas depois de revistas e confirmadas, foi emitido parecer pelo Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e Notariado, em face da inexistência de tratado, convenção, regulamento comunitário ou lei especial que vincule o Estado português a reconhecer, sem qualquer formalidade, a decisão estrangeira, reafirmando a

31 De salientar, no entanto, que esta revisão visa tão só verificar o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 980.º do Código de Processo Civil português, sendo meramente formal e não pressupondo a apreciação e análise do mérito da decisão revidenda.

necessidade, no âmbito desta matéria de as decisões estrangeiras serem revistas e confirmadas previamente ao seu ingresso no registo civil. No que respeita ao reconhecimento de decisões estrangeiras, no mesmo sentido do parecer acima referido, prevê o n.º 4 do art. 6.º da Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto, que “*a decisão final sobre a identidade de género de uma pessoa, proferida por uma autoridade ou tribunal estrangeiro, de acordo com a legislação desse país, é reconhecida nos termos da lei*”. Relativamente a esta redacção, duas notas se impõem: por um lado, o facto de o reconhecimento deixar de estar dependente da circunstância decisão ser proferida no quadro de um ordenamento do qual o nacional português seja também ele nacional, admitindo agora o legislador o reconhecimento de decisão proferida por um ordenamento jurídico do qual não seja nacional. Por outro lado, a norma passou a ser expressa quanto à forma de reconhecimento, afastando expressamente o reconhecimento automático, por estarem em causa decisões sobre interesses privados, impondo-se a revisão e confirmação para que se possa reconhecer no estado do foro, os efeitos que lhe cabem no estado de origem, salvaguardada que esteja a existência de qualquer tratado ou convenção internacional sobre a matéria.

O procedimento tendente ao reconhecimento jurídico da identidade de género tem início mediante requerimento do próprio, com indicação do nome pelo qual o requerente pretende vir a ser identificado, podendo solicitar de imediato a realização de um novo assento, com o conseqüente cancelamento do assento primitivo, sem que possa ser feita qualquer menção à alteração do registo. Relativamente a este aspecto, cumpre referir que, não obstante a Lei n.º 7/2011, de 15 de Março, não fazer menção expressa ao procedimento dos serviços no momento da elaboração do novo assento, foi prática seguida pelos conservadores durante a vigência daquela lei proceder ao lançamento de uma cota de referência no novo assento, o que permitia aos serviços fazer a ligação entre o novo assento e o assento primitivo, prática esta que, ao abrigo da parte final do artigo 8.º da lei vigente, não poderá ser mantida.

A nova lei constituiu, assim, uma verdadeira mudança de paradigma, estabelecendo o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e à protecção das características sexuais de cada pessoa, entendendo-se a *identidade de género* como a experiência de género sentida de forma individual por cada pessoa, que pode corresponder ou não ao sexo que lhe foi designado à nascença, podendo ou não inserir-se no binarismo de género (feminino/masculino) e a *expressão de género* como a forma como as pessoas manifestam a sua identidade de género, podendo ou não corresponder à sua identidade de género, procedendo assim, mais do que a uma simples mudança de nomenclatura ou linguagem, a uma clarificação de que os diagnósticos especificamente respeitante à transexualidade não se referem à identidade das pessoas, mas

antes a um estado de sofrimento clinicamente relevante, contrariando desta forma um passado de patologização daqueles cujo sexo atribuído à nascença difere da sua identidade de género, num claro respeito pela dignidade humana.

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

QUALIDADE - INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE - DO ÁRBITRO PARA ASSEGURAR A CONFIANÇA NO INSTITUTO DA ARBITRAGEM: ANÁLISE COMPARATIVA DO SISTEMA JURÍDICO DE PORTUGAL E DE MACAU*

Hoi In Ng**

Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito,
Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo: A arbitragem é uma ordem jurídica autónoma, dentro da ordem jurídica do Estado, com a finalidade de manter a sua autonomia e independência, assim como o sucesso da arbitragem, depende da confiança do seu regime, e, a boa qualidade dos árbitros proporciona a confiança do instituto da arbitragem quer para as partes quer para o público. A dissertação analisa os requisitos essenciais dos árbitros – *independência* e *imparcialidade*. Para isso, a lei portuguesa impõe uma série de deveres e de obrigações, vg., o dever de revelação ou as responsabilidades dos árbitros. Em regra, o árbitro não é um profissional, ele é escolhido pelas partes quando estas confiam na sua capacidade ou qualificação de resolver a causa, é necessário que haja um conhecimento básico e senso prático da arbitragem dos árbitros, a fim de evitar a invalidade do processo e da decisão arbitral por causa de irregularidades na composição do tribunal arbitral, em que está integrado um árbitro parcial ou dependente. Considerando a importância do papel do árbitro no processo arbitral, parece que ele tem de ter a capacidade ou qualidades mínimas, tal como a exigência dos mediadores no processo da mediação, assim, estudamos a possibilidade da profissionalização do árbitro, como um juiz-segundo para exercer

* Doutoranda do Curso de Doutoramento em Direito, em Ciência Jurídico-Processuais, da Universidade de Coimbra; Advogada de JNV Advogados e Notários.

** Este artigo corresponde à dissertação do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra.

bem as suas funções e os poderes jurisdicionais, e elaborar as regras deontológicas gerais, designadamente para a arbitragem *ad hoc*, com o objectivo de regular os comportamentos e as actuações dos árbitros no processo arbitral.

Através desta dissertação, expõe-se a breve história da origem da arbitragem e do estatuto do árbitro, procurando demonstrar a garantia da independência e da imparcialidade dos árbitros, para termos uma perspectiva do desenvolvimento futuro e do papel activo do árbitro. Por outro lado, é interessante analisar a arbitragem no sistema jurídico de Macau, estudar por método comparado as semelhanças e diferenças do regime jurídico de Portugal (Europa - Ocidente) e de Macau (Ásia – Oriente) – comparação entre dois sistemas, partilham-se as suas experiências ou situações da prática do regime de arbitragem.

Palavras-chave: Qualidade de árbitro, independência, imparcialidade.

1. Introdução

Por que motivo estudar as qualidades dos árbitros, designadamente a sua independência e imparcialidade? Que interesse haverá na análise comparativa do sistema jurídico de Portugal e de Macau?

Independência (plano objectivo) e imparcialidade (plano subjectivo) – na ordem judicial arbitral em matéria civil e comercial, constituem os requisitos essenciais e inerentes à jurisdição da arbitragem e ao estatuto do árbitro.

Um aforismo na literatura arbitral diz “uma arbitragem vale aquilo que valer o árbitro”¹ (“*An arbitration is only as good as the arbitrator*”), os árbitros são os julgadores do tribunal arbitral, reconhecidos pela Constituição da República Portuguesa (“CRP”) como um titular a desempenhar e a exercer a função jurisdicional, presidem ao procedimento arbitral e proferem a decisão final – sentença arbitral – para resolver os conflitos das partes. Desempenham um papel e estatuto muito significativo no processo arbitral. Para obter um processo equitativo, são requisitos primordiais dos árbitros a sua independência e imparcialidade.

Uma outra expressão diz assim: O árbitro não deve apenas ser bom, mas deve ser visto como sendo bom (“*An arbitrator must not only be good, but*

1 Selma Ferreira Lemes, op. cit., p. 42; Thomas Clay, “*L’Arbitre*”, cit., p.11, “*tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage*”; René Daivd “*L’Avenir de l’Arbitrage*”, *International Arbitration: Liber Amicorum* for Martin Domke, Martinus Nijhoff, 1967.

should be seen to be good.”²), é muito importante que os árbitros mantenham a sua autonomia, neutralidade e objectividade em todo o processo arbitral. A relação de designação pelas partes não pode pôr em causa a sua imparcialidade e independência.

A falta da independência e imparcialidade dos árbitros, afectará, directamente, a eficácia e a validade do processo arbitral e da sua decisão final, resulta a causa da impugnação desta sua decisão, bem como pode ainda acarretar eventuais responsabilidades contra o árbitro visado. Geralmente, os árbitros não se responsabilizam por danos decorrentes das suas decisões – imunidade do árbitro.

Portanto, a ética dos árbitros é um tema muito relevante para aumentar a confiança na utilização do regime de arbitragem e para o seu desenvolvimento futuro, assim é preferível que ele adopte requisitos mínimos de comportamento ou de personalidade, estabelecendo uma regra geral de deontologia para todos os árbitros.

Quanto à segunda questão, a economia da República Popular da China (“China”) é a segunda maior do mundo, e Macau, que é uma das regiões administrativas especiais da China, desempenha o papel de Plataforma de Serviços para a Cooperação Comercial entre a China e os Países de Língua Portuguesa. Sob tal ambiente económico, Macau é como uma “porta” da China, e a ponte de ligação entre a China e Portugal/Europa, desempenhando um grande papel neste assunto, pelo que vale a pena analisar o sistema jurídico de Macau, designadamente, o seu regime da arbitragem.

2. Breve história do desenvolvimento da arbitragem e do estatuto do árbitro em Portugal

O primeiro Código Processo Civil (“CPC”) entrou em vigor em 1876, foi o primeiro diploma que começou a regular, sistematicamente, o procedimento arbitral³ em Portugal.

A constitucionalidade dos tribunais arbitrais, com a redacção introduzida no art.º 212.º, da Lei Fundamental Portuguesa, Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, levou o legislador português a criar em 1984 uma proposta de *<uma nova disciplina da arbitragem voluntária, que procurou adaptar o velho instituto às novas exigências modernamente registadas e atender a solicitações expressas a este respeito por vários sectores da vida económica nacional>*⁴.

2 “Justice must be done and must be seen to be done”, António Sampaio Caramelo, “O estatuto”, cit., p. 55.

3 Arts. 44.º a 58.º do Código Processo Civil de Portugal de 1876.

4 *Diário da Assembleia da República*, II Série, n.º 83, de 2/07/1986, p. 3196.

O DL n.º 243/84, de 17 de Julho, foi o primeiro texto jurídico autónomo que fixou o enquadramento legal da arbitragem e determinou o que poderia ser o objecto da convenção de arbitragem, todavia, foi declarada a inconstitucionalidade das normas do DL n.º 243/84, com força obrigatória pelo acórdão n.º 230/86 do Tribunal Constitucional, de 12 de Setembro de 1986.⁵

Logo depois, em 1986, foi aprovada uma nova regulamentação, a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto, Portugal tinha um diploma autónomo e um efectivo regime de arbitragem voluntária (“LAV antiga”), que revogou o título I do livro IV “Do tribunal arbitral voluntário” do CPC de Portugal de 1961. Depois, a LAV antiga foi alterada pelo DL n.º 38/2003, que consagrou com a nova redacção os respectivos arts. 11.º/3 e 12.º/4. No seu capítulo II, prevêem-se os árbitros e o tribunal arbitral, as questões cronologicamente anteriores ao desenvolvimento do processo arbitral – A LAV antiga teve uma influência considerável nos trabalhos preparatórios e na sistematização da Lei de Arbitragem Interna de Macau vigente.

Devido à publicação da Lei-Modelo UNCITRAL de 1985 (*United Nations Commission on International Trade Law*), o legislador português optou por elaborar um novo texto da regulamentação da arbitragem voluntária, que não poderia apenas traduzir meramente a Lei-Modelo para a nossa Lei de Arbitragem Voluntária, e deveriam ser introduzidas as alterações convenientes, segundo as particularidades culturais, a necessidade do ordenamento nacional e do próprio sistema jurídico.

Um Anteprojecto da Nova Lei de Arbitragem Voluntária foi preparado pela Associação Portuguesa de Arbitragem (“APA”) e a reforma da lei da arbitragem foi elaborada pelo Ministério da Justiça, até 2011, a LAV antiga foi revogada e substituída pela Lei n.º 63/2011 (“LAV”), de 14 de Dezembro. O presente texto da LAV regula de forma mais clara, do que o fazia a LAV antiga, o modo da constituição do tribunal arbitral, *consagrando a independência e a imparcialidade como requisitos indispensáveis dos árbitros*. Ainda mais, regula o processo da recusa dos árbitros que não preenchem aqueles requisitos ou que não revelem a diligência ou a capacidade exigidas para satisfazer as funções que lhes forem cometidas.

A LAV introduziu uma modificação sistemática na matéria dos árbitros, prevista no capítulo II “Dos árbitros e dos tribunais arbitrais”. Na opção da política legislativa, Portugal adopta uma forma do sistema dualista, ao contrário de Macau – que se divide e se espelha em dois diplomas, a arbitragem interna (DL n.º 29/96/M) e a arbitragem comercial externa (DL n.º 55/98/M), escolhe uma forma do sistema monista para a regulamentação arbitral de Macau.

5 Por a violação do art. 168.º/1) q. da Lei Constitucional 1/82, a razão da competência reservada da Assembleia da República sobre a matéria da organização e competência dos tribunais.

Ao mesmo tempo que a Convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (de Nova Iorque) de 1958 foi aprovada pela Assembleia da República de Portugal em 1994⁶, em simultâneo Portugal reformou o processo de reconhecimento para que a sentença arbitral estrangeira adquirisse a natureza de título executivo, nomeadamente, as decisões proferidas pelos países subscritores da Convenção de Nova Iorque, no art.º 55.º⁷.

3. Ordem jurídica arbitral - Arbitragem

A arbitragem é um dos Meios Alternativos de Resolução de Litígios⁸ (“MARL”, em inglês, *Alternative Dispute Resolution*, “ARD”), como um método privado, com carácter opcional, uma forma alternativa da resolução dos conflitos privados, designadamente, os litígios no âmbito cível ou comercial, o socorro da arbitragem é, plenamente, dependente da vontade autónoma dos interessados conflitantes.

3.1. As vantagens do mecanismo da arbitragem

O principal obstáculo do acesso à Justiça é a lentidão do processo judicial, devido ao grande volume de processos, à complexidade dos procedimentos processuais e à unicidade de meios de resolução dos conflitos, lembramo-nos de uma expressão famosa do pensador Rui Barbosa, “*a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta*”, faz-nos pensar em procurar outro meio alternativo mais célere – a arbitragem. No âmbito do comércio internacional, a actividade negocial desenvolve-se de forma muito rápida e não deixa esperar muito tempo pela resolução de um conflito, assim, impõem várias normas imperativas na LAV. Por outro lado, abandona as regras complexas do CPC e foge ao longo processo, nomeadamente, à fase dilatada da citação e notificação no processo ordinário (arts. 219.º e ss do CPC), uma vez que a celeridade é típica deste meio alternativo, as regras processuais do CPC não devem ser aplicadas,

6 Resolução da Assembleia da República n.º 37/94, aprovada em 10 de Março por resolução da Assembleia República n.º 37/94, com a reserva de reciprocidade.

7 Existe a divergência entre as doutrinas e jurisprudências de Portugal, quanto aos países subscritores da convenção da Nova Iorque; há doutrina e jurisprudência que admitir que podiam directamente avançar a sentença arbitral estrangeira e não teria de reconhecida pelo nosso tribunal de relação nos termos dos arts. 978.º a 985.º do CPC, por exemplo, Dário Moura Vicente, de Lisboa, e o acórdão do STJ de 2009. Há outro acórdão do STJ, de 18/02/2014, entendeu que “é sempre exigível o reconhecimento judicial de qualquer decisão arbitral estrangeira, mesmo que proferida nos termos da Convenção de Nova Iorque de 1958.”

8 Incluem-se outros meios, tais como a mediação (eg. Lei n.º 29/2013), julgados de paz (art. 16.º, 49.º a 56.º da Lei n.º 78/2001), conciliação (art. 290º/4, 385.º/3 e 591.º/1.a, etc.).

automaticamente, no procedimento arbitral, salvo se as partes explicitarem essa aplicação supletiva (art. 30.º/3). A arbitragem funciona como um instrumento mais acelerado e manifesta a sua vantagem na *celeridade* (eg., art. 43.º/1, 14.º/3, 18.º/10 e 47.º/3).

Em segundo lugar, outra característica do mecanismo da arbitragem é a *confidencialidade*, a LAV impõe a todos os participantes o dever de sigilo (art. 30.º/5), a confidencialidade do processo arbitral é a primordial razão porque muitas empresas grandes ou sociedades globais e internacionais escolhem o recurso da arbitragem, ao invés de um processo judicial ordinário procedido dentro do tribunal estadual, o qual obriga estritamente ao princípio da publicidade (art. 206.º da CRP). Todo o procedimento arbitral tem carácter confidencial. Os árbitros, as partes e todos os intervenientes vinculam-se ao dever de guardar sigilo, do início ao fim, sobre todo o processo e o seu conteúdo, ou até a outros eventuais processos judiciais no futuro, em prol de incentivar as pessoas a escolherem e confiarem em recorrer a este meio extrajudicial, eg., as partes não querem divulgar o conflito ao público para o não ligar à imagem das empresas, ao segredo comercial, aos conhecimentos tecnológicos ou ao *know how*. Contudo, este dever não é absoluto e pode ser quebrado por razão de interesse e ordem públicos, quando o dever de transparência é imposto por normas legais.

Além disso, as partes podem *utilizar livremente a língua preferida e favorita* no processo arbitral (art. 32.º/1), é mais conveniente para as empresas internacionais ou estrangeiras escolherem a arbitragem com sede em Portugal, sem necessidade de utilizar a língua oficial do país, prescindindo do dever da língua a empregar nos actos judiciais nos tribunais ordinários tal como o disposto do art. 133.º do CPC. Por outro lado, dada a uniformização das regras arbitrais, na maioria dos países e territórios com maior potencial económico no mundo, convencionaram e aderiram às várias convenções internacionais ou acordos bilaterais ou multilaterais, as decisões arbitrais *podem ser reconhecidas noutros territórios* que subscreveram a mesma convenção, com o mesmo efeito e força executiva da sentença do tribunal nacional, o que tem a vantagem de reduzir as dificuldades e inconveniências da execução da decisão arbitral noutros tribunais nacionais.

As partes podem ainda *convencionar a possibilidade de recorrerem contra a decisão arbitral*, às vezes é também uma vantagem para controlar a duração do processo, para não demorar e avançar rapidamente na sua execução.

De vez em quando os litígios ou conflitos ocorridos entre as partes podem dizer respeito a questões técnicas ou profissionais, muitas vezes, é melhor que seja julgado por *pessoas com qualificações, aptidões, capacidades, conhecimentos técnicos / profissionais / específicos*, para logo depois tomarem uma decisão justa

e razoável, do que um juiz com apenas conhecimento jurídico, de modo a evitar um julgador leigo, resultando numa resolução irrazoável e sem jeito. Ao invés do julgamento no tribunal tradicional estadual, estritamente, sujeito ao princípio de um juiz natural, que se representa e não permite que as partes escolham o julgador, a definição do juiz competente resulta, exclusivamente, da lei. Na escolha dos árbitros, as partes podem seleccionar os seus árbitros preferidos, prescrevendo as qualificações específicas dos árbitros, eg., a exigência da técnica ou da qualificação profissional da construção civil.

3.2. Conceito

No tocante à constituição do tribunal arbitral, a arbitragem pode constituir-se, geralmente, de duas formas, *arbitragem institucionalizada* e *arbitragem ad hoc*, vamos analisar a particularidade de cada uma destas formas.

3.2.1. Regime jurídico da arbitragem de Portugal

3.2.1.1. Arbitragem institucionalizada

A arbitragem institucionalizada é realizada numa instituição especializada com carácter permanente e voluntário, o seu trabalho é principalmente organizar e administrar o procedimento arbitral e facultar o seu desenvolvimento, fornecer a consulta jurídica na fase pré-arbitragem, iniciar um processo arbitral e seleccionar os julgadores na lista dos árbitros reconhecidos na sua instituição, auxiliar na constituição de um tribunal arbitral no caso concreto. Não existe uma regulamentação comum para todas as instituições arbitrais, cabe a cada entidade instaurar o seu próprio regulamento⁹ que determina como a arbitragem deve decorrer e definir as regras com base neste. De acordo com o DL n.º 425/86, de 27 de Dezembro, a criação do centro da arbitragem voluntária, com carácter institucionalizado e permanentemente, é sujeita à autorização do Ministro da Justiça, que analisa a sua idoneidade e aprova a sua criação, segundo as suas actividades profissionalizadas e especializadas. Consta de uma *lista das entidades autorizadas* na Portaria n.º 81/2001, de 8 de Fevereiro, abrange todas as entidades autorizadas, permite-lhes criar centros com carácter geral ou especializado, e realizar arbitragens voluntárias institucionalizadas no território nacional¹⁰. A lista *supra*¹¹, das entidades autorizadas que foi actualizada, respectivamente, pelas Portarias n.º 350/2001, n.º 1516/2002 e n.º 709/2003 será, anualmente, actualizada.

9 Eg., Regulamento do APA e do CAC.

10 Por exemplo, Centro de Arbitragem do Sector Automóvel (CASA), Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo do Distrito de Coimbra (CACCCDC).

11 Art. 4.º do DL n.º 425/86.

De acordo com art. 1.º, do DL n.º 425/86, as entidades autorizadas podem requerer e obter, nos termos legais, autorização do MJ para criar um Centro de Arbitragem, existe ainda uma *lista dos Centros de Arbitragem autorizados*¹², de 2017.

Em geral, o recurso ao mecanismo da arbitragem é de carácter voluntário, mas assenta na vontade das partes impulsionar a sua utilização. Em casos especiais, para proteger o interesse da ordem pública, alguns tipos de conflito não poderão ser seguidos pelos tribunais comuns, aqui a arbitragem é necessária, por exemplo, a Lei n.º 23/96, sobre o ordenamento jurídico de alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais, um conflito desta natureza é sujeito à forma da arbitragem necessária, que será desencadeada por parte do consumidor (art.º 15), carece da legitimidade activa do demandante para o impulso da arbitragem sobre os litígios de consumo no âmbito dos serviços essenciais públicos. Alguns centros estabelecem a limitação da competência do recurso dos serviços de arbitragem, por exemplo, a competência em razão de valor do CACCDC é de 5.000 euros.

A utilização do mecanismo de arbitragem não se limita ao direito privado ou administrativo (no domínio do direito administrativo iniciou-se a aplicação da resolução arbitral em 1984), recentemente, em todo o mundo, o direito do consumidor é reconhecido e oferece, em geral, uma protecção especial, eg., o sucesso da arbitragem em Portugal, no domínio do direito do consumo, é feita através do recurso à arbitragem necessária e institucionalizada.

A arbitragem pode ainda socorrer outros ramos do Direito, tais como o dos seguros (o Centro de Informação, Mediação, Provedoria e Arbitragem de Seguros é uma entidade que disponibiliza vias de resolução alternativa de litígios emergentes de quaisquer contratos de seguros¹³, excluindo o seguro dos grandes riscos¹⁴); dos conflitos colectivos de trabalho (art. 529.º do Código do Trabalho, a remissão aos arts. 506.º e 507.º <arbitragem voluntária>, art. 508.º e 509.º <arbitragem obrigatória> ou arts. 510.º <arbitragem necessária>), bem como os arts. 512.º e 513.º relativamente às regras comuns para arbitragem obrigatória e necessária; da propriedade industrial (arts. 48.º a 50.º, do DL n.º 36/2003, Código de Propriedade Industrial); ou da regulamentação da defesa da concorrência no

12 MJ autorizou, através de vários despachos, a criação, pelas entidades autorizadas, dos seguintes centros de arbitragem.

(http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral/arbitragem/anexos-arbitragem/centros-de-arbitragem4174/downloadFile/attachedFile_f0/Lista_dos_CA_autorizados_pelo_MJ_-_06-07-2017.pdf?nocache=1499339245.04)

13 Prevê uma lista de entidades de Resolução Alternativa de Litígios, de acordo com o disposto no art.º 17.º da Lei n.º 144/2015, de 8 de Setembro.

14 Conforme o definido no artigo 2.º, n.º 3 e 4, do DL 94-B/98, de 17 de Abril.

plano comunitário, o tribunal arbitral interno tem competência para aplicar as regras e princípios do Direito Europeu da Concorrência que os tribunais estaduais, também, aplicam.

3.2.1.1.1. Os árbitros reconhecidos

Como se recordou há pouco, as instituições arbitrais regem-se de acordo com o seu regulamento, o papel das instituições ou entidades arbitrais é como um orientador ou organizador do procedimento arbitral ocorrido dentro do seu centro. De um modo geral, os centros dispõem de árbitros próprios reconhecidos¹⁵, cada instituição tem a sua lista de árbitros, regula os seus membros-árbitros por regulamento próprio ou regras de conduta, fiscaliza as suas actuações no processo e, ainda, procede a um processo disciplinar sempre que ocorra qualquer incumprimento eventual dos deveres dos árbitros. Os seus membros-árbitros necessitam de cumprir uma série de requisitos e critérios¹⁶, as suas habilitações são, regularmente, verificadas e são responsáveis pelos seus actos praticados no curso da arbitragem perante o centro e as partes envolvidas.

Contudo, muitas vezes não é fácil avaliar algumas das habilitações dos árbitros, designadamente, a questão da ética dos árbitros – *a independência e a imparcialidade* –, quer na doutrina, quer na prática, é sempre matéria bastante duvidosa, não é fácil esclarecer ou definir, rigorosamente, o seu campo de conceitos, não se coloca a questão em termos de alternativa, de “preto ou branco” (*sim ou não*). Pelo contrário, trata-se de um tipo aberto que postula não apenas uma mera apreciação de certos pressupostos ou elementos, mas há que verificar a sua substância em cada caso concreto, ao mesmo tempo, que averigua a percepção do fenómeno na sua complexidade, através de uma imagem global integrada pelos vários elementos em conjunto, determina a intensidade com que tais elementos se apresentam, de facto coloca-se uma questão de “forte ou fraco” (*maior ou menor*).

Considerando que há dificuldade em averiguar este tipo aberto de requisitos, o legislador presume a conformidade de independência e de imparcialidade, a não ser que se prove o contrário. Hoje em dia, a independência e a imparcialidade dos árbitros são requisitos universais e comuns na arbitragem quer no âmbito nacional, quer no âmbito internacional, todas as instituições arbitrais exigem mesmo essas duas condições, ou pelo menos uma delas, comprometem-se ao cumprimento da

15 Por exemplo, o Centro Nacional de Informação e Arbitragem de Conflitos de Consumo e o Centro de Arbitragem Comercial.

(http://www.centrodearbitragem.pt/index.php?option=com_content&view=article&id=16&Itemid=118&lang=pt).

16 http://www.centrodearbitragem.pt/images/pdfs/Legislacao_e_Regulamentos/Critrios%20nomeao%20de%20rbitros.pdf

independência e/ou imparcialidade no momento da nomeação de qualquer árbitro e ao longo do processo, eg., art. 1.º/2 e art. 3.º do Código Deontológico do Árbitro do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (também designado por Centro de Arbitragem Comercial, “CAC”), ou art. 1.º/2 e art. 3.º do Código Deontológico do Árbitro da APA, aprovado em 11 de Abril de 2014.

No plano do comércio internacional, também se encontram vários institutos ou centros prestigiados, que fornecem e exercem o serviço de arbitragem ou de outros MARL, é pacífico que todos os centros exigem, aos seus árbitros reconhecidos, a qualidade de independência e/ou de imparcialidade por exemplo, o Centro Internacional para Resolução de Disputas “CIRD” (*International Centre for Dispute Resolution “ICDR”*) subordinado à *American Arbitration Association (“AAA”)*¹⁷, *International Bar Association - The IBA Arbitration Committee (“IBA”)*¹⁸, Câmara de Comércio Internacional “CCI” (em inglês, *International Chamber of Commerce “ICC” – ICC International Court of Arbitration*)¹⁹, Centro da Arbitragem Internacional de Hong Kong “CAIHK” (em inglês, *Hong Kong International Arbitration Centre “HKIAC”*)²⁰.

Importa ainda referir um *guideline* de IBA, as “Directrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional”, geralmente assumidas como *softlaw* do direito arbitral, criadas por um grupo de trabalho, composto por 19 especialistas, depois do estudo de várias leis nacionais e jurisprudências na área da arbitragem, particularmente em relação às questões de independência, de imparcialidade e do dever da divulgação. Quanto às Directrizes, as correspondentes notas explicativas e as listas das situações específicas exemplificadas tinham sido consideradas como princípios e regras gerais e universais, adoptadas como uma referência dominante pelos vários países e territórios, citados, muitas vezes, pelos juízes dos tribunais nacionais ou internacionais nas suas jurisprudências²¹, e introduzidas nos seus próprios regimes internos de arbitragem como um preceito

17 Artigo 13.º *International Dispute Resolution Procedures* do CIRD, foi alterado e está em vigor a partir de 1 de Junho de 2014 (<https://www.adr.org/Rules>); Regra R-18 do RA Comercial (*Commercial Arbitration Rules*) da AAA, foi alterado e está em vigor desde 1 Outubro de 2013.

18 As Directrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, aprovadas em 22 de Maio de 2004, pelo Conselho da *International Bar Association*.

19 Artigo.º 11.1) de *ICC Arbitration Rules*, de 1 de Março de 2017. Cerca de 22.000 disputas foram dirigidas pela CCI desde 1923, cobre 137 países e territórios; III.A) 15-20 e III.B) da Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o RA da CCI.

20 Artigo 11.º do RA Administrada de CAIHK, e regras n.ºs 1 e 2 do Código de Conduta Ética do CAIHK. A nomeação dos árbitros, árbitros de emergência, mediadores ou especialistas, e a determinação do número de árbitros ou fixação das remunerações e os custos da arbitragem realizada no CAIHK, cabem à Comissão de Nomeações do CAIHK. (<http://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators>)

21 O Acórdão do TRP de 2014/06/03 e o Acórdão do TRL de 2015/03/24.

norteador²², se bem que o *guideline* não tenha força de lei e sirva, principalmente, no âmbito da arbitragem internacional.

O *guideline* consiste em duas partes, a dos *princípios gerais* relativos à imparcialidade, independência e divulgação, e outra à *aplicação prática* dos princípios gerais, que inclui três grandes listas, *Lista Vermelha* (de eventos irrenunciáveis e de renunciáveis), *Lista Laranja* e *Lista Verde*. Segundo a intensidade e proximidade das relações ligadas, directa ou indirectamente, entre uma das partes ou ambas e um dos árbitros ou todos, levará as partes ou terceiros a suscitar uma dúvida razoável sobre a honestidade, equidade e seriedade dos árbitros, existindo, aparentemente, uma situação suspeita de uma actuação parcial e injusta.

As regras de conduta podem funcionar como um padrão de comportamento, facilitando que as partes e a entidade fiscalizada (o próprio tribunal arbitral com excepção do árbitro visado ou tribunal estadual) examinem se as situações põem em causa a independência e a imparcialidade dos árbitros, e caso isso se confirme, declararão a anulação da decisão final do tribunal arbitral, desde que esta seja proferida em virtude da falta de independência e de imparcialidade da maioria dos árbitros. As regras e Directrizes não apenas operam como uma *fiscalização posterior*, com o objectivo de destruir a sentença arbitral mal feita pelos árbitros parciais, com fundamento na composição do tribunal arbitral não conforme com a lei (art. 46.º/3 a) iv) da LAV), ainda funcionam como um *critério priorem*, impondo o dever de revelação aos árbitros, eg., os árbitros devem averiguar, activamente, quais as situações que podem resultar numa dúvida justificável sobre a sua independência e imparcialidade, pedindo-lhes para divulgarem as circunstâncias duvidosas às partes, permitindo-lhes que estas decidam se devem ou não recusar/retirar os árbitros visados depois de tomarem conhecimento destas causas suspeitas.

3.2.1.2. Arbitragem *ad hoc* (Arbitragem não institucionalizada)

As partes podem combinar recorrer à arbitragem *ad hoc* para dirimir um determinado conflito arbitrável, mediante uma convenção de arbitragem, quer o objecto do conflito seja actual (*compromisso arbitral*) quer seja um conflito eventual emergente da relação jurídica entre as partes (*cláusula compromissória*), consagrando o princípio da autonomia da convenção arbitral. A arbitragem *ad hoc* é uma forma instável, ao preencher as condições acordadas pelas partes na convenção, estas podem desencadernar o mecanismo da arbitragem, a seguir, as partes podem indicar os seus árbitros ideais e constituir o tribunal arbitral

22 CDA do CAC (art. 1.º/3) ou do APA (art. 1.º/2) prevê que o código deve ser interpretado e integrado tendo presente as Directrizes da IBA.

na forma convencionada. Em princípio, não existe um lugar fixo ou instituição permanente para avançar com uma arbitragem *ad hoc* (*ad hoc* ao nível de desencadear a arbitragem). As partes ainda podem fixar as regras e formas do procedimento em que o processo arbitral será conduzido naquele caso concreto (*ad hoc* ao nível do procedimento da arbitragem). Caso não exista acordo das partes, o procedimento é regulado supletivamente pela Lei n.º 63/2011 (LAV), a arbitragem voluntária pode ser cometida pelas partes sobre os litígios respeitantes à natureza patrimonial (*princípio da patrimonialidade*) ou transigível do direito controvertido (*princípio da transigibilidade*), trata-se da *delimitação positiva*, que é válida quando a convenção tem por objecto o litígio resultante dos interesses de natureza patrimonial, ou não patrimonial, decorrendo estes últimos de bens disponíveis (direitos arbitráveis). De resto, estão excluídas todas as questões que não têm conteúdo patrimonial, ou tendo, sejam da competência exclusiva dos tribunais judiciais, eg., direito da família, direitos fundamentais da pessoa, trata-se da *delimitação negativa*, que será rejeitada no recurso da arbitragem voluntária sempre que as leis especiais estabeleçam a arbitragem necessária ou obriguem a recorrer ao tribunal judicial.

Além dos requisitos de substância (a vontade de cometer a árbitros a resolução dos litígios) referidos *supra*, a LAV ainda exige que a vontade deve ser exteriorizada, um requisito externo de forma escrita segundo o art. 2.º da LAV, a fim de mostrar, claramente, a jurisdição competente.

3.2.2. Regime jurídico da arbitragem de Macau

3.2.2.1. Breve história do regime da arbitragem

A obra da elaboração do regime da arbitragem de Macau pode remontar à assinatura da Declaração Conjunta Luso-Chinesa, em 13 de Abril de 1987, sobre a questão da transferência de Macau para a China, esta última e Portugal acordaram que Macau voltaria para a soberania chinesa no dia 20 de Dezembro de 1999. Daí, se estabeleceu a Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China (“RAEM”/“Macau”), que actua sob o princípio de “um país, dois sistemas”, gozando a sua posição política e estatuto especial e possuindo um alto grau de autonomia, nomeadamente, conservando o modo próprio de vida e o sistema económico de carácter capitalista, as suas especificidades e um elevado grau de autonomia na gestão dos seus assuntos que estão protegidos pela Lei Básica da RAEM (“*Mini Constituição*”), excepto nas relações externas e na defesa. De acordo com art.º 36.º/1 da Lei Básica de RAEM, garante o acesso ao direito e aos tribunais (públicos ou privados) a todos residentes de Macau.

Por força da Declaração Conjunta e da Lei Constitucional da República Portuguesa, Portugal assume as obrigações internacionais de modernizar a

organização judiciária de Macau, adequando ao seu estatuto a situação especial relacionada e reformando a organização judiciária de Macau. À vista disso, resulta a remodelação da legislação da arbitragem de Macau, sendo elaborado um novo regime jurídico da arbitragem voluntária interna, o DL n.º 29/96/M (“LAM”), e revogados os preceitos do tribunal arbitral constante do Livro IV do Código de Processo Civil de Macau, sendo mais tarde, completado o quadro normativo do regime da arbitragem de Macau com a legislação, particularmente, dedicada à arbitragem externa no âmbito comercial, pelo DL n.º 55/98/M, de 23 de Novembro, que é diferente da adopção da forma do sistema dualista na LAV de Portugal.

3.2.2.2. Arbitragem interna

3.2.2.2.1. Arbitragem institucionalizada

A fim de realizar a arbitragem voluntária institucionalizada em Macau, ter-se-ia de preencher as condições e pressupostos estabelecidos no DL n.º 40/96/M, que exige que as entidades que pretendam promover a arbitragem com carácter institucionalizado, devem requerer a autorização do Governador – Chefe do Executivo da RAEM – mediante Despacho, para que aprecie a idoneidade e capacidade técnica das entidades, confirme se estas podem prosseguir as actividades propostas e verifique se preenchem as condições da execução da actividade.

Hoje em Macau, para realizar a arbitragem voluntária institucionalizada, estão aprovados os seguintes seis²³ centros permanentes: 1) Centro de Arbitragem de Conflitos de Consumo de Macau (“CACC”), criado pelo Conselho de Consumidores destinado à realização de arbitragens voluntárias institucionalizadas, no âmbito dos conflitos de consumo, de natureza civil ou comercial, de reduzido valor por Despacho n.º 19/GM/98, que promove a resolução dos conflitos de consumo segundo o seu regulamento, que foi homologado e publicado em 18 de Março de 1998, e alterado em 21 de Maio de 2001²⁴ – é um direito da justiça acessível aos consumidores, protegido pelo art. 3.º/e) e 10.º da Lei n.º 12/88/M. A arbitragem institucionalizada no âmbito do conflito de consumo tem carácter *voluntário* e os seus processos são *gratuitos* para as partes, a submissão do litígio a julgamento e decisão pelo Centro depende da convenção das partes²⁵.

23 Um dos centros – CACA – foi aprovado já em 2017 mas não criado ainda, será regulado o seu funcionamento por despacho do Chefe do Executivo.

24 O artigo 1.º do regulamento passa a ter a redacção seguinte: “...*tem por objecto promover a resolução de conflitos de consumo, de valor não superior a 50.000,00 patacas...*”

25 É diferente do regime da defesa dos consumidores de Portugal, no qual a arbitragem é necessária sobre o conflito de consumo quando uma parte do consumidor submeter o litígio à resolução por arbitragem.

De acordo com art. 4.º/2 e 3 do regulamento, prevê-se que as decisões arbitrais sejam tomadas por um magistrado judicial que exerce as funções de juiz-árbitro; 2) Centro de Arbitragens Voluntárias da Associação dos Advogados de Macau, foi autorizado e criado pelo Despacho n.º 26/GM/98, tem como objectivo a resolução de conflitos entre os advogados, os advogados e clientes ou quaisquer conflitos em matéria civil, administrativa ou comercial, a submissão do conflito ao mesmo Centro depende da convenção de arbitragem celebrada previamente, e o seu funcionamento é conduzido pelo próprio regulamento; 3) Centro de Arbitragens Voluntárias do Centro de Comércio Mundial – Macau, SARL (aliás, Centro de Arbitragem do WTC de Macau, “WTC”), foi criado pelo Despacho n.º 48/GM/98, tem o objectivo de promover a resolução de conflitos dos seus membros, dos membros de outros *World Trade Centers*, dos membros da *World Trade Centers Association, Incorporated, State of Delaware, U.S.A* e/ou terceiros, ou quaisquer conflitos em matéria cível, administrativa ou comercial, além de mais, ainda podem recorrer ao Centro os litígios das partes de um processo autónomo de conciliação para obter uma resolução, pois o Centro possui o seu painel de árbitros (23), de mediadores (80) e de conciliadores (17), as regras de organização e funcionamento do Centro são regulados pelo seu regulamento interno²⁶; 4) Centro de Arbitragem de Conflitos em Seguros e Fundos Privados de Pensões, iniciou a sua actividade em 1 de Janeiro de 2003, foi criado pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 259/2002²⁷, o seu regulamento foi anexado no mesmo Despacho, tem como objecto promover a resolução de conflitos na área dos seguros e dos fundos de pensões de direito privado, de valor não superior ao da alçada do Tribunal Judicial de Base, ou seja, não superior a 50.000 patacas, tem carácter *voluntário* e o seu processo é *gratuito* para as partes, aplicam-se subsidiariamente as disposições da LAM, de acordo com o disposto do art. 31.º do Despacho; 5) Centro de Arbitragem de Administração Predial (“CAAP”), foi criado pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 66/2011, no qual publicou em anexo o seu regulamento, tem o objecto de promover a resolução na área da administração predial, designadamente os litígios entre condóminos, administração e entidade administradora em relação à validade das deliberações da assembleia geral do condomínio ou aos encargos decorrentes da administração do condomínio, nos termos do art. 2.º do seu regulamento, tem igualmente carácter *voluntário* e é *gratuito* para as partes²⁸; e 6) Centro de Arbitragem de Conflitos de Arrendamento

26 http://www.wtc-macau.com/arbitration/por/statute/regularation_p.pdf.

27 Ao seu conselho de arbitragem cabe proferir a decisão arbitral dos litígios e a homologação dos acordos a que as partes cheguem, o conselho é composto nos termos do art. 4.º, 11.º/1 e 4 da LAM.

28 Ao conselho arbitral do CAAP compete o julgamento e a decisão dos litígios, e é composto por um número ímpar de membros até ao máximo de sete, nos termos dos arts. 3.º e 5.º/2 do seu regulamento.

(“CACA”), foi aprovado recentemente pelo art. 3.º, da Lei n.º 13/2017, publicada em 21 de Agosto de 2017. A Lei regula que o CACA funciona de forma autónoma ou junto dos centros de arbitragem voluntária de cariz institucional existentes em Macau. Introduce um mecanismo de arbitragem em prol de uma solução célere e eficaz, verifica em Macau os casos de ocupação ilegal, por um longo período, das fracções arrendadas, incumprimento das obrigações contratuais e que causam um dano ponderoso aos senhorios, para fornecer os residentes uma outra forma alternativa ligeira e rápida, evita o recurso ao tribunal judicial em que os processos demoram sempre muito tempo. A autorização da criação do CACA produzirá efeitos a partir de meados de Fevereiro de 2018 e o seu regulamento será determinado por Despacho do Chefe do Executivo.

De igual modo, a independência e imparcialidade dos árbitros são os requisitos dos membros-árbitros nos centros da arbitragem de Macau. Podem-se expressar de várias formas, exige expressamente os requisitos de independência e de imparcialidade (art. 15.º do regulamento do WTC)²⁹; ou de outra maneira, regula a composição do conselho arbitral por profissionais distintos, compete ao conselho o julgamento e a decisão dos litígios (art. 5.º do regulamento do CAAP), ou até as suas decisões arbitrais são tomadas directamente por um magistrado judicial mais leal (art. 4.º/2 do regulamento do CACC).

3.2.2.2.2. Arbitragem *ad hoc*

O regime da arbitragem de Macau, DL n.º 29/96/M (LAM), de 11 de Junho, decretado pelo Governo, nos termos do art. 13.º, do Estatuto Orgânico de Macau. O LAM é um regime jurídico da *arbitragem interna* de Macau, que revogou e substituiu o regime jurídico do tribunal arbitral, constante do Livro IV, os arts. 1508.º a 1528.º do CPCM, aprovado pelo DL n.º 44129, de 28 de Dezembro de 1961 e hoje a LAM ainda está em vigor em Macau. Antes da transferência de soberania de Macau, estava vigente a Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, que autorizava poderem ser criados tribunais arbitrais à luz do art. 5.º/2, da Lei n.º 112/91, aprovado nos termos dos artigos 164.º/d), 169.º/3, e 292.º/5 da Lei Constitucional n.º 1/97, que regulava que “*o território de Macau dispõe de organização judiciária própria, dotada de autonomia e adaptada às suas especificidades, nos termos da lei, que deverá salvaguardar o princípio da independência dos juizes*” – que foram revogadas pela Lei n.º 9/1999, por obra da modernização e reforma do sistema jurídico –, permite que sejam criados tribunais arbitrais e estabelecidos instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, conferindo ao Governador competência para mandar publicar os diplomas legais complementares necessários à sua execução.

29 http://www.wtc-macau.com/arbitration/por/statute/regularation_p.pdf

O texto final do regime foi inspirado, em grande medida, pelo <Anteprojecto da Lei de Arbitragem Voluntária Para o Território de Macau>, elaborado pelo Gabinete para a Modernização Legislativa do Governo de Macau, submetido a consulta pública em 1990, onde se reconhece a influência intensa da Lei n.º 31/86, o regime da arbitragem voluntária anterior de Portugal, e ainda reflecte as soluções das legislações internas de outros países e dos regulamentos internacionais, designadamente da lei de Portugal (CPC de 1961), das LAV Espanholas de 1953 e de 1988, dos CPC Francês elaborados em 1980 e 1981, do CPC Holandês alterado em 1986, de *Arbitration Act* de 1979 do Reino Unido, de *Arbitration Ordinance* de Hong Kong, do regulamento de Arbitragem respeitante a Contratos Económicos de 1983 e o Regulamento de Arbitragem da Comissão Chinesa de Arbitragem do Comércio e Economia Internacionais de 1988, da lei uniforme em matéria de arbitragem criada pela Convenção Europeia de 1966, do Regulamento da Arbitragem da UNCITRAL e a sua Lei Modelo de 1985.

A LAM foi alterada e aditada, posteriormente, pelos DL n.º 19/98/M, de 11 de Maio (alterando o art. 19.º/4), e DL n.º 110/99/M, que aprovou o Código do Processo Administrativo Contencioso (aumentando, na LAM, os art. 39-A.º a 39-C.º e alterando o art. 40.º/2). Depois, o Despacho n.º 109/GM/98 aprovou a tabela a que se refere no art. 19.º/4 da LAM, relativamente às remunerações dos árbitros e de outros intervenientes no processo arbitral, se a convenção não for regulada e as partes não chegarem a acordo na matéria.

Em Macau, a LAM regula os regimes da arbitragem voluntária (no capítulo I) e da arbitragem necessária (no capítulo III). Como já referimos, os regimes jurídicos da arbitragem interna e externa (exclusivamente no âmbito comercial) são regulados nas diversas legislações, respectivamente, nos DL n.º 29/96/M e DL n.º 55/98/M.

No regime da arbitragem interna avulta uma amplitude do princípio da autonomia das partes, reconhecendo-o como o princípio central da arbitragem, reduzindo ao mínimo as normas de ordem pública ou normas imperativas (ideia demonstrada no seu preâmbulo), os preceitos da LAM têm natureza meramente supletiva, excepto alguns previstos na LAM (eg., 6.º/1, 7.º/5 ou 21.º). No silêncio da convenção de arbitragem ou acordo sobre a matéria do âmbito da autonomia, as disposições da LAM complementam-se.

Quanto à *arbitragem necessária*, prevista no capítulo III, do art. 40.º, da LAM, ela pode ser encontrada no art. 25.º das Bases do Regime das Concessões de Obras Públicas, da Lei n.º 3/90/M, e no art. 21.º e ss do Regime das Expropriações por Utilidade Pública, do DL n.º 43/97/M. Nos litígios suscitados, no âmbito dos regimes supracitados, não cabe a autonomia das partes, tem natureza imperativa e obriga a submeter ao meio da arbitragem a resolução destes tipos de litígios em virtude da segurança da ordem pública do território local.

3.2.2.3. Arbitragem externa / internacional (exclusivamente no âmbito comercial)

O regime específico para a arbitragem comercial externa de Macau³⁰, do DL n.º 55/98/M, faz, geralmente, com que os litígios emergentes das relações comerciais internacionais ou externas sejam resolvidos pela via arbitral, correspondam à Lei-Modelo da UNCITRAL, introduzidas as alterações à eventual necessidade da adaptação ao sistema legal de Macau. A referência de garantia das qualidades – independência e imparcialidade – dos árbitros, é regulada nos arts.º 11.º/5 e 12.º, respectivamente, corresponde às questões da nomeação pelo tribunal competente e do fundamento da recusa.

3.3. Convenção de arbitragem

Como já nos referimos no anterior número 3.2.1.2, a convenção de arbitragem pode revestir-se de duas formas, *compromisso arbitral* e *cláusula compromissória*, o tribunal arbitral não só apenas resolve um conflito e decide, pode ainda abranger outras questões ou hipóteses, eg., a interpretação da cláusula ou do contrato. Em geral, o mecanismo do recurso da arbitragem não é obrigatório, salvo se as leis especiais prevêm a competência exclusiva do tribunal arbitral ou a arbitragem necessária.

A convenção arbitral válida produz um *efeito positivo*, que atribui a competência ao tribunal arbitral relativamente a um determinado litígio, por outro lado, provoca um *efeito negativo* nos termos do art. 5.º, da LAV, impedindo os tribunais estaduais de julgar o fundo da causa e absolvê-lo da instância. À medida que uma parte demandante apresenta ao tribunal estadual um ou mais conflitos resultantes do objecto da convenção, a parte demandada tem a obrigação de invocar a violação da convenção pela outra parte demandante e a incompetência do tribunal estadual tempestivamente, ou até ao momento em que apresenta o seu primeiro articulado – contestação –, por meio da excepção dilatória nos termos do art. 578.º, do CPC. Volta o tribunal estadual a ser competente por aceitação tácita³¹ da parte demandada quando outra parte fica silêncio.

O compromisso arbitral pode suscitar também um *efeito de interrupção da prescrição* relativamente ao direito que pretende tornar efectivo, nos termos

30 Considera-se a arbitragem externa quando: 1) a celebração da convenção de arbitragem em Estados ou Territórios diferentes; 2) o lugar de arbitragem, da execução ou com qual o objecto do litígio mais estreitamente conexo se situa fora do Estado ou Território; ou 3) convencionada expressamente na convenção.

31 Acórdão do STJ, de 30/09/2014.

do art. 324.º, do CC, e a cláusula compromissória constatada na convenção de arbitragem suscita o mesmo efeito da interrupção desde que a notificação do pedido de submissão do litígio à arbitragem chega até à outra parte (art. 33.º/1 da LAV).

Todos efeitos *supracitados* compreendem a natureza do direito potestativo³², já que as suas eficácias dependem da denúncia da sua pretensão do recurso da arbitragem à outra parte sujeita na convenção.

3.3.1. A natureza jurídica da convenção de arbitragem

Na convenção de arbitragem celebrada entre duas partes conflituantes, estas vinculam-se a submeter à arbitragem a resolução dos litígios abrangidos pela convenção, tal decorre do princípio *pacta sunt servanda*, constitui um negócio jurídico de natureza substantiva e assim não processual³³. A arbitragem não é um substituto do tribunal estadual, tem o seu regime autónomo e os próprios princípios e regras para observar, é um princípio importante da autonomia da vontade das partes, segue os seus próprios interesses. Na doutrina, há quatro teses em debate sobre a sua natureza jurídica, 1) tese jurisdicionalista; 2) tese contratualista; 3) tese mista que combina os elementos das duas teses anteriores (tese jurisdicionalista e tese contratualista); e 4) tese autonomista³⁴.

Na convenção de arbitragem tem de ser sempre adoptada a forma escrita (art. 2.º/1), ou todas e quaisquer formas de manifestação (art. 2.º/2 a 3). Considera-se que a convenção é *nula* e não há convenção, de acordo com art.º 3, da LAV, sempre que exista qualquer vício de forma ou de substância do acordo da arbitragem – quanto à nulidade substancial, por exemplo, o excesso do objecto do litígio da arbitragem (art. 1.º).

Traduz uma exigência da intervenção de um “decisor imparcial” no art. 1.º/4. Quando as partes nomeiam árbitros não independentes ou imparciais, conclui-se a existência de um vício substancial, em consequência da *nula da convenção de arbitragem* e considera-se que a convenção como não existe, o mesmo entendeu o STJ na sua jurisprudência, de 12 de Julho de 2011. Cabe ao tribunal judicial apreciar e declarar oficiosamente a impossibilidade da constituição do tribunal arbitral por razão da intervenção do árbitro parcial.

A convenção de arbitragem, para além de assinalar o objecto do litígio, submetido ao tribunal arbitral, pode ainda fixar a forma da constituição do tribunal arbitral ou as regras do procedimento. Conforme já referido, a arbitragem *ad hoc* é um tribunal constituído com destino a um caso determinado e concreto.

32 Carlos Ferreira deAlmeida; “*Convenção*”, cit., p. 93.

33 Outras opiniões consideram que a convenção de arbitragem se tratar um negócio jurídico processual, José Lebre de Freitas, “*Algumas implicações*”, cit., pg. 625.

34 Manuel Pereira Barrocas, “*Manuel*” cit., p. 44.

Na falta de uma parte ou se ambas as partes não incentivarem a sua formação, o tribunal arbitral ausente-se ainda e não existe ou não se caracteriza. As partes podem mesmo não regular as matérias específicas na convenção de arbitragem e só indicar uma frase “*qualquer conflito resultante deste contrato, submete-se ao Tribunal Arbitral*”.

3.4. Contrato de árbitro

A LAV não define qual a relação jurídica que existe entre as partes e os árbitros no tocante à designação dos últimos, nem regulamenta o seu conteúdo, nem refere os seus direitos e deveres. Segundo Pedro Romano Martinez, “a relação jurídica reconduzida a um estatuto quase judicial, de fonte legal”.

A relação jurídica ligada entre uma parte e o seu árbitro indicado, ou seja, a natureza do acto de designação dos árbitros, tem um carácter *intuitu personae*, mesmo que os árbitros não sejam designados directamente pelas partes, cometendo a designação por co-árbitros, por instituição arbitral ou por tribunal estadual, a designação por terceiro tem de ser ainda feita baseada nos requisitos pactuados pelas partes na convenção, sob pena das partes poderem recusar o árbitro proposto de acordo com a primeira parte do art. 13.º/3. Sem embargo da designação realizada pelo tribunal estadual conforme art. 10.º/6, as partes podem, igualmente, recusar o árbitro nomeado em tempo posterior.

3.4.1. A natureza da relação jurídica

Uma das partes ou terceiro a quem caiba a designação, envia um convite (a *proposta*) e o árbitro destinatário pode decidir aceitar ou não (art. 12). O silêncio do árbitro destinatário vale como a recusa da aceitação do encargo, segundo o art. 12.º/2. Antes da aceitação expressa do árbitro, não se pode obrigar qualquer pessoa a actuar como árbitro. Logo que aceita o encargo de árbitro, ele tem de se responsabilizar por quaisquer danos causados quando ele se escusa injustificadamente do exercício do encargo, de acordo com art. 12.º/3. Neste caso, o seu silêncio pode pressupor uma decisão negativa (de não aceitação), de acordo com art. 218.º do CC, quando seja expressamente atribuído um valor negativo por lei (art 12.º/ 2 da LAV).

Duas declarações (*proposta* da parte e *aceitação* do árbitro) reúnem-se e constituem um contrato de árbitro. Todavia, há várias falhas para não se poder qualificar o contrato de árbitro como um contrato autónomo, eg., o terceiro árbitro que as partes não indicam directamente, mas é designado pelos co-árbitros ou uma entidade terceira, ou pelo tribunal estadual, “*neste caso, de facto o terceiro árbitro, designado pelos árbitros, tribunal estadual ou outra instituição terceira, não aceita o encargo em resposta a uma proposta das partes*”.

Em geral, a doutrina e a jurisprudência caracterizam a relação *supra* como um contrato³⁵, suscitando às partes e aos árbitros os respectivos deveres e direitos. Admite a natureza contratual a relação entre as partes e os árbitros na França, Suíça, Alemanha, Áustria e nos Estados Unidos. Porém, o tribunal inglês entendeu que logo que o árbitro aceita o encargo, torna-se numa parte da convenção de arbitragem como parte terceira, considera que existe uma convenção de arbitragem única e não há mais um contrato de árbitros.

Na doutrina e na jurisprudência têm-se discutido muito a questão quanto à natureza jurídica do contrato de árbitro.

Podemos dizer que o contrato de árbitros é um tipo do contrato de meio. Os árbitros não são obrigados a fazer o que as partes que os nomeias tencionam, mas apenas asseguram que a arbitragem será mais justa e legítima, os árbitros não se comprometem a avançar um certo resultado, há apenas um comprometimento para chegar à solução mais justa e regular. Os árbitros não são os representantes ou mandatários das partes (eg., art. 3.º/2 do CDA da APA e do CAC), não há e não deve haver qualquer ligação ou relacionamento pessoal ou particular entre as partes e os árbitros.

Alguns autores sustentam que apenas existe um contrato único com pluralidade dos contratantes entre as partes e os árbitros³⁶. Porém, Thomas Clay opõe-se dizendo que não é apenas um contrato de árbitro entre as partes e os árbitros, mas antes cada árbitro celebra uma relação contratual com a parte que o designou, sendo um conjunto de contratos, todos esses contratos de árbitro são independentes uns dos outros³⁷.

Quando se tratar de um tribunal arbitral singular, as partes escolhem o árbitro único, conjuntamente, por acordo. Se for um tribunal arbitral colectivo, ele resulta de duas coisas em matéria da designação dos árbitros, o direito de designar o próprio árbitro por cada parte, e conferir à outra parte um mandato para indicar e escolher o seu árbitro. Esta última faculdade ou autorização confere à outra parte, de forma simultânea e implícita, no momento da celebração da convenção de arbitragem, um mandato, é neste sentido que, *“as partes acordam em que os árbitros possam ser escolhidos por cada parte no exercício de um direito concedido legalmente, e ao mesmo tempo, mediante mandatos reciprocamente concedidos”*³⁸.

Embora a designação do seu árbitro escolhido seja feita directamente por cada parte, mas depois da aceitação de todos os árbitros, a sua investidura é um

35 António Sampaio Caramelo, “*O estatuto*”, cit., p. 48.

36 Pedro Romano Martinez, “*Análise*”, cit., p. 827 e ss.

37 Thomas Clay, *L’Arbitre*, cit., p. 503 e ss; Mário Raposo, “*O estatuto dos árbitros*”, cit., p. 529.

38 Manuel Pereira Barrocas, “*Manuel*”, cit., p. 330.

acto único feito, ao mesmo tempo em conjunto por todas as partes, que impede todos os árbitros terem uma ligação concreta com qualquer parte, sobretudo com a parte que o indicou.

Na doutrina portuguesa, o contrato de árbitro é denominado contrato de jurisdição, o que significa que os árbitros prestam o serviço de arbitragem às partes para resolver o conflito entre elas. Não só nascem os deveres e direitos contratuais (*natureza contratual*) ao árbitro através deste contrato, como ainda lhe confere o poder de jurisdição para proferir uma decisão arbitral com o mesmo efeito e força executiva da sentença judicial (*natureza legal*).

O estatuto do árbitro é adquirido do contrato e da lei, é uma fonte mista. Por um lado, alguns direitos e deveres decorrem do contrato, no plano da relação obrigacional, eg., direito da remuneração, dever da revelação e dever de proferir a sentença dentro do prazo, representam uma caracterização da obrigação da prestação do serviço; por outro, alguns direitos e deveres decorrem, directamente, da Lei, como consequência da função pública do estatuto, eg., a exigência da imparcialidade e independência, imunidade (irresponsabilidade) do árbitro, com referência aos interesses públicos ou à ordem pública.

Pelo isso, o contrato de árbitro não é um contrato autónomo, mas um contrato atípico, não se pode integrar em qualquer espécie dos contratos típicos existentes no CC, conclui-se que é *um contrato de prestação de serviços sui generis, com o direito de mandato autorizado à outra parte para designar o seu árbitro*, consoante o princípio da liberdade contratual que se encontra previsto no art.º 405 do CC³⁹.

Podemos concluir que o contrato de árbitro e a convenção da arbitragem são interdependentes, o contrato de árbitro ficará sem efeito quando a convenção de arbitragem for anulada, e vice-versa. Segundo Mário Raposo, são os contratos de significação colectiva, *“independentes da convenção de arbitragem, de modo tal que os árbitros são competentes para decidir a validade da convenção”*⁴⁰

3.5. O estatuto do árbitro

De acordo com art. 209.º/2 da CRP, o tribunal arbitral é um tribunal com dignidade constitucional, como uma verdadeira jurisdição mas em sentido restrito, a sua intervenção é delimitada pelo âmbito da vontade das partes, e o seu âmbito

39 Mário Raposo, “*Os árbitros*”, p. 500; Em contraposição à obra citada por Dominique Hascher, “3 issues” cit., p. 791

40 Jean-François Poudret, *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, citado pelo Mário Raposo, “*Os árbitros*”, cit., p. 499.

é circunscrito pela convenção de arbitragem ou pelo acordo posterior das partes.

Como referimos antes, o estatuto do árbitro decorre da *fonte contratual* (convenção de arbitragem) e da *fonte legal* (Lei), pois, a fonte mista produz um papel *sui generis* do árbitro na arbitragem. Dado que o árbitro exerce a função de julgar, tal como um juiz do tribunal ordinário, apesar de a sua função não emanar da soberania do Estado e a origem deste poder ser diversa, o conteúdo da função jurisdicional é indiferente. O seu estatuto é adquirido por vontade das partes, com base na sua liberdade e autonomia.

Depois da aceitação do primeiro árbitro, não pode ser revogado ou modificado o conteúdo da convenção da arbitragem, para garantir a manutenção das condições que constam na convenção de arbitragem depois das pessoas terem aceite as designações do encargo de árbitros, por exemplo, a identificação das partes, o objecto do litígio, as regras processuais arbitrais consentidas pelas partes, o valor dos honorários e o custo máximo, ou os critérios de julgamento – os árbitros julgam, em regra, segundo o direito constituído (*ex jure stricto*), ressalvado o critério de julgamento da equidade (*ex bono et aequo*), ou mediante composição amigável à luz do art.º 39.º/1 e 4 da LAV, por acordo das partes – .

Os membros dos tribunais arbitrais são como o coração e o núcleo do processo arbitral, as partes atribuíram-lhes certos poderes mediante o acto de designação, inclusive o *poder da competência* - princípio de competência da competência (*Kompetenz-kompetenz*) previsto no art. 18.º (o tribunal arbitral têm competência para apreciar e decidir sobre a sua própria competência quando tiver um conflito, têm a 1.ª palavra na decisão e não permite propor uma acção judicial para que o tribunal estadual nos diga se é competente ou não) e *poder de julgar*.

O dever principal (poder-dever) dos árbitros é a resolução do litígio submetido pelas partes, reveste-se de uma natureza jurisdicional, tem de decidir o mérito da causa de forma imparcial e deve ser fundamentada a sua decisão, para acautelar um processo equitativo, justo e imparcial, senão a denegação da justiça (art. 20.º/1 e 4 da CRP).

4. A qualidade do árbitro (*arbitrator* / *arbitre-francês* / *arbitro-italiano* / *Schiedsrichter -alemão*)

À medida que a importância do papel do árbitro se manifesta, a LAV exige, no artigo 9.º, os seus requisitos. Em primeiro lugar, deve ser uma pessoa individual ou particular, o tribunal arbitral é composto por pessoa física, não pode ser uma entidade colectiva⁴¹, mesmo que a entidade indique depois o seu membro

41 Não é nula a convenção de arbitragem dispor a designar uma pessoa colectiva, deve ser uma interpretação que as partes entendem nomear essa pessoa colectiva organizar e administrar, auxiliar

ou representante para concretizar o acto necessário. A lei prevê que em geral, as partes não podem rejeitar uma pessoa como árbitro em razão da sua nacionalidade, apresenta-se como um direito fundamental, o direito de igualdade e a proibição de discriminação, salvo estipulação em contrário pelas partes. À luz do art. 10.º/6 da LAV, prevê-se a hipótese de existir um conflito entre partes de nacionalidade diferente, sendo, nesse caso, preferível que o árbitro não seja da nacionalidade de nenhuma delas, para garantir a sua imparcialidade.

Em segundo lugar, o árbitro deve, ainda, ser uma pessoa capaz, ter capacidade plena de exercício de direitos (ou pelo menos, ser maior de 18 anos), para desempenhar a sua função no processo, e praticar os actos jurídicos válidos, sob pena de anulabilidade dos mesmos, com fundamento do vício da formação ou constituição do tribunal arbitral, a intervenção de pessoas incapazes, possibilita abalar a validade e o efeito da sua sentença, pois a sua decisão, pronunciada no processo pode ser anulada.

4.1. A qualidade essencial dos árbitros – Ética / Deontologia do árbitro

Para além dos requisitos dos árbitros que analisámos acima, de acordo com art. 9.º/3 da LAV, exigem-se, ainda, os requisitos de independência e de imparcialidade dos árbitros – os elementos pessoais mais importante num processo arbitral.

Segundo Miguel Galvão Teles⁴², “*A independência e a imparcialidade de quem julga representam o requisito mínimo de um processo equitativo.*”. E França Gouveia⁴³ refere que, “...*Todos estes princípios tendem a assegurar os direitos de defesa das partes e a imparcialidade de julgamento pelo Tribunal Arbitral. São princípios essenciais que se relacionam com a validação pública de um processo privado. Isto é, o Estado só pode reconhecer que decisões de tribunais privados vinculem as partes se se cumprirem regras mínimas de justiça processual*”.

No enquadramento constitucional, a CRP assegura a todos o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, ninguém pode ser privado de gozar um processo isento e justo nos termos do art. 20.º/1 e 4. Os deveres de independência e imparcialidade encontram os seus fundamentos constitucionais no art. 20.º da CRP, em particular, a independência dos tribunais constante no art. 203.º da CRP.

A independência e a imparcialidade são os padrões do exercício do poder

a constituir o tribunal arbitral, mas não arbitrar o litígio como um árbitro.

42 Miguel Galvão Teles, op. cit., p. 132.

43 Mariana França Gouveia, “*Resolução Alternativa de Litígios – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do seu ensino teórico e prático*”, Lisboa, Julho de 2008 (não publicado), p. 96, citado por Bernardo Reis, op. cit., p. 24

jurisdicional. Os dois elementos avançam principalmente para a finalidade da justiça. É necessário acautelar a obtenção da justiça no exercício do poder jurisdicional, que é um direito fundamental dos cidadãos portugueses ou até um direito humano fundamental. No contexto da convenção internacional, podemos encontrar o direito que qualquer pessoa tem da sua causa ser examinada equitativamente por um tribunal independente e imparcial, nos termos do art. 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

No entanto, não há uma equiparação, como o poder do tribunal estadual provém da soberania do Estado, este distingue-se do poder do tribunal arbitral, que emana, directamente, da convenção das partes. O tribunal arbitral não é como outro tribunal judicial, não funciona permanentemente e tem como objectivo um caso particular, termina a sua competência logo que finda o processo, mesmo assim, o tribunal arbitral adquire dignidade constitucional à luz do art. 209.º 2, é uma das categorias dos tribunais. Tribunal Constitucional de Portugal afirmou em várias jurisprudências, que considera que o tribunal arbitral voluntário é um real e verdadeiro tribunal⁴⁴ e exerce a função jurisdicional no Estado, salientou ainda que a independência e imparcialidade do decisor são os elementos essenciais da jurisdição, que exigem garantias orgânicas, estatutárias e processuais⁴⁵.

A primeira parte do art. 203.º da CRP consagra um *dever geral de independência dos tribunais*, este dever é aplicável a todos os tribunais *no enquadramento constitucional*, inclusive aos tribunais arbitrais, a fim de não assumirem nenhuma interferência imprópria, que venha de outras autoridades privadas ou públicas, administrativas ou judiciais, nem do próprio tribunal arbitral, eg., o art. 38.º da LAV, prevê que a intervenção do tribunal judicial na obtenção da prova depende da autorização prévia do tribunal arbitral.

Ao lado da protecção no plano constitucional, a garantia da imparcialidade e independência do tribunal arbitral, necessita da mesma forma dos seus membros árbitros que o compõe, representam a expressão da isenção tal como o papel dos juízes do tribunal estadual, nos arts. 4.º e 7.º do EMJ, da Lei n.º 21/85 e do art. 4.º da LOSJ, da Lei n.º 62/2013.

A confiança na arbitragem depende da confiança no árbitro, fundamenta-se na consciência moral. O árbitro é a componente central do tribunal arbitral e do processo arbitral, em toda a arbitragem. De forma a garantir a imparcialidade e independência do árbitro, é indispensável que tenha uma posição neutral, não havendo nenhuma influência por parte de qualquer pessoa e entidade, ou ainda de outros órgãos do Estado. Para ser um bom árbitro, não há dúvida que a

44 Acórdão do TC n.º 230/86, de 12 de Setembro.

45 Acórdão do TC n.º 52/92, de 14 de Março.

independência e a imparcialidade são as primeiras qualidades mais importantes, é necessário, em grande medida, acautelar essas duas características.

Importa assinalar que a LAV antiga não consagra expressamente os requisitos de independência e de imparcialidade dos árbitros. Ainda assim, a maioria da doutrina portuguesa entendeu que a exigência destes dois elementos nos árbitros, através do art. 10.º do LAV antiga, que remeteu para o regime de impedimento, escusa e suspeições dos magistrados judiciais do CPC (arts. 122 e ss do CPC anterior, correspondem aos arts. 115.º e ss do actual CPC) aplicado aos árbitros⁴⁶. É unânime, no entendimento doutrinário, a exigência da independência e imparcialidade na prática nacional ou internacional, considerados como os dois elementos imprescindíveis e fundamentais⁴⁷ do estatuto dos árbitros.

A Lei n.º 63/2011 prevê expressamente os requisitos da independência e da imparcialidade dos árbitros no disposto no art. 9.º/3, que adopta um sistema dualista da legislação portuguesa da arbitragem, seguindo a tradição do direito alemão (art. 1036.º/1 do CPC Alemão), e exige a qualidade de independência e de imparcialidade do árbitro. Segundo Sérgio Guinchard, *a independência será um estatuto, que possibilitará e incentivará a virtude da imparcialidade, ambas constituem a neutralidade, que é uma condição da justiça privada*. Algumas leis estrangeiras apenas exigem um ou outro, por exemplo, a Lei de arbitragem da Suíça exige somente a independência, art. 180 *PILA de 1987 Switzerland's Federal Code on Private International Law* (“lex arbitri” Capítulo XII, de PILA, arts. 176 a 194 – arbitragem internacional da Suíça); na lei inglesa, apenas refere a imparcialidade do árbitro no *Arbitration Act 1996, section 24 (1.a)*; nas regras de arbitragem de 2014 do *London Court of International Arbitration* (“LCIA”), todos os árbitros devem ser imparciais e independentes nos termos do art. 5.3).

A LAV não define os conceitos de independência e de imparcialidade, tal como a maioria das leis estrangeiras da arbitragem, indica, unicamente, o princípio ou cláusula geral destes dois requisitos, trata-se de conceitos abertos e abstractos, deixa o instrumento *softlaw*, a prática da instituição ou as jurisprudências do tribunal estadual esclarecer e interpretar os seus conteúdos.

46 Não é aplicável a todos os árbitros, mas apenas os árbitros não designados directamente por acordo das partes - Lopes Cardoso, “*Da Deontologia*”, cit., p. 35 e ss; e outro autor sustenta que deve aplicar aos todos os árbitros, quer seja nomeados por acordo das partes ou não - Mário Raposo, “*Temas*”, cit., entendemos que o último faz mais sentido.

47 Art. 11.º/1 do RA do CCI (consagrou apenas o dever de independência no regulamento passado – art. 7.º/1); Regulamento de CAIHK art. 11.1; UNCITRAL Lei-modelo art. 11(5) e 12; Directrizes da IBA; *Rule of Ethics for International Arbitrators* da IBA art. 3.1; CDA do CAC art. 2.º e 3.º; CDA da APA art.1.º/1 e 3

4.1.1. Independência

A independência é o pressuposto da imparcialidade.⁴⁸ A imparcialidade depende da garantia de independência, por outras palavras, consegue atingir o objectivo da imparcialidade apenas quando assegura o cumprimento da obrigação da independência.

Assim, a independência é a primeira qualidade mais importante dos árbitros para estudarmos e analisarmos, na sociedade democrática, a defesa da justiça da arbitragem, do direito e da garantia fundamental.

A independência assenta na relação objectiva entre os árbitros e uma das partes ou quaisquer pessoas associadas à mesma, situa-se no *plano objectivo*⁴⁹, eg., a relação familiar, amigável ou inimiga, profissional ou pessoal com alguma parte ou pessoas associadas, baseado no critério objectivo, representa que não sofre qualquer influência ou tensão, social ou pessoal, não cede à pressão de qualquer parte, mas actua e decide livre e autonomamente, sem qualquer dependência ou hierarquia, é uma qualidade de quem não tem qualquer relação *sui generis* com uma das partes ou os seus mandatários. Segundo Selma Ferreira Lemes⁵⁰, “A independência é definida como a manutenção pelo árbitro, num plano de objectividade tal, que no cumprimento do seu mister não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes. A independência do árbitro está vinculada ao critério objectivo de verificação... é um pré-requisito da imparcialidade”.

Há que aferir se o árbitro teve ou tem alguma relação jurídica (de trabalho ou de prestação do serviço de consultoria) com alguma das partes (ou alguma empresa do grupo das partes), tem interesse comum com alguma das partes ou se é sempre indicado por determinada parte.

Na doutrina, a independência manifesta-se intelectualmente de dois modos, *independência interna* (assente na mente do árbitro) e *independência externa* (a posição tomada no decurso do processo)⁵¹.

A *independência interna* é um atributo do carácter do indivíduo, da sua consciência, é uma atitude de espírito, traduz que um árbitro toma uma decisão liberta de todo e qualquer constrangimento no processo intelectual de formação da decisão perante um litígio, converge a independência para o estado intelectual

48 Lino Diamvutu, “a constituição”, cit., p. 182; Thomas Clay opor-se a diferença ou distinção entre os conceitos de independência e de imparcialidade, op. cit. p. 248, citado por Agostinho Pereira de Miranda, “Dever de revelação”; p. 1267; ou “Investir em virtude”, cit., p. 11.

49 Lino Diamvutu, “A constituição”, cit., p. 183; / Manuel Pereira Barrocas, “A ética dos árbitros”, cit., p.192 e ss; Em contraposição para Miguel Galvão Teles, a independência tinha um cariz mais subjectivo e a imparcialidade uma totalidade mais objectiva.

50 Selma Ferreira Lemes, op. cit., p. 43 e 45.

51 Manuel Pereira Barrocas, “A ética dos árbitros”, cit., p. 193 e ss.

do árbitro.

Não bebe qualquer influência e pressão das partes ou de terceiros, exerce o seu poder de julgar apenas segundo o seu próprio conhecimento e entendimento, não admite a interferência de ninguém. Centraliza-se a mente do árbitro e actua sob o seu próprio ponto da vista, deixa livre o espaço mental para determinar e decidir.

A *independência externa* representa um tratamento formal, a necessidade de ouvir todas as partes, e no final, acolher ou não, de modo livre, as posições defendidas por cada parte, em relação à dialéctica das partes. Centra-se, a posição tomada pelo árbitro, do ponto de vista da actuação livre.

Em geral, para que se afirme se preenche ou não a qualidade de independência, verifica-se se existe ou não um laço objectivo entre os árbitros e as partes, há dúvidas sobre as condições objectivas de neutralidade de um árbitro proposto, eg., caso o árbitro seja sócio do escritório do advogado que representa uma das partes no processo arbitral.

Na questão da independência não entram razões concretas, subjectivamente demonstradas, da inclinação do proposto árbitro ou do árbitro para uma conclusão de falta de liberdade de decisão, basta a possibilidade de poder suceder, dada a natureza do vínculo ou vínculos de ligação à parte, pode ser qualquer laço económico ou outro que permita supor algum constrangimento objectivamente verificável. E a independência não é um requisito imutável, pode-se ser independente num determinado momento do processo, mas não noutra.

Para averiguar uma falta de independência dos árbitros, pode referir-se as quatro vertentes, *antiguidade, notoriedade, qualidade e intensidade da ligação*⁵². Todavia, uma mera relação de ligação com as partes não representa uma falta suficiente (eg., quando uma parte foi aluno da escola infantil em que o árbitro ensinava), a ligação tem de ser relevante, activa e forte, desde que sejam ligações capazes de concretizar relações objectivamente reveladoras da ausência ou de afectação diminuidora do perfil de independência do árbitro, encontrar as situações capazes de originar casos duvidosos, e não somente uma ligação insignificante. Uma actuação injusta ou discriminatória não resulta necessariamente da falta de independência, pode constituir um mero índice.

No caso de tribunal singular, o árbitro único deve ser designado por acordo das partes; e no caso de tribunal colectivo, cada parte deve designar igual número de árbitros e o seu presidente deve ser, conjuntamente, escolhido pelos árbitros designados, nos termos do art. 10.º/2 e 3 da LAV, a fim de equilibrar a intervenção das partes no processo arbitral, não é permitido um privilégio a nenhuma das partes na escolha dos membros do tribunal arbitral, designadamente do seu presidente,

52 Manuel Pereira Barrocas, “Manuel” cit., p. 301-302.

uma vez que este possui alguns poderes exclusivos, eg., o voto do presidente enquanto não há maioria na deliberação do tribunal arbitral (art. 40.º/1) – a lei de arbitragem de Macau regula que o presidente do tribunal arbitral dispõe de voto de qualidade sempre que a convenção de arbitragem ou um acordo escrito posterior o subscreva até à aceitação do primeiro árbitro (art. 29.º/2 da LAM).

Segundo a doutrina moderna, o conceito lato da independência compõe-se de conceito restrito de independência *supra* e conceito de imparcialidade.

4.1.2. Imparcialidade

Nos termos do art. 3.º do EMJ, “É função da magistratura judicial administrar a justiça de acordo com as fontes a que, segundo a lei, deva recorrer e fazer executar as suas decisões”, o magistrado judicial exerce a sua função jurisdicional para administrar a justiça, correspondente à ideia consagrada no art. 202.º/1 da CRP.

A realização da justiça pressupõe sempre a imparcialidade do seu julgador. Com o objectivo de assegurar a justiça no processo arbitral, exige-se que os árbitros exerçam as suas funções jurisdicionais de forma imparcial, o julgador da causa deve ser, sem dúvida, “um homem de consciência”. Constitui a única razão para que o Estado reconheça a dignidade do tribunal arbitral ou do estatuto dos árbitros, mesmo assim, o tribunal arbitral não integra a jurisdição do Estado⁵³.

A imparcialidade é a exigência da verdadeira decisão judicial e um princípio ético norteador da actividade judicial ou exercício da função jurisdicional para a justiça. Um procedimento equitativo, a isenção do árbitro e a decisão justa, leva as pessoas a confiarem no regime de arbitragem e a utilizarem-no, em vez de recorrerem a uma acção tradicional no tribunal estadual. A ideia de justiça não pode ser compreendida sem o recurso à imparcialidade. À noção ou imagem da imparcialidade, pode associar-se aos três elementos principais da representação da justiça, *a balança, a espada e a venda nos olhos*.

A balança simboliza um equilíbrio final e resultado justo quando um julgador ou decisor é imparcial. A espada significa que a coercibilidade serve para defender a força da decisão, manifesta-se nos arts. 27.º, 38.º e 47.º da LAV. Por último, a venda nos olhos⁵⁴ diz respeito ao julgador que não vê, ou desconsidera quem julga, como um cego, julga de forma impessoal, imparcial e

53 Manuel Pereira Barrocas, “*Poder do Árbitro*”, cit., p. 150.

54 “*a Justiça não pode mais ter os olhos vendados, devendo a Justiça ser concebida na forma...: uma Justiça com os olhos abertos, que está sentada ao lado da Filosofia... É necessário que o Tribunal Arbitral tenha os olhos abertos e examine minuciosamente todas as circunstâncias do caso concreto e o seu contexto...para aplicar o direito de forma equitativa e ética*”, sustentado por Arnoldo Wald, op. cit., p. 346.

insensível, apenas vê a melhor solução para encontrar o que é devido a cada um dos interessados no conflito.

A imparcialidade é um conceito abstracto, situada no plano subjectivo⁵⁵, é uma qualidade comportamental própria do árbitro, não é fácil expressar a sua falta ou ausência, tem de se verificar depois de analisar as situações caso a caso, eg., a atitude, o comportamento, mesmo a própria linguagem gestual e corporal, ponto de vista sensível, concentra o estado interno e de espírito (*state of mind*) do árbitro, é um tipo de qualidade psicológica, existe uma qualquer predisposição ou é favorável a uma parte. Deve averiguar-se a conformidade do requisito da imparcialidade à luz do critério subjectivo. Impõe-se saber se o árbitro está influenciado, a favor ou contra alguma das partes, a imparcialidade do árbitro poderá ser posta em causa, eg., quando já teve conhecimento do litígio, ou tenha sido pronunciada a opinião ou parecer sobre o litígio concreto, formou uma tendência ou inclinação manifesta para uma das partes, expressão ou atitude ou emoção para as pessoas sentirem uma hostilidade ou relação amistosa, ou uma disposição do árbitro ou atitude intelectual em relação ao litígio, existe um eventual pré-juízo, ou graça para uma das partes ou em desfavor da outra.

Deve manter a equidistância com todas as partes, sem qualquer influência por motivos relacionados com a ligação e as circunstâncias pessoais de uma ou de outra, ou qualquer característica pessoal, eg., a pessoa simpática ou antipática. Ao árbitro deve interessar apenas o fundamento ou base objectiva, em conformidade com o direito estabelecido pelas normas jurídicas ou outros princípios que determinarem as partes para julgar no processo arbitral, segundo a equidade ou mediante composição amigável. Selma Ferreira Lemes exprime que a ética do árbitro é mesmo a ética da arbitragem, *relação de amizade estreita com as partes, que possam gerar a dúvida razoável sobre a sua imparcialidade e independência*.⁵⁶

Conserva a liberdade de o árbitro decidir, sem constrangimentos de *ordem moral ou intelectual* (o que é distinto da independência, resumem-se os constrangimentos de ordem económica ou outros que não sejam estritamente de ordem moral ou intelectual), isenta de qualquer pressão, especialmente a resultante dos seus próprios interesses ou de influências exteriores, permite ao árbitro a escolha ponderada conscienciosa e livre, das arbitragens que lhe são apresentadas, ao mesmo tempo que lhe impõe a recusa daquelas em que entende poder estar em causa a sua imparcialidade.

Não privilegia nenhuma das partes ou ninguém no processo, deve tratar igualmente todos os interessados, nem contra nenhuma parte, assim ambas as partes devem ser tratadas objectivamente, de forma idêntica, tendente a garantir

55 Lino Diamvutu, “*A constituição*”, cit., p. 184; Manuel Pereira Barrocas, “*A ética*”, cit., p. 194.

56 Selma Ferreira Lemes, op. cit., p. 42; Lino Diamvutu, “*A constituição*” cit., p. 183.

um tratamento objectivo igual, eg., dando a mesma oportunidade e tempo para falar e responder. O decisor tem de fazer um esforço para evitar que os seus preconceitos e tendências de favorecimento influenciem a sua decisão, sem considerar as circunstâncias particulares que o caso concreto apresenta.

Segundo Alan Redfern & Martin Hunter⁵⁷, *“It is generally agreed that impartiality is primarily about an attitude of mind which as an abstract concept is difficult to measure whereas independence is a necessary external manifestation of what is required as a prerequisite of that attitude and is an objective examination into the relationship between the parties and appointed arbitrators.”* E o filósofo Kojève Alexandre⁵⁸ diz que *“um homem poderá ser extremamente inteligente, enérgico, precavido, belo ou ter outras qualidades, não será escolhido se for presumido parcial... Inversamente, se for conhecido justo, poder-se-á ignorar todos os outros defeitos que tenha”*.

No plano subjectivo, a imparcialidade do árbitro presume-se até se provar o contrário, averigua-se se o julgador, numa determinada circunstância, adopta quaisquer medidas ou garantias para excluir a dúvida legítima sobre a sua imparcialidade. A jurisprudência do TEDH considera o conceito da imparcialidade do tribunal um entendimento subjectivo. No plano objectivo, são as considerações de carácter orgânico, a imparcialidade estrutural do tribunal. Uma vez que a importância da aparência na composição estrutural do sistema ou imparcialidade formal, provoca um receio, objectivamente, justificado quanto à existência de algum prejuízo do julgador que possa ser negativamente entendido contra a parte desfavorecida, assenta numa base rigorosamente casuística. Segundo a teoria das aparências, a competência dos diversos órgãos visa proteger a imparcialidade do tribunal.

Segundo R. Doak Bishop⁵⁹, *“...um árbitro que disponha de uma predisposição mais abrangente e um espírito aberto, é frequentemente uma melhor opção do que alguém que toma atitude dúbia enquanto, simultaneamente, afirma a sua imparcialidade.”*

4.1.3. Árbitro-partidário (o árbitro da parte)

Nos EUA, existe uma figura o “árbitro não-neutral” (árbitro da parte/árbitro-partidário), que não se obriga a cumprir o dever da imparcialidade na

57 A Redfern and M Hunter, *The Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London: Sweet & Maxwell), 1999 at 220; Hong-Lin Yu and Laurence Shore, op. cit., p. 935-936.

58 Kojève Alexandre, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, éd. Posthume, 1981, spéc. N.º 27, p.194.

59 R. Doak Bishop, *The art of advocacy in International Arbitration*, p. 460, citado por Manuel Pereira Barrocas, *“Manuel”*, cit., p.311.

arbitragem doméstica, mas aplica-a na arbitragem internacional, eg., *Sunkist Distinction*⁶⁰ (“US courts tend to distinguish between the level of impartiality required of party-appointed arbitrator and ‘neutral’ chairpersons.”). Não significa que os árbitros não carecem de actuar de forma independente e imparcial, mas apenas o grau ou nível da independência e imparcialidade não são iguais como o árbitro que não foi nomeado por acordo das partes ou como o árbitro-presidente, implica um nível inferior da exigência da imparcialidade ao árbitro não-neutral, por exemplo, *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* da AAA⁶² e ABA, permite designar o árbitro-parte não neutral (referido no seu código como “*Canon X arbitrators*” designados pela parte) que não está, rigorosamente, obrigado à independência e imparcialidade, mas vale apenas para a arbitragem doméstica, excepto o árbitro-presidente ou outros terceiros árbitros que não estão isentos do cumprimento de independência ou de neutralidade (*neutral arbitrator*); A lei inglesa admite a figura de *arbitrator-advocate* (árbitro-advogado)⁶³; E as leis continentais europeias, em geral, exigem a qualidade da independência e da imparcialidade a todos os árbitros, sobretudo, a lei da arbitragem de Portugal.

“*What I am really looking for in a party-nominated arbitrator is someone with the maximum predisposition toward my client, but with the minimum appearance of bias.*”⁶⁴. Segundo Sam Luttrell “*To impose the same standard on all members of the tribunal is against logic and reason...*” – dificuldade do equilíbrio entre o ideal da independência e as realidades do mundo da arbitragem.

É inevitável que no procedimento da escolha do árbitro, as partes queiram escolher um árbitro favorável à posição que defendem – adoptam um critério de “*palpite*”, “*fama constat*”, ou conhecimento pessoal. Preferem escolher pessoas com a intenção ou ideias próximas, com cultura e costumes idênticos, a mesma língua ou que sustentam uma visão académica vizinha com a parte que o indicou, uma vez que uma boa escolha dos árbitros pode ser um factor de sucesso para as posições que defendem e não o contrário. Mesmo que o árbitro-advogado,

60 *Sunkist Soft Drinks Inc. v Sunkist Growers, Inc.*, o tribunal de recurso aceitou que o árbitro designado pela parte pode ser predisposto ou simpatizante à posição da parte que o indicou, n.º 10 F.3d 753, *11th Circuit Court of Appeals*, 1993.

61 Sam Luttrell, “*Bia Challenge*” cit., p. 136-140.

62 “*However, parties in certain domestic arbitrations in the United States may prefer that party-appointed arbitrators be non-neutral and governed by special ethical considerations.*” *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* de AAA, de 1/03/2014.

63 A Lei espanhola de arbitragem de 1988, nas arbitragens segundo o Direito, os árbitros tem de ser “advogados em exercício”, art. 12.º/2.

64 Martin Hunter, “*Ethics of the International Arbitrator*”, 53 *Arbitration* 219 – 1987, p. 222-223.

seleccionado pelas partes, tenha um nível inferior do requisito de independência, ainda se exige uma total imparcialidade e neutralidade na sua conduta, por exemplo, em alguns sistemas jurídicos ingleses (EUA e Reino Unido), *permite-se que os árbitros não sejam independentes, mas não que não sejam imparciais e justos*, “*an arbitrator who is impartial but not wholly independent may be qualified, while an independent arbitrator who is not impartial must be disqualified.*”.

Na verdade, é inviável que se exija a imparcialidade absoluta na arbitragem, deve verificar-se a ausência da imparcialidade segundo o critério objectivo, ou “uma tese objectiva de parcialidade”⁶⁵. Por outro lado, não tem sentido haver necessidade de provar uma situação de conflito de interesse real⁶⁶, basta provar que há uma situação suspeita de parcialidade dos árbitros. Os deveres de imparcialidade e de independência ainda representam a ordem pública, não presidem somente no momento da designação, mas devem permanecer em todo o processo.

Determinada ligação entre um árbitro e um advogado de uma das partes não constitui, por si só, falta de independência e desqualificação do árbitro⁶⁷. Outrossim, um magistrado efectivo é impedido de desempenhar a função de árbitro, nos termos dos art. 5.º/2 do LOSJ e art. 13.º do EMJ.

O efeito da sentença arbitral é igual ao da sentença judicial (“*poder característico da Potestas*”), constitui mesmo um título executivo e o seu cumprimento é obrigatório à luz do art. 42.º/7 da LAV – se bem que não possa ser forçosamente executada pelo próprio tribunal arbitral (ausência de “*poder do árbitro poder característico das Autorias*”), e quanto à oposição à execução em relação à decisão arbitral, os seus fundamentos são mais do que os da decisão judicial (arts. 705.º e 730.º do CPC).

De qualquer modo, a escolha ou a nomeação dos árbitros cabe, primeiramente, às partes (art. 10.º LAV), sem prejuízo da intervenção do tribunal estadual ou da instituição arbitral no caso de não haver acordo na sua escolha ou nomeação, sustenta o mesmo art. 11.º da Lei Modelo UNCITRAL, art. 12.º do Regulamento de Arbitragem da CCI, e art. 11.º e 12.º do Regulamento de Arbitragem Internacional da AAA.

A liberdade das partes não é absoluta, quanto ao modo de escolher os árbitros, não podem as partes acordarem que apenas uma delas designe todos os árbitros ou a maioria dos árbitros num processo, por causa da violação da ordem

65 Selma Ferreira Lemes, op. cit., p. 56, os factos que em decorrência do seu cargo ou função possam gerar dúvidas justificadas, ou uma real possibilidade da ausência de independência e imparcialidade e que possam ocasionar razoável apreensão nas partes.

66 ‘*real danger of bias test*’ agora, claramente, adoptado pelos Tribunais Ingleses, em relação aos árbitros, Hong-Lin Yu & Laurence Shore, op. cit., p. 944.

67 Manuel Pereira Barrocas, “*Manuel*” cit., p. 303.

pública, o que conduz à *nulidade* da convenção de arbitragem nos termos do art. 280.º/2 do CC. Ambas as partes devem escolher os árbitros em igualdade de circunstâncias, designarem igual número de árbitros conforme o previsto no art. 10.º/3 da LAV.

5. A garantia da qualidade (independência e imparcialidade – requisitos essenciais) dos árbitros para assegurar a confiança na arbitragem

5.1. Critério de verificação da falta de imparcialidade e de independência

Considerando que a independência e a imparcialidade são conceitos abstractos e filosóficos, a verificação do seu cumprimento em geral não é fácil ao longo do tempo, muitas vezes é complicado de definir, a impossibilidade de exemplificar todas as situações ou circunstâncias eventuais do conflito de interesses e a dificuldade de imaginar como tal orientação ou guia poderia ser dada.

A LAV adoptou *uma regra geral dos requisitos dos árbitros* para lhes exigir a qualidade de independência e de imparcialidade (art. 9.º/3), não sendo adequada para fixar um parâmetro fechado e aclarar quais as situações que suscitam dúvidas fundadas sobre a sua imparcialidade e independência, deve avaliar as circunstâncias específicas de caso para caso. Mesmo que os relacionamentos sejam idênticos entre as partes e os árbitros em casos diferentes, as diversas verificações podem resultar quanto à questão da independência e da imparcialidade. É preferível estabelecer *um padrão de referências gerais*, composto de exemplos mais capazes de suscitar as dúvidas fundadas sobre a imparcialidade e independência dos árbitros, para orientar os próprios árbitros, os tribunais arbitrais ou estaduais (quando intervêm num processo de recusa) para que analisem e determinem as situações particulares se constituem ou não um perigo real ou apreensão razoável. Em geral, recorre-se ao *critério objectivo de dúvida razoável* para apreciar se as circunstâncias podem suscitar dúvidas quanto à imparcialidade e independência dos árbitros

Resulta o motivo da *acção de anulação* (decisão cassação) contra a sentença proferida pelo tribunal arbitral parcial de acordo com art. 46.º/3 a) iv) da LAV, por causa da composição do tribunal arbitral não estar conforme com a lei e tenha sido atingido um nível de gravidade. Demonstrando a existência do nexo de causalidade entre a decisão final e a falta de imparcialidade e de independência dos árbitros, prova-se que a falta teve influência decisiva sobre a resolução do litígio, conduzindo a causa razoável para chegar à mesma decisão final.

5.2. A comunicação entre as partes e os árbitros

Após o acto de investidura dos árbitros, a comunicação privada entre as partes e os árbitros deve ser inibida. Tanto os árbitros, como as partes, têm o

dever de evitar qualquer contacto impróprio entre si⁶⁸. A comunicação negada não abrange apenas a forma dos contactos orais, mas também quaisquer comunicações escritas. Limitando-se quaisquer conversas sobre o objecto à revelação da sua posição ou decisão relativamente às questões judiciais em debate num caso concreto, evita revelar as inclinações no tocante às soluções jurídicas que venham a ser aplicadas num determinado caso.

No início da fase da designação dos árbitros, as partes podem ter um contacto prévio com os árbitros propostos, limitando-se a transmitir as informações básicas do conflito e a descrição sumária do litígio, por exemplo, o objecto do litígio, as identificações das partes, para os árbitros investigarem a sua disponibilidade e capacidade relativamente aos conflitos concretos do caso, mas não deve ter como objectivo recolher a posição que o árbitro tomará. Durante o processo arbitral, a regra é a inibição da comunicação entre as partes e os árbitros, a não ser que seja necessário contactar com um dos árbitros, deve notificar mesmo os outros árbitros, eg., art. 5.º do CDA do CAC ou Canon III de *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* da AAA.

Quando instalado na função de julgar, o árbitro “vale” o mesmo que um juiz, ou até vale “mais”⁶⁹. A regra é a inexistência de recurso contra a decisão final arbitral. Ademais, a LAV confere poderes amplos aos árbitros quanto à determinação das regras processuais arbitrais aplicáveis no caso concreto. Porquanto, a exigência da deontologia dos árbitros deve ser mais alta do que a dos juízes.

5.3. A remuneração dos árbitros

Quanto à matéria dos honorários dos árbitros, as partes podem acordá-los na convenção de arbitragem, mas o seu efeito não fica produzido ainda, uma vez que os árbitros não participaram, normalmente, na negociação da sua fixação, nem a aceitaram. Em princípio, a remuneração fica fixada logo que os árbitros a aceitem e assinem o contrato de árbitro ou outros acordos posteriores. Mesmo que as partes paguem aos árbitros as suas proporções dos honorários, não significa que os árbitros têm de se sujeitar às instruções ou opiniões das partes, não existe uma relação de pura prestação de serviços entre eles. Os árbitros podem fixar os honorários quando as partes e os árbitros não chegam a acordo, e as partes podem requerer ao tribunal estadual a redução dos montantes dos honorários ou das despesas e preparos respectivos, a decisão do tribunal estadual não é susceptível de recurso (art. 17.º/ 3). Quando uma ou ambas as partes não pagam a sua parte

68 As partes podem estabelecer a comunicação entre as partes e os árbitros (árbitro-não neutral / neutral), podem convencionar uma comunicação livre entre eles, eg., AAA, Canon X (c)(5).

69 José Miguel Júdece, op. cit., p. 106

de honorários, os árbitros podem suspender o processo com base no fundamento de exceção de incumprimento nos termos do art. 17.º/4, assim, evita-se que os árbitros criem uma má percepção contra a parte que não pagou.

5.4. Dever de revelação e Direito de recusa

Segundo Thomas Clay, “a obrigação de revelação é a pedra angular do regime jurídico da independência do árbitro, graças à sua dupla função, a de representar um critério de avaliação da independência e a de ser meio de protecção dessa garantia.” *A revelação é o seguro da vida da instância arbitral.*⁷⁰

O dever de revelação é o corolário dos requisitos de independência e de imparcialidade, previsto no art. 13.º, deve manter-se ao longo de todo o processo, em princípio até à prolação da decisão final, ressalvando que o árbitro pode, eventualmente, retomar o processo depois da decisão final proferida, eg., art. 45.º, 46.º/8. O disposto no art. 13.º/1 e 2, obriga as partes a pronunciar ou revelar quaisquer circunstâncias ou situações que ponham em causa ou suscitem dúvidas fundadas sobre a imparcialidade e independência dos árbitros. Pode ser encontrado o mesmo dever em vários regulamentos das instituições internacionais de arbitragem (eg., Canon II do *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* da AAA, art. 11.º/2, 3 do Regulamento da Arbitragem da CCI, Princípio Geral n.º 3 das Directrizes do IBA, ou regra n.º 2 de *Code of Ethical Conduct* do CAIHK) ou doméstica (eg., art. 4.º do Código Deontológico do Árbitro da APA ou do CPC).

O cumprimento do dever da revelação das partes não pode significar, automaticamente, a falta ou ausência da imparcialidade e independência. Depois de as partes terem conhecido ou tomado atenção às situações de dúvidas, podem decidir se exercem os seus direitos de recusa dentro do prazo (art. 13.º/3).

5.4.1. Dúvidas fundadas sobre a independência e imparcialidade dos árbitros

É importante saber quais as circunstâncias que podem suscitar dúvidas razoáveis sobre a imparcialidade e independência dos árbitros. Na prática da arbitragem, há dois critérios para a sua verificação: o critério objectivo, suscita dúvida *numa terceira pessoa razoável*, o que é sustentado na nossa LAV, na Lei Modelo da UNCITRAL⁷¹, nas leis nacionais alemãs e espanholas; e o critério

70 Thomas Clay, “*L’indépendance*”, cit., p. 218 e 235.

71 Art. 12(2) da Lei Modelo da UNCITRAL “*An arbitrator may be challenged only if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence, or if he does not possess qualifications agreed to by the parties...*”

subjectivo é adoptado pelo CCI⁷² e IBA⁷³, numa posição *dos olhos das partes*. Segundo Selma Ferreira Lemes, “*deve-se colocar no lugar das partes e indagar a si, se fosse parte, se gostaria de conhecer tal facto. Portanto a amplitude e razoabilidade do que revelar deve ser avaliada na visão do árbitro, cumulada com a das partes*”⁷⁴. A sua verificação não se coloca apenas na posição de árbitro ou assenta no seu juízo, mas deve-se colocar na posição das partes, e investigar, se fosse a parte, o que ela tem interesse de saber.

Em Portugal, não existem quaisquer *regras gerais legais sobre os conflitos de interesses de árbitros*, e da mesma forma, não é possível estipular uma cláusula ou regra geral para exemplificar todas as situações eventuais que na vida real possam ocorrer, nem sobre a matéria sensível e a consciência moral do árbitro, e outrossim, não existe nenhum código deontológico nem regras gerais legais em Portugal sobre o conflito de interesses, quer para magistrados jurídicos, quer para os árbitros, com excepção do código deontológico das instituições arbitrais. Em princípio, introduz um *critério de razoabilidade* para verificar se existem ou não conflitos de interesse na designação dos árbitros pelas partes.

Como já vimos antes, as Directrizes da IBA são como *softlaw* do direito da arbitragem, tem um papel imprescindível na matéria da deontologia dos árbitros, muitas instituições arbitrais internas, eg., APA ou CAC, remetem essas Directrizes para o efeito da interpretação ou integração das suas próprias regulamentações. Alguns autores consideram que hoje as Directrizes se constituem como *lex mercatória*, sem excepção os tribunais arbitrais ou judiciais de Portugal aplicam-nas mesmo. O que revela que as Directrizes são referências relevantes e importantes aplicáveis em matéria de conflitos de interesses na comunidade arbitral portuguesa.

Entretanto, impõe aos árbitros o *dever de investigar* as situações susceptíveis de pôr em causa a imparcialidade e independência dos árbitros, senão deixa de constituir uma omissão de revelação desculpada por desconhecimento de árbitro, eg., pede ao árbitro para fazer uma pesquisa cuidada sobre as relações e possíveis coligações entre os seus clientes e árbitro. O direito de recusa das partes será prejudicada se o árbitro dissimular as ligações suspeitas o que sempre dificulta encontrá-las. As partes que tomaram conhecimento de certas circunstâncias

72 Art. 11.2 do RA da CCI “...any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator’s independence in the eyes of the parties...”

73 O princípio geral n.º 3(a) da Parte I das Directrizes do IBA, sobre a divulgação pelo árbitro, que aceita uma abordagem subjectivo, adaptou a redação do art. 7(2) do RA da CCI; ao invés, implica um critério objectivo para apurar o impedimento do árbitro nos termos do princípio geral n.º 2(b) da Parte I das Directrizes do IBA.

74 Selma Ferreira Lemes, op. cit., p. 46-47

duvidosas, não podem impugnar mais tarde senão tiveram reagido naquela altura.

Se o incumprimento do dever de revelação for imputável ao árbitro, pode-lhe ser imputada a *responsabilidade civil*, nos termos do art. 798.º do CC, por incumprimento da obrigação do contrato dos árbitros. Mais, podem ainda recusar o árbitro desqualificado à luz do art. 14.º da LAV. Todavia, as partes não podem exercer o seu direito de recusa por motivo irrelevante e insignificante, senão isso constitui *abuso de direito*, nos termos do art. 334.º do CC.

A nova LAV prevê, no seu art. 14.º, regras próprias no processo de recusa, estabelecendo um prazo para a apresentação da recusa, não se pode impugnar, posteriormente, a decisão por via da acção da anulação ou recurso com base na mesma causa. O tribunal arbitral decidirá a pretensão da recusa depois da intervenção ou audiência do árbitro visado quando ele não renunciou. A decisão do tribunal arbitral é susceptível de recurso segundo o art. 59.º/1 b) da LAV.

O processo da recusa do árbitro, em princípio, não produz efeito suspensivo do processo arbitral (14.º/3), pois o processo principal continua ao mesmo tempo. Porém, as partes podem suspender o processo arbitral por acordo para que não haja qualquer inconveniente quando a recusa for declarada procedente; por outro lado, na medida em que a confiança das partes no árbitro visado já foi abalada, a não suspensão afectará, inevitavelmente, a cooperação e a colaboração das partes no processo arbitral.

6. O princípio da imunidade e as eventuais responsabilidades dos árbitros por falta de qualidade / incumprimento – civil / penal / disciplinar

Incumbe aos árbitros a missão de administrar a justiça e exercer a função jurisdicional, a lei atribui-lhes o *benefício da imunidade / irresponsabilidade* no processo arbitral. O princípio da irresponsabilidade dos julgadores pode ser encontrado nos arts. 216.º/2 da CRP, art. 4.º/2 da LOSJ e art. 5.º do EMJ. O objectivo do benefício da imunidade consiste em assegurar o exercício livre da função jurisdicional pelos julgadores.

Os árbitros são os julgadores do processo arbitral, beneficiam mesmo de imunidade ou irresponsabilidade, de acordo com art. 9.º/4 e 5 da LAV, com a finalidade de julgarem com total liberdade, poderem decidir pacificamente e não recearem quaisquer represálias ou não sofrerem outras pressões. Em princípio, está imune a responsabilidade civil dos árbitros decorrentes das decisões por eles proferidas, não podem ser responsabilizados por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional que legalmente lhes corresponda.

Porém, a imunidade dos árbitros não é um princípio absoluto, limitando-se apenas à responsabilidade decorrente do conteúdo da decisão por eles proferida ou

derivada do acto jurisdicional praticado legalmente⁷⁵. Em caso de dolo ou culpa grave (“*bad faith*”) dos árbitros⁷⁶, estes serão responsáveis nos termos do art. 5.º/3 do EMJ e art. 14.º/1 da lei n.º 67/2007. Quando os árbitros exercerem e actuarem os seus encargos de forma parcial, injusto ou abusivo, serão responsáveis pelos danos causados às partes ou ao terceiro envolvido.

Entretanto, a lei exige que se atinja um determinado grau de culpabilidade para a assunção da responsabilidade dos árbitros e não basta actuar apenas com culpa leve ou pura insciência/inexperiência. Em consequência da violação do valor da imparcialidade, como parte integrante do conceito da ordem pública de Portugal, de qualquer forma, podem pedir indemnização dos danos e custos causados pela actuação indevida do árbitro (eg., as partes perderam tempo e houve um atraso no processo).

A responsabilidade do árbitro é pessoal, é dirigida contra cada árbitro, uma vez que a independência dos árbitros perante as partes, os tribunais judiciais, e qualquer outra entidade ou órgão público ou privado, ainda entre o próprio tribunal arbitral, não implica a responsabilidade obrigacional solidariamente entre os árbitros.

No plano da *responsabilidade civil*, tal como vimos, considerando que o estatuto especial do árbitro provém de diversas fontes. Portanto, a responsabilidade consiste em duas formas, por actos jurisdicionais (delitual / extracontratual) – eg., o incumprimento dos deveres de agir de forma imparcial e independente ou agiu com dolo ou culpa grave e causa danos ilícitos (art. 12.º e 14.º da lei n.º 67/2007) – ou por actos não jurisdicionais (contratual)⁷⁷–eg., art. 12.º/3, 15.º/2, 43.º/4.

No caso de um árbitro praticar actos de fraude ou de burla, ou até crimes de falsificação, de concussão ou de suborno, abuso de confiança das partes, em benefício próprio ou de terceiros, com ou sem prejuízo para as partes, para além da responsabilidade delitual, assume ainda a responsabilidade criminal correspondente de acordo com direito penal de Portugal (eg., art. 363.º, art. 369.º, art. 379.º e art. 386.º/1 c) do CP), bem como constitui um vício substancial e será anulável a sua decisão arbitral, por causa da violação da ordem pública

75 No regime da Lei comum, a imunidade de árbitros é quase sem limite, eg. Na norte-americana; e no regime do direito civil, a imunidade dos árbitros deve ser analisada segundo diferentes pontos de vista.

76 De acordo com os arts. 809.º e 800.º/2 do CC, a cláusula de exclusão ou limitação de responsabilidade do devedor em caso de dolo ou culpa grave é nula - António Pinto Monteiro, “*Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civi*l”, Almedina, 2011, 2.ª Reimpressão.

77 De acordo com a regra geral do art. 483.º e 799.º do CC, presume-se a culpa sobre a falta de cumprimento por árbitro, e cabe ao árbitro provar a justificabilidade da sua actuação e o incumprimento não proceder de culpa dele.

internacional de Portugal⁷⁸⁷⁹ nos termos do art. 46.º/3 b) ii), será reconhecido, oficiosamente, pelo Tribunal da Relação.

Quanto à arbitragem institucionalizada, o árbitro integra-se na instituição arbitral e pratica os actos no processo em nome do membro-árbitro, quando ele desempenha a sua função de forma parcial ou não independente, conduz ao incumprimento do regulamento ou código deontológico da sua instituição arbitral, neste contexto, o membro-árbitro assume ainda a responsabilidade disciplinar perante a entidade pertinente, eg., com suspensão do exercício do serviço de arbitragem em nome do membro-árbitro na instituição ou exclusão do seu nome na lista dos membros-árbitros.

7. A composição do tribunal arbitral e o estatuto dos árbitros na Lei da Arbitragem de Macau

Na secção III da LAM (os arts. 10.º a 19.º), trata-se, principalmente, da composição do tribunal arbitral, o modo da designação e os requisitos dos árbitros, em princípio, foram influenciados pela LAVP antiga (Lei n.º 31/86 de Portugal), e tendo como referência as legislações de outros países e territórios.

A estruturação do tribunal arbitral *ad hoc* está prevista no art. 10.º da LAVM, com a autonomia das partes, cabe a estas determinar a composição do tribunal arbitral e dos seus membros na convenção da arbitragem ou acordo escrito posterior, mas a sua composição é limitada a um número ímpar. Se as partes não acordarem o número de árbitros, será o tribunal arbitral operado supletivamente na forma colectiva e composto por três árbitros, conforme do art. 10.º/2, que foi inspirado pelo art. 6.º da LAVP antiga, e adoptou também esta mesma solução no art. 10.º da Lei da arbitragem externa de Macau (“LAEM”) e da Lei Modelo UNCITRAL.

No art. 7.º/4 da LAVM, é aflorado um princípio geral da igualdade das partes no processo arbitral plasmado no art. 20.º/a), considera-se não escrito o pacto na convenção da arbitragem que confira a uma das partes qualquer poder, privilégio ou faculdade em relação à designação do árbitro ou dos árbitros, não permite que uma parte goze de posição mais favorável no procedimento arbitral do que a outra. É um princípio do tratamento de igualdade das partes sobre o modo da designação dos árbitros, o mesmo foi consagrado no art. 18.º da LAEM e da Lei Modelo. De facto, é proibida a figura do árbitro *ex parte* no regime da

78 A LAV adopta uma solução ecléctica “ordem pública internacional” de Portugal, não é igual com “ordem pública” de direito interno, adoptada no anteprojecto da LAV.

79 Thomas Clay, Yves Derains sustenta a ideia minimalista – opõem-se o tribunal estadual analisar o mérito da causa.

arbitragem de Macau, e quando a parte da convenção de arbitragem, em matéria da designação dos árbitros, *fica sem efeito* por causas da violação do art. 7.º/4, aplicam-se as regras supletivas do art. 11.º e o tribunal arbitral funciona em forma colectiva, cada parte indica um árbitro, a menos que acordem em designar mais do que um árbitro cada parte, mas em número igual (art 11.º/2), os árbitros designados escolhem o terceiro árbitro por acordo para completar a constituição do tribunal arbitral, e o presidente será escolhido por todos os árbitros entre si (art. 18.º/1). Não havendo acordo dos árbitros designados sobre a selecção do terceiro árbitro ou do presidente do tribunal arbitral, o terceiro árbitro será nomeado pelo Tribunal Judicial de Base – equivalente ao tribunal de competência genérica – e o mesmo nomeado exercerá a função de presidente do tribunal arbitral.

7.1. Garantia de independência e de imparcialidade dos árbitros na LAM

Em princípio, a exigência da *independência dos tribunais*, é a pedra angular da sociedade democrática e a manifestação importante dos direitos humanos fundamentais, para que os tribunais – sobretudo, os seus julgadores – possam determinar e decidir livre e autonomamente, os quais gozam dos poderes jurisdicionais e exercem, de forma independente, as funções judiciais, nos termos do art. 83.º da Lei Básica de RAEM, do art. 5.º da Lei n.º 9/1999 e do art. 4.º da Lei n.º 10/1999. A LAM fornece as condições fundamentais para que se confirme uma posição do tribunal arbitral relativamente livre e independente perante as partes, assegura que a sua composição seja mais equânime, com a finalidade de pronunciar a decisão mais justa e isenta, sem influência de quaisquer factores exteriores. Cada parte poderá designar, directamente, os árbitros, ou incumbir um terceiro de indicar alguns ou a totalidade dos membros do tribunal arbitral (art. 15.º/6). De qualquer forma, não cede a exigência da independência do tribunal arbitral e dos seus árbitros.

Na arbitragem *ad hoc* em Macau, os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes (art. 12.º), o que é idêntico ao art. 8 da LAVP antiga e art. 9 da LAVP. A designação de uma pessoa colectiva como árbitro na convenção de arbitragem ou outro acordo posterior, considera-se como não escrita (art. 12.º/2), a menos que se entenda confiar a uma pessoa colectiva a organização da arbitragem e trata-se uma arbitragem institucionalizada. É certo que as partes podem estipular outras qualidades especiais na convenção de arbitragem (compromisso arbitral / cláusula compromissória), eg., a capacidade técnica ou especialista, habilidades linguísticas – não é viável estabelecer uns requisitos específicos na cláusula compromissória porquanto não é previsível quais as características particulares dos árbitros que deverão ser exigidas em face aos eventuais litígios ocorridos no futuro –. A falta dos requisitos exigidos constitui a desqualificação dos árbitros,

implica a irregularidade da constituição do tribunal arbitral e gera a causa da anulabilidade da decisão arbitral à luz da segunda parte do art. 38.º1/b) da LAM.

O art. 13.º da LAM estabelece o *princípio da liberdade da aceitação* do encargo de árbitro, tem sentido ninguém poder impor o desempenho da função de árbitro, as pessoas indicadas podem declinar livremente. Como já vimos, a designação torna-se válida e eficaz logo que os árbitros aceitem as propostas comunicadas pelas partes. A aceitação da designação pode ser feita na forma *expressa* (art. 13.º/2, declarar por escrito no prazo de 10 dias contados da comunicação da designação) ou *tácita* (art. 13.º/3, praticar sem reserva actos que revelem a intenção de exercer funções de árbitro, mesmo antes de decorrido o prazo de 10 dias).

Depois da aceitação do encargo de árbitro, não pode escusar sem que apresente causa superveniente que demonstre a impossibilidade de exercer a sua função, salvo indicação em contrário pelas partes. Caso o árbitro se escuse, injustificadamente, ao exercício da função, assume a responsabilidade civil relativamente à violação da obrigação do contrato de árbitro – incumprimento.

Se bem que a exigência da *imparcialidade dos árbitros* não se manifeste expressamente na LAM, pode consubstanciar no art. 14.º da LAM, atribui às partes o direito da recusa de árbitro por dúvidas fundadas sobre a sua independência ou imparcialidade, e incumbe aos árbitros o dever de revelação sobre as circunstâncias suspeitas. Reflecte-se imediatamente no art. 12.º/3 da LAM um requisito implícito, implica o *impedimento especial* da pessoa que tiver desempenhado as funções de conciliador em fase prévia da conciliação no mesmo processo, desde que se convençione a prévia realização de uma conciliação na convenção de arbitragem ou em acordo posterior. Visa a segurar a independência e imparcialidade dos árbitros, a LAM remete para a aplicação do regime geral do impedimento, suspeições e recusas estabelecido na lei do processo civil (art. 311.º, 315.º e 316.º do CPCM), nos termos do art. 14.º/1 da LAM, que foi inspirado, principalmente, pelas várias legislações internas de outros países e territórios ou do documento internacional, como o art. 10.º/1 da LAVP antiga, do art. 1514.º/2 do CPCP de 1961, e do art. 12.º/1 da Lei Uniforme Europeia etc. Encontra-se a equiparação do regime da escusa e recusa dos juizes e dos árbitros, e devemos entender que a remissão para o direito do processo civil quanto ao regime do impedimento, suspeições e recusas, é somente para as causas enunciadas nos artigos 311.º, 315.º e 316.º do CPCM, mas não para todo o procedimento ou sistema.

O regime dos impedimentos (art. 311.º), escusas (art. 315.º) e recusas (art. 316.º) estabelecido no CPCM, é quase *ipsis verbis* dos arts. 115.º, 119.º e 120.º do CPC de Portugal (“CPCP”), é como um expediente da garantia de imparcialidade dos árbitros, recusará um árbitro quando verificar as situações ali enunciadas, as quais podem ser geradas por uma desconfiança sobre a sua

neutralidade e imparcialidade – como a epígrafe do capítulo VI, “Das garantias da imparcialidade”, do CPCP. As disposições do regime dos impedimentos e suspeições previstas no direito do processo civil quer de Macau quer de Portugal, configura mesmo um “*princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria*” (art. 311.º1/a do CPCM e art. 115.º1/a do CPCP), descrevem as circunstâncias concretas que têm ou podem ter impacto no juízo sobre a sua integridade e seriedade, devido à existência de qualquer relacionamento familiar próximo entre a parte e o árbitro, a intervenção passada ou presente a respeito do objecto, se tiver interesse pessoal ou financeiro significativo no objecto ou possuir dependência económica ou relacionamento profissional com uma das partes ou associadas destas, ou ter intimidade ou inimizade com uma parte, apresente um conflito de interesses quer aos olhos das partes quer sob o ponto de vista razoável de terceiros – na jurisprudência inglesa, para o tribunal apreciar a parcialidade depende de existir um perigo real de parcialidade e não é suficiente a um receio razoável.

Macau tem um sistema judicial próprio, que é autónomo e independente do Governo Local e do Governo Popular Central da China, goza do poder de julgamento em última instância. Em Macau, a função de árbitro é considerada da mesma forma como a do juiz, a decisão arbitral considera-se um caso julgado e tem a mesma força executiva como a do tribunal judicial (art. 35.º), sempre que a decisão arbitral não seja susceptível de pedido de rectificação ou esclarecimento (art. 31.º) ou de impugnação por recurso (art. 34.º) – não abrange a decisão que esteja impugnada por via da acção de anulação, sendo equiparada tal pendência à pendência de um recurso com efeito meramente devolutivo (art. 39.º/2), ou seja, considera-se a decisão arbitral transitada em julgado mesmo que a decisão ainda esteja impugnada por via da acção de anulação –, constitui o título executivo depois do trânsito em julgado a decisão arbitral nos termos dos arts. 678.º/1 e 679.º/2 do CPCM.

A ética dos árbitros ou da arbitragem fundamenta-se num valor relevante e ponderoso na sociedade moderna, o árbitro não exerce apenas o poder público de julgar, mas ainda, administra a justiça em nome das partes, assume um papel de julgador imparcial, tem o dever de garantir um processo equitativo e de proferir uma sentença justa.

O art. 14.º/2 da LAM consagra a solução de ambas as partes poderem recusar qualquer dos árbitros por causas de impedimentos ou escusas *posteriores* à sua designação (não se limita a possibilidade da recusa dos árbitros aos não designados como o regime da LAVP antiga), e quanto às causas de impedimentos ou escusas *anteriores à designação*, o árbitro ainda pode ser recusado pela parte que o não designou directamente ou por ambas as partes quando só tiverem sido posteriormente conhecidos. O procedimento do incidente dos impedimentos ou suspeições conduzir-se-á nos termos do art. 14.º/4 e 5 da LAM, a decisão

da pretensão de recusa por uma parte cabe ao TJB quando não havendo outra estipulação das partes sobre o modo de decidir a recusa, e tal decisão é insusceptível de recurso para tribunal superior.

A LAM regula a *obrigação de revelação* no art. 14.º/3, como já antes aludido, a obrigação de revelação é uma obrigação legal resultante da função pública dos árbitros, impõe-lhes o dever de revelar as situações que suscitam ou geram desconfiança sobre a sua honestidade, como um dever acessório de independência e de imparcialidade dos árbitros, facilita as partes tomarem conhecimento das situações suspeitas concretas para permitir que exerçam, eventualmente, os seus direitos de recusa – no prazo de 15 dias, não o fazendo e salvo outro acordo ter sido feito entre as partes, *caduca* o direito de recusa –, evita a invalidade da decisão arbitral por causa da irregularidade da composição do tribunal arbitral em que o árbitro parcial se integra. A violação do dever da revelação (ou dever de dar informação) pode resultar na *responsabilidade civil* do árbitro visado nos termos do art. 478.º/2 do CC de Macau (correspondente ao art. 485.º/2 do CC de Portugal).

Importa apontar que a instância arbitral fica suspensa imediatamente até à decisão da pretensão de recusa do árbitro, segundo o art. 14.º/6 da LAM⁸⁰, ao invés das disposições da LAVP antiga ou actual. Todavia, a doutrina portuguesa admite que o tribunal arbitral pode deliberar suspender a arbitragem quando considere o fundamento da recusa ser razoável e a probabilidade de obter uma decisão positiva sobre a pretensão da recusa⁸¹, uma vez que evite prosseguir o processo arbitral com um árbitro não imparcial e conduzir à invalidade do processo e da sua decisão. Quando um ou alguns árbitros for / forem afastados do processo arbitral em virtude de impossibilidade física ou jurídica, ou de falta das qualidades dos árbitros, tal ausência deve ser substituída segundo o acordo das partes ou as regras supletivas aplicável à designação senão a convenção da arbitragem *caducará* nos termos do art. 9.º/1 a) da LAM⁸².

As medidas de garantia de independência e de imparcialidade dos árbitros adoptadas são similares na LAM e na LAVP. Por um lado, impor um *dever de revelar* aos árbitros perante as partes (*meio preventivo*), sempre que existam certas circunstâncias que suscitem a desconfiança sobre a sua imparcialidade e independência antes ou depois da designação – caso haja dúvidas sobre as circunstâncias concretas, deve relevar sempre (“*in dubio pro disclosure*”). Por outro lado, as partes possuem o *direito de recusa* quando verificarem a falta da

80 Permite que as partes possam suspender a instância arbitral, uma ou várias vezes, por tempo total não superior a 60 dias, por comum acordo, no termos do art. 28.º da LAM.

81 António Sampaio Caramelo, “*O estatuto*” cit., p. 57.

82 Nos termos do art. 9.º/1 da LAM, a convenção de arbitragem caduca quando verificarem três situações.

qualidade dos árbitros, tenha sido encontrado pelas partes ou seja conhecida através da revelação do árbitro. Ainda que a decisão tenha sido pronunciada, poderiam as partes anular tal decisão inválida e ainda resultaria a responsabilidade extracontratual por causa da violação dos deveres legais do árbitro, funciona como um *meio de controlo* da garantia da ética dos árbitros.

Interessa mostrar uma solução plausível adoptada na LAM sobre a fixação supletiva da remuneração dos árbitros no processo arbitral se a convenção de arbitragem for omissa e as partes não chegarem a acordo para tal nos termos do art. 19.º/4. Para evitar a omissão ou a divergência em matéria das remunerações dos árbitros, os que tiverem sido designados quer pelas partes quer por um terceiro – não abrange o caso da instituição arbitral designar os árbitros, cuja remuneração deveria ser fixada nos termos do seu regulamento –, estabelecia uma tabela aprovada pelo Despacho n.º 109/GM/98, publicado em 18 de Novembro, para que fixe supletivamente a remuneração do árbitro ou dos outros intervenientes (eg., secretários, peritos, intérprete ou tradutores). Em princípio, a remuneração do árbitro único ou dos outros intervenientes será fixada na tabela a partir de valor do pedido, proporção da fase do procedimento e forma do encerramento do processo. No caso do tribunal arbitral colectivo, o árbitro-presidente recebe 64% do valor aplicável ao árbitro único, e não inferior 3.200 patacas, e os restantes árbitros, cada um recebe metade do valor aplicável ao árbitro único, e não inferior 2.500 patacas.

8. O regime jurídico da arbitragem da China

A arbitragem chinesa é um regime do tipo de – “arbitragem voluntária necessariamente institucionalizada”⁸³, regulada pela Lei da Arbitragem da República Popular da China (LAC), de 31 de Agosto de 1994, os seus processos apenas podem ser realizados nas comissões permanentes de arbitragem, não havendo a possibilidade da arbitragem *ad hoc* (temporária), na convenção de arbitragem é necessário definir, claramente, a matéria do objecto da arbitragem e da escolha da comissão de arbitragem particular, se não se definir ou definir equivocadamente, considera-se a convenção da arbitragem *nula*, de acordo com art. 18.º da LAC⁸⁴. A comissão arbitral está instalada em cada cidade ou região em toda a China, cada comissão dispõe do seu próprio regulamento e membros-árbitros, as comissões arbitrais devem nomear as pessoas justas e imparciais

83 Paulo Duarte, *A Intervenção do Tribunal Judicial no Processo de Constituição do Tribunal Arbitral e o Princípio do Contraditório*, p. 11, (revistas.ulusofoa.pt/index.php/rfdulp/article/download/2970/2232.)

84 As partes podem completar o acordo, se o acordo complementar não for alcançado, a convenção de arbitragem será nula.

como os seus membros-árbitros e estabelecer uma lista dos árbitros em diferentes especializações (art. 13.º da LAC)⁸⁵.

A LAC consiste em três tipos de arbitragem: arbitragem doméstica, a arbitragem que decorre na China relacionada com o estrangeiro⁸⁶, e a arbitragem internacional. As sentenças de todos tipos de arbitragem devem ser fiscalizadas mesmo na fase da execução sobre a questão da inexistência ou invalidade da convenção arbitral, da inconformidade da composição do tribunal arbitral, do mérito da causa, ou da aplicação da lei, nos termos do art. 63.º da LAC e art. 217.º/2 da Lei de Processo Civil da China⁸⁷, mesmo que a arbitragem seja doméstica e a sentença proferida pelas comissões arbitrais da China, há um sistema de dupla verificação sobre o não reconhecimento e a não execução das sentenças arbitrais requerido aos tribunais inferiores (ou seja, deve colocar essa questão até ao Supremo Tribunal Popular da China, *Supreme People's Court*). Por isso, cria um factor de incerteza ao aplicar a Convenção de Nova Iorque⁸⁸ sobre a questão da executividade da sentença arbitral estrangeira ou ligada ao estrangeiro na China – a teoria do “estoppel”.

9. Questões estruturantes da garantia da independência e imparcialidade dos árbitros

9.1. A mediação e o papel do mediador

A mediação é a outra modalidade extrajudicial de resolução de litígios, tem carácter privado, informal, confidencial, voluntário⁸⁹ e natureza não contenciosa, em que as partes são auxiliadas ou assistidas por um mediador neutral, com a sua participação directa e activa, carece do acordo das partes para incentivar a mediação, o que facilita as partes encontrarem uma solução negociada e amigável, é a tentativa de chegar a um acordo entre elas para pôr termo ao litígio, com o objectivo da realização da paz individual e social⁹⁰. Em regra, o acordo de mediação não tem necessidade de homologação judicial quando há a intervenção do mediador oficial, inscrito na lista estabelecida pelo MJ, nos termos do art.

85 http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383756.htm.

86 Este tipo de arbitragem só pode proceder em dois centros arbitrais: *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) e *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC).

87 (http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383880.htm) a Lei do Processo Civil da China, em inglês.

88 A China aderiu à Convenção de Nova Iorque e produz os efeitos a partir de 22/04/1987.

89 Alguns países optaram por um regime obrigatório da mediação em questões de certos tipos de litígios.

90 A conciliação constitui outro meio extrajudicial de resolução de litígios, não tem poder decisório, a divergência entre as partes é mais intensa e a posição das partes vai mais longe do que na mediação.

9.º da Lei n.º 29/2013, o regime geral da mediação, sobretudo, a mediação *ad hoc*. A mediação é um meio não decisório da resolução de litígio, distingue-se da arbitragem, não sendo autorizado ao mediador dirimir ou decidir os conflitos entre as partes.

O principal papel do mediador é facilitar o diálogo entre as partes e auxiliar a chegar um acordo entre elas. Investido na função de “inter-pares”, dirigir e orientar a discussão entre os conflitantes, procurar reduzir ou eliminar a contradição ou incompatibilidade, e promover a ideia “win-win” às partes, aproxima ambas as partes e pode suspender ou parar o diálogo entre elas caso o diálogo não seja pacífico.

Os mediadores de conflitos exercem a sua actividade em Portugal, nos termos dos arts. 23.º e ss da Lei n.º 29/2013, a intervenção do mediador oficial é condição indispensável para que o acordo tenha força executiva, nos termos do art. 9.º, a necessidade de assinar um acordo entre as partes e mediador oficial ao abrigo da disposição no art. 20.º. Quer a mediação procedida no Julgado de Paz (mediação institucionalizada – Lei n.º 78/2001), quer a mediação privada (*ad hoc*), quanto à exigência dos mediadores, pede um requisito comum a de ter frequentado e sido aprovado na formação dos mediadores, nos termos dos art. 3.º/1 b) da Portaria n.º 344/2013 (mediação privada) e art. 31.º d) da Lei n.º 78/2001, as quais são remetidas pelo art. 9.º/3 da Lei n.º 29/2013, o acesso à lista de mediadores depende de se verificar a sua habilitação através do curso de mediação de conflitos administrado por entidades formadoras certificadas pelo MJ, nos termos da Portaria n.º 345/2013. As leis ainda requerem que se preencham outros requisitos específicos para que os mediadores possam ser aceites e inscritos na lista oficial, por exemplo, os requisitos de idade, de capacidade de exercício dos direitos civis e políticos, do nível da educação, ou do domínio da língua portuguesa, etc.

Limitando-se a executoriedade do acordo das partes a ter sido reduzido e assinado por um mediador que não esteja inscrito na lista oficial, anteriormente, referida deixa de ser considerado o acordo como um título executivo previsto no art. 703.º CPC.

Tendo em consideração que a actividade de mediador deve observar um padrão de qualidade, impõe-se garantir o corpo de mediadores de conflitos é integrado por pessoas qualificadas, independentes e profissionais, através do acesso à inscrição e à formação de mediadores, integrar os mediadores idóneos e habilitados na lista oficial, os mediadores são, regularmente, avaliados pelas entidades privadas certificadas ou públicas, para garantir o bom exercício profissional da mediação.

9.2. A possibilidade da exigência de uma habilitação mínima ao árbitro (a inscrição / lista geral dos árbitros na arbitragem *ad hoc*) – Profissionalismo

Importa analisar se será possível estabelecer um regime do reconhecimento profissional dos árbitros como o da mediação em Portugal? O estatuto dos árbitros é tal como o dos juízes, possuir poderes importantes e relevantes – sobretudo, o poder jurisdicional, a sua decisão proferida produz um efeito igual à da sentença judicial. Neste sentido, o papel de árbitro, em princípio, é bastante importante e mais significativo do que o de mediador, todavia, de facto a exigência da habilitação e qualificação dos mediadores reconhecidos em Portugal é mais alta.

Na LAV, não havia mais nenhuns requisitos particulares ou específicos de árbitro, sempre que seja pessoa singular e plenamente capaz, ou que até preencha as exigências de independência e de imparcialidade.

Pois, tendo em consideração que um árbitro profissional é tão importante quanto o exercício da sua função no processo, é melhor estabelecer mesmo um *reconhecimento formal* pela autoridade pública ou privada e exigir *as qualificações ou habilitações uniformes*, ou pelo menos, deve requisitar uma pessoa de consciência ou que tenha concluído a educação fundamental, para que tenha as capacidades básicas, eg., capacidade cognitiva e capacidade intelectual, uma vez que incumbe ao árbitro dirimir o litígio e elaborar uma decisão final fundamentada.

Assim sendo, é preferível estabelecer um corpo uniforme e formal de árbitros reconhecidos, pela autoridade competente, designadamente para a arbitragem *ad hoc*, em todo o território de Portugal, impõe-se às entidades autorizadas uniformizar a exigência da habilitação dos árbitros, organizar a formação, avaliar os candidatos e reconhecer as suas qualidades, com o objectivo de garantir a qualificação dos árbitros, preservar a sua imparcialidade e independência para reduzir a possibilidade da invalidade dos processos ou das sentenças arbitrais. Tendo em atenção que os árbitros desempenham o papel de julgador no processo arbitral e dirigem todo o procedimento arbitral, determinam as regras processuais aplicáveis ao caso particular, quando as partes não acordarem, por outro lado, têm de decidir, segundo as regras de julgamento convencionadas pelas partes, em regra, segundo o direito constituído, desde que as partes não determinem, por acordo, outra regra de julgar. Caso os árbitros não tenham um conhecimento mínimo dos temas do Direito aplicável, tal pode suscitar dificuldade de julgar ou não conseguem diminuir e fundamentar legalmente, válida e eficazmente, no caso concreto, a sentença arbitral. Pode tratar-se a intervenção dos árbitros reconhecidos como um pressuposto da validade ou eficácia da decisão arbitral.

A especialidade dos árbitros é uma das razões pelas quais as partes buscam a arbitragem, sobretudo a arbitragem *ad hoc*, mas a vantagem da especialização dos árbitros não pode prevalecer, em alguns casos, sobre o bom senso dos árbitros. As partes têm o direito à livre escolha dos árbitros, seleccionam quaisquer pessoas

ideais, segundo as próprias necessidades (eg., idade, conhecimento técnico / profissional, especialistas), todavia, não podem deixar de considerar as exigências fundamentais dos árbitros – a ética / deontologia dos árbitros e os conhecimentos necessários dos princípios gerais do direito e da arbitragem. Ainda que estabeleça uma lista uniforme dos árbitros reconhecidos e constitua um mercado fechado dos árbitros, as partes podem ainda nomear um ou mais peritos para esclarecerem os pontos específicos no processo arbitral se o considerarem necessário, auxilia os árbitros a entenderem as questões profissionais que não conhecem. Na prática, é preferível que um tribunal arbitral seja constituído por pessoas com aptidões e capacidades diversas, para que sejam árbitros idóneos a decidirem o caso em todos os aspectos e assim obter uma decisão mais perfeita. Julgamos que é preferível, a composição do tribunal arbitral ser de três membros (forma do tribunal colectivo), por dois especialistas em relação à questão suscitada no caso concreto (cada parte designa um deles) e um jurista.

Em síntese, tal como a disciplina dos juízes, dos mediadores e dos advogados, no âmbito quer da arbitragem institucionalizada quer da arbitragem *ad hoc*, será imprescindível fornecer uma disciplina de deontologia aos seus candidatos, para além dos aspectos teóricos e os princípios gerais do meio da arbitragem, ou as experiências práticas. Pois, não só há a exigência do regime da arbitragem aperfeiçoado e confiável, sem dúvida, o sucesso da arbitragem pressupõe a confiança nos árbitros, que provém do bom relacionamento entre as partes e o árbitro/os árbitros, os pressupostos essenciais e importantes da confiança são a sua *independência e imparcialidade*, de forma a alcançar um procedimento justo e imparcial, *a garantia da confiança no sistema da arbitragem, que depende totalmente da confiança nos seus julgadores – árbitros*.

9.3. Perspectiva do desenvolvimento do regime de arbitragem de Macau

Recentemente, o método alternativo da resolução de litígios – arbitragem – começou a ser promovido pelo Governo de Macau, que organizou, nos últimos meses, vários seminários e congressos relativamente à matéria dos MARL (arbitragem, mediação e conciliação) em Macau e na China.

A política “Uma Faixa, Uma Rota” (“*Belt and Road Initiative*”) (nome simplificado da “Faixa Económica da Rota da Seda e da Rota Marítima da Seda para o Século XXI”) é uma estratégia de desenvolvimento proposta, em 2013, pelo presidente da China, *Xi Jinping*, que se concentra na conectividade e cooperação entre os países euro-asiáticos, cobre a China, a zona do Médio Oriente, a Índia, as nações que compõem o Sudeste Asiático e estende-se até à Europa. Espera-se que esta política coloque e ligue “o fosso da infra-estrutura” entre os países, e assim, acelere o crescimento económico em toda a região Ásia-Pacífico e na Europa Central e Oriental, destina-se a incentivar os negócios e a

pôr em comunicação os mercados comerciais, para a integração da região numa área económica coesiva através da construção de infra-estruturas, o aumento das trocas culturais e a ampliação do comércio. Neste contexto, a arbitragem funciona como um meio primordial e preferencial para a resolução de eventuais litígios no âmbito dos conflitos internacionais ou transnacionais de natureza comercial, civil ou até administrativa, entre os mais de 65 países que a integram, uma vez que se verifica uma diversidade de sistemas e ordenamentos jurídicos (sistemas do direito civil ou do direito comum) entre estes países, a utilização do método tradicional da resolução judicial de conflitos não é praticável e pode suscitar a questão e dificuldades de reconhecimento das sentenças estrangeiras entre tais países ou regiões. Portanto, o recurso dos MARL, em particular, a arbitragem é um dos mecanismos mais utilizados e eficientes quanto aos conflitos civis ou comerciais ocorridos no plano internacional ou transnacional.

Em 14 de Setembro de 2017, um “Seminário sobre o Direito da China, Hong Kong e Macau” foi organizado pela DSAJ, em cooperação com a *China Law Society* e o *Hong Kong Legal Forum*, subordinado ao tema “Discussão de questões jurídicas respeitantes à construção de ‘Uma Faixa, Uma Rota’, no qual foram assinaladas as vantagens de Macau como “lugar da arbitragem” relativamente aos conflitos ocorridos no âmbito da iniciativa “Uma Faixa, Uma Rota”. Por um lado, malgrado Hong Kong ter grande tradição de arbitragem, assente no sistema jurídico da ‘*Common Law*’, ao invés de Macau, que tem um sistema jurídico de Direito Civil, aproxima-se da maioria das jurisdições dos países que integram a iniciativa “Uma Faixa, Uma Rota”. Por outro lado, a língua portuguesa é uma das línguas oficiais de Macau, o que lhe facilita desempenhar um papel de plataforma da arbitragem na resolução de conflitos decorrentes do intercâmbio comercial ou civil entre a China e os países de língua portuguesa, entretanto o sistema de Direito de Macau é, em geral, similar ao dos outros países de língua portuguesa, eg., Brasil, Moçambique, Timor-Leste. Muitos deles têm sistemas jurídicos de Direito Civil e têm, em comum, a influência do direito romano ou do direito de países europeus continentais, como Portugal. Além disso, as decisões arbitrais proferidas por Macau beneficiam do reconhecimento ou da confirmação e execução dos tribunais competentes da China ou de Hong Kong, designadamente em matéria civil e comercial, em conformidade com os acordos sobre a confirmação e a execução recíprocas das decisões judiciais (ou arbitrais), respectivamente, entre o Interior da China e a RAEM e entre a RAEM e a RAEHK, dos Avisos do Chefe do Executivo n.º 12/2006 e n.º 2/2013. Tudo, acima, traduz as vantagens e preeminências para Macau se tornar um lugar de arbitragem preferível, sobretudo, a respeito dos conflitos ou litígios cíveis ou comerciais entre os países ou regiões de língua chinesa e os países lusófonos.

Segundo as informações dos Tribunais judiciais de Macau, no ano judiciário

de 2016/2017, o total de processos pendentes, até 31 de Agosto de 2017 era de 13.616, a situação de atraso da resposta judicial encontra-se, progressivamente, muito séria em Macau. Na cerimónia de abertura do ano judiciário, os presidentes da AAM e do TUI aconselharam, igualmente, a adoptarem-se os meios alternativos de resolução de conflitos, de maneira a reduzir o número de processos pendentes nos tribunais judiciais e a realizar a justiça oportuna.

No recente Relatório das linhas de acção governativa, para o ano financeiro de 2018 do Governo da RAEM, relativamente à área da Administração e Justiça, que é um documento programático da política de governança da RAEM, o Chefe do Executivo propõe-se “*reforçar a cooperação e o intercâmbio com as instituições de arbitragem competentes do Interior da China, continuar a impulsionar e a concretizar a cooperação em matéria de arbitragem e conciliação através de visitas recíprocas e aprendizagem mútua, bem como analisar a possibilidade de programação de cooperação para a formação do pessoal e da criação de um mecanismo permanente de comunicação*”⁹¹. No futuro, o mecanismo da arbitragem pode ser visto como um dos mais importantes meios alternativos da resolução de litígios, impulsionado em Macau.

Sendo a arbitragem um meio pouco popular e menos conhecido em Macau, poucas pessoas optam por esta solução uma vez que não conhecem a sua celeridade e eficiência, têm receio de recorrer a ela, porque não sabem em que consiste e como funciona. Por isso, hoje, o uso e desenvolvimento da arbitragem em Macau não é o ideal, entretanto o regime da arbitragem e as suas regras ainda estão muito atrasadas, em relação às regiões vizinhas, como o Interior da China e Hong Kong.

É portanto necessário que Macau promova e popularize o instituto da arbitragem, divulgue os seus efeitos ou eficácia jurídicos aos cidadãos de Macau, de forma a conhecerem este meio alternativo para a resolução do conflito e as suas vantagens. Outra solução para a promoção do regime da arbitragem, poderá passar pela implementação de uma arbitragem obrigatória em certas áreas de conflitos (eg., os conflitos de consumo, entre os condomínios, ou os conflitos do arrendamento), ou pode o governo usar o meio da arbitragem como a primeira resolução dos litígios ocorridos na sua actividade de administração, por exemplo, pode introduzir este meio nos seus contractos públicos. Em segundo lugar, a criação de incentivos para o recurso dos MARL, redução ou dispensa das custas da arbitragem a partir da proporção da fase do procedimento ou forma de encerramento do processo, caso as partes escolham resolver os conflitos de

91 N.º 40 dos planos de acção e projectos, “área da arbitragem e conciliação” da parte (6) “Intensificação do desenvolvimento da cooperação inter-regional”, pg. 64, Relatório das linhas de acção governativa para o ano financeiro de 2018 do Governo da RAEM.

forma extrajudicial, tal como a prática actual da maioria dos centros arbitrais em Macau, são gratuitos para as partes a resolução dos conflitos realizada nos centros arbitrais organizados pelo Governo de Macau (CCAC e CAAP). Por último, deve-se aumentar a credibilidade e confiança das pessoas para crerem e escolherem o meio da arbitragem, através de *garantir a qualidade do tribunal arbitral e dos seus árbitros*, designadamente, *a sua independência e imparcialidade*, de modo a obter uma decisão justa e isenta, e até a confiança no sistema da arbitragem, constrói o prestígio do regime da arbitragem de Macau, e promove Macau como um centro de arbitragem internacional dos países de língua portuguesa.

10. Conclusão

Do desenvolvimento dos números precedentes podem ser extraídas algumas conclusões, resumidas abaixo em forma de itens.

1. A arbitragem é um dos meios alternativos de resolução de litígios, com carácter opcional, a forma alternativa da resolução dos conflitos privados tocantes à *natureza patrimonial* ou *transigível*, depende da vontade autónoma dos vários interessados conflituantes, pode constituir-se de duas formas, *arbitragem institucionalizada* e *arbitragem ad hoc*. Em Portugal, na escolha dos árbitros, as partes podem seleccionar quaisquer pessoas ideais, desde que sejam *peessoas singulares e plenamente capazes*.
2. A lei da arbitragem de Macau, onde se reconhece a influência intensa da Lei n.º 31/86 de Portugal, divide-se em dois diplomas – arbitragem interna, do DL n.º 29/96/M (“LAM”), e arbitragem comercial externa, do DL n.º 55/98/M e pode consubstanciar a exigência da independência e imparcialidade dos árbitros no âmbito da arbitragem interna e externa. De igual modo, a independência e imparcialidade dos árbitros são os requisitos dos membros-árbitros nos centros da arbitragem de Macau.
3. Quanto à questão da ética dos árbitros, *a independência e a imparcialidade* dos árbitros são os requisitos universais e comuns na arbitragem quer no âmbito nacional, quer no âmbito internacional, todas as instituições arbitrais se regulam por essas duas condições, ou pelo menos por uma delas. Na prática, algumas permitem designar o árbitro-parte não neutral.
4. A independência e a imparcialidade dos árbitros são padrões do exercício do poder jurisdicional. A LAV indica, unicamente, o princípio geral ou cláusula geral dos requisitos da independência e

imparcialidade, tratam-se de conceitos abertos e abstractos, deixa o instrumento *softlaw*, a prática da instituição ou as jurisprudências do tribunal estadual, esclarecer e interpretar os seus conteúdos.

5. A independência assenta na relação objectiva entre os árbitros e uma das partes ou quaisquer pessoas associadas a essa parte, situa-se no plano objectivo, e a imparcialidade é um conceito abstracto, situado no plano subjectivo, concentra o estado interno e de espírito (*state of mind*) do árbitro. A escolha dos árbitros não independentes ou que actuam de forma parcial, pode conduzir ao processo da recusa dos árbitros (arts. 13.º e 14.º da LAV) e até à impugnação da sua sentença (art. 46.º/3 a) iv) da LAV).
6. A LAV adoptou *uma regra geral dos requisitos dos árbitros*, devem-se avaliar, de caso para caso, as circunstâncias que suscitem dúvidas fundadas sobre a sua imparcialidade e independência e não sendo adequado fixar um parâmetro fechado. O dever de revelação (art. 13.º/1 e 2) é o corolário dos requisitos de independência e imparcialidade, deve manter-se em todo o processo. Impede as partes de exercerem o direito de recusa por motivos irrelevante, senão isso constitui *abuso de direito* nos termos do art. 334.º do CC. Em caso de incumprimento do dever de revelação, imputável ao árbitro, pode-se imputar-lhe a *responsabilidade civil* nos termos do art. 798.º do CC. Os árbitros beneficiam de imunidade ou irresponsabilidade civil, de acordo com art. 9.º/4 e 5 da LAV. Porém, a imunidade dos árbitros não é absoluta, eles ainda assumem a eventual *responsabilidade civil, criminal* ou *disciplinar* em alguns casos.
7. O papel do árbitro é bastante importante no processo, portanto, preferível que se estabeleça um corpo uniforme e formal de árbitros reconhecidos, designadamente para a arbitragem *ad hoc*, em todo o território de Portugal, para defender e preservar a validade e licitude do processo ou da decisão arbitral, *a garantia da confiança no sistema da arbitragem, depende, totalmente, da confiança nos seus julgadores – árbitros*.
8. Macau beneficia do seu perfil histórico e ponto de encontro entre diferentes culturas, especialmente quando estejam envolvidas empresas lusófonas, o que permitirá a Macau gozar a sua vantagem como plataforma entre a China e o mundo lusófono, assinala os privilégios de Macau como “lugar da arbitragem”, a respeito dos conflitos ou litígios cíveis ou comerciais entre os países ou regiões de língua chinesa e os países lusófonos.

11. Bibliografia

Em Língua Portuguesa

- ABREU, Miguel Cancellata de / CAMPOS, Clara Moreira; *LAV e os Novos Desafios à Mediação*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa : Universidade Católica Editora, 2015, p. 161-171.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de; *Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*, I Congresso do Centro de Arbitragem do Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial): intervenções, 2008, Coimbra, Almedina, p. 81-95
- BARROCAS, Manuel Pereira; *Manuel de Arbitragem*; Almedina, Coimbra, 2010.
- BARROCAS, Manuel Pereira; *Poder do Árbitro. Extensão e limites*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 145-160.
- BARROCAS, Manuel Pereira; *A ética dos árbitros e as suas obrigações legais*; Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra. Nº 6 (2013), p. 191-202.
- CAMPOS, Joana; *O princípio da confidencialidade na mediação*, Scientia Iuridica: revista de direito comparativo português e brasileiro, Tomo LVIII, n.º 318, (2009) p. 311-333.
- CAMPOS, João Luís Mota de / ALMEIDA, Carlos; *O reconhecimento e a execução de sentença arbitrais no quadro da Convenção de Nova Iorque de 1958: alguns desenvolvimentos comparados*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pg. 67-87.
- CAMELO, António Sampaio; *A impugnação da sentença arbitral: comentário aos artigos 46º, 51º e 54º da Lei da Arbitragem Voluntária*; Coimbra: Coimbra Editora, 2014; 1ª ed.
- CAMELO, António Sampaio; *O estatuto dos árbitros e a constituição do tribunal na LAV*, Revista internacional de arbitragem e conciliação, Coimbra. n.º 6 (2013), p. 25-77.
- CARDOSO, António de Magalhães / NAZARÉ, Sara; *A escolha dos árbitros pelas partes*, VIII Congresso do Centro de Arbitragem Comercial, Intervenções, Centro de Arbitragem Comercial, Almedina, p. 11-28
- CARDOSO, Augusto Lopes; *Da deontologia do árbitro*; Boletim do Ministério da Justiça, n.º 452, Janeiro (1996), p. 31-45

- DIAMVUTU, Lino; *A constituição do tribunal arbitral e o papel dos árbitros*; Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra. Nº 6 (2013), p. 167-190.
- FERREIRA, J. O. Cardona; *Sistemas de Justiça e Mediação*, Themis, Ano VI, n.º 11 (2005), p. 189-199
- GOUVEIA, Mariana França; *O dever de independência do árbitro de parte*; Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL. Ano IX, nº 16 (2009), p. 319-326
- JÚDICE, José Miguel; *A Constituição do Tribunal Arbitral: Características, Perfis e Poderes dos Árbitros*, Separata de Obra “II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)”, Almedina, Coimbra, 2009, p.103-130
- JUSTO, A. Santos; “*A arbitragem no direito romano – Breve referência ao direito português*”, Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Coimbra Editora, 2013, p. 677-701
- LACERDA, Bruno Amaro; *Balança, espada e venda : a justiça e a imparcialidade do juiz*; Parahyba Judiciária. João Pessoa. Vol. 7, nº 8 (2012), p. 71-88
- LEMES, Selma Ferreira; *A Independência e Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*; III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções (Centro de Arbitragem Comercial), Coimbra, Almedina, 2010, p. 41-57
- MARTINEZ, Pedro Romano; *Constituição do tribunal arbitral e estatuto do árbitro*; Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra. A.5 (2012), p. 221-230
- MARTINEZ, Pedro Romano; *Análise do vínculo jurídico do árbitro em arbitragem voluntária “Ad Hoc”*, Estudos em homenagem ao Prof. Marques do Santos, I, 2005, p. 827 e ss
- MENDES, Armindo Ribeiro; *Os Tribunais Arbitrais são tribunais, mas não são “Tribunais como os outros”*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 56-65
- MIRANDA, Agostinho Pereira de; *O Estatuto Deontológico do Árbitro – Passado, Presente e Futuro*; III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara do Comércio e Indústria Portuguesa, Intervenções (Centro de Arbitragem Comercial), Coimbra, Almedina, 2010, p. 59-71
- MIRANDA, Agostinho Pereira de; *Dever de revelação e direito de recusa de árbitro : considerações a propósito dos arts. 13º e 14º da Lei de Arbitragem Voluntária*; Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa,

- Ano 73, Vol. IV (Out./Dez. 2013), p. 1265-1300
- MIRANDA, Agostinho Pereira de; *Investir em virtude: o dever de revelação do árbitro*; Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra. Nº 6 (2013), p. 9-23
 - MIRANDA, Agostinho Pereira de / UVA, Pedro Sousa; *As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional: 10 anos depois*, Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pg. 21-31
 - NOGUEIRA, José A. A. Duarte, *A arbitragem na história do direito português (subsídios)*, Revista Jurídica, n.º 20, Novembro, 1996, da Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, p. 9-35
 - FREITAS, José Lebre de; *Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem*, Estudos em Homenagem à Professora Isabel Magalhães Collaço, Vol.II, p. 625
 - PIRES, Cândida da Silva Antunes / DANTAS, Álvaro António Mangas Abreu; *Justiça Arbitral em Macau – A Arbitragem Voluntária Interna, Anotações ao Decreto-Lei n.º 29/96/M, de 11 de Junho*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2010
 - RAPOSO, Mário; *Os árbitros*; 1929; Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa, Ano 72, Vol. II/III, (Abr./Set. 2012), p. 495-520
 - RAPOSO, Mário, *O estatuto dos árbitros*, Revista da Ordem os Advogados, Ano 67, Vol. II, Set. (2007), p. 529-545
 - RAPOSO, Mário, *Temas de arbitragem comercial*, Revista da Ordem os Advogados, Ano 66, Vol. I, Jan. (2006), p. 5-36
 - REIS, Bernardo; *O estatuto dos árbitros : alguns aspectos*; Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL. Ano IX, nº 16 (2009), p. 7-59
 - ROCHA, José de Albuquerque; *Instituições arbitrais*, in: SALES, Lília Maia de Morais (Org.), *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: abc, 2003, p 95-111
 - SOUSA, Luís Filipe Pires de; *O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação*; Julgar. Lisboa. nº 23 (2014), p. 317-337
 - TELLES, Inocência Galvão; *Responsabilidade civil dos árbitros*; Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 52, N. 1 e 2 (2011), p. 7-27
 - TIMBANE, Tomás; *Regras deontológicas aplicáveis aos árbitros*; Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Coimbra. Nº 6 (2013), p. 203-219
 - VICENTE, Dário Moura (coordenador); *Lei da arbitragem voluntária anotada*, 2.^a edição, revista e actualizada, 2015, Almedina

- WALD, Arnoldo; *Eficiência, Ética e Imparcialidade na Arbitragem*; Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, Volume II, Almedina, p. 339-357

Em outras línguas

- ALEXANDRE, Kojève; *Esquisse d' une phénoménologie du droit*, Gallimard, coll. Bibliothèque des idées, 1943, éd. Posthume, 1981, spéc. N.º 27, p.194
- COULSON, Robert; *An American Critique of the IBA's Ethics for International Arbitrators*, Journal of International Arbitration, Vol 4, No 2 (1987), p. 103-110
- CLAY, Thomas, *L' Arbitre*, Dalloz, 2001
- CLAY, Thomas, <L'indépendance et l' Impartialité de l' Arbitre et les Règles du Procès équitable>, *L' Impartialité du Juge et de l' Arbitre – Étude de Droit comparé*, Bruylant Bruxelles, 2006, p. 235
- GARAPON Antoine, ALLARD Julie e GROS Frédéric, *Les Vertus du Juge*: Hors Collection Dalloz, 2008. pg. 36
- HASCHER, Dominique; *Independence and Impartiality of Arbitrators: 3 issues*, American University International Law Review 27 no. 4 (2012), p. 789-806
- LANDOLT, Philip; *The IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: An Overview*, Journal of International Arbitration, Vol. 22, No 5 (2005), p. 409-418
- LUTTRELL Sam, *Bia Challenge in international Commercial Arbitration The Need for a Real Danger List*, Sam Luttrell, International Arbitration Law Library, 2009, Kluwer Law International, p. 136-140
- MULLERAT, Ramon OBE, *Arbitrators' Conflicts of Interest Revisited: A Contribution to the Revision of the Excellent IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, Dispute Resolution International, The Journal of the Dispute Resolution Section of the International Bar Association, Vol. 4 N.º 1, Maio, 2010, p. 55-69
- RALSTON J., *International Arbitration from Athens to Locarno*, p. 161
- REDFERN Alan & HUNTER Martin; *The Law and Practice of International Commercial Arbitration* (London: Sweet & Maxwell), 1999
- R. Doak Bishop, *The art of advocacy in International Arbitration*, p. 460
- TELES, Miguel Galvão; *Processo equitativo e imposição constitucional da independência e imparcialidade dos árbitros em Portugal*”, Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 24, Jan/Mar, 2010, São Paulo, Revista dos Tribunais

- YU, Hong-Lin And SHORE, Laurence; *Independence, Impartiality, And Immunity of Arbitrators – US and English Perspectives*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol 52, No. 4 (Out./2003), p. 935-967

ALGUMAS REFLEXÕES TEÓRICAS SOBRE A ESCOLHA DE LEI NAS ACCÕES DE DÍVIDAS DE JOGO DE MACAU

Xue Yu e Fang Ruian

Doutorando, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

*Doutorando, International Law School, East China University of Political Science
and Law*

Resumo: Cotejando o ponto de situação das quatro regiões dos dois lados do Estreito, denota-se que desde cedo as regiões de Hong Kong e de Taiwan têm vindo a reconhecer a licitude das dívidas de jogo de Macau e a conferir protecção por via contenciosa, ao passo que no Interior da China são escassos os casos em que se tem conseguido obter o pagamento de dívidas de jogo de Macau pela via judicial, residindo o obstáculo teórico na problemática da aplicação da lei, designadamente na metodologia de eleição da lei competente e no recurso ao princípio da reserva de ordem pública por parte dos tribunais.

Palavras-chave: Acções de dívidas de jogo de Macau; doutrina da prestação característica; princípio da maior proximidade; princípio da reserva de ordem pública.

Sendo embora frequentes os casos em que residentes do Interior da China são demandados nos tribunais chineses por dívidas de jogo contraídas em Macau, são raros os casos em que os credores veem a sua acção julgada procedente. Os credores que se referem neste contexto não são os casinos, pelo facto de a entrega in loco das fichas ser um processo que poucas vezes gera conflitos – feita a aposta, o jogador recebe as fichas se ganhar e fica privado das mesmas se perder. A litigância em torno das dívidas de jogo de Macau tem como credores, essencialmente, os sujeitos que concedem a outrem empréstimos para jogo em Macau – dívidas que

em Macau se designam, também, como obrigações decorrentes de crédito para jogo. As decisões dos tribunais chineses não têm sido uniformes nestas acções destinadas a obter o pagamento de dívidas de jogo, sendo que os aspectos mais questionáveis se podem reconduzir à metodologia de eleição da lei competente e ao recurso ao princípio da reserva de ordem pública.

I. Preliminares sobre a problemática da escolha de lei

Um primeiro problema sobre a escolha de lei digno de discussão no âmbito das acções de dívidas de jogo de Macau reside na divergente interpretação do art. 41.º da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas da República Popular da China (doravante, “LAL”), que tem a seguinte redacção: “As partes podem eleger por acordo a lei aplicável ao contrato. Na falta de designação da lei aplicável pelas partes, é competente a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato ou outra lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”. A situação mais comum é a de as partes numa acção de dívida de jogo de Macau não terem elegido a lei aplicável ao contrato, pelo que a questão se limita essencialmente à interpretação da segunda parte do art. 41.º acima citado. Vejamos, a título de exemplo, o seguinte caso:

No dia 23 de Março de 2018, o Tribunal Popular de Segunda Instância da cidade de Pingxiang da província de Jiangxi decidiu, em último grau de jurisdição, um caso sobre uma dívida de jogo de Macau, envolvendo as partes processuais Hu Chao e Li Gen¹. O Autor e o Réu são residentes do Interior da China e, em 2016, numa viagem conjunta a Macau, o Autor, estando ciente da intenção de jogo por parte do Réu, emprestou-lhe 100.000 RMB para ir jogar. Perante a recusa de restituição da quantia, o Autor levou o caso aos tribunais chineses. Pelo que diz respeito aos contratos de mútuo, o art. 5.º das «Disposições do Supremo Tribunal Popular sobre algumas questões relativas à aplicação da lei na litigância decorrente de relações contratuais civis ou comerciais plurilocalizadas» previa que a lei da residência do mutuante era a que melhor traduzia as características do contrato de mútuo. Não obstante ter sido já revogada na sua integralidade², alguns tribunais chineses continuam a adoptar semelhante posição, como sucedeu no caso sob análise, levando a que se tivesse aplicado a lei do Interior da China com base na referida norma.

1 Acórdão em matéria cível n.º 6, em último grau de jurisdição (03 de Xijiang), 2018.

2 Pela «Decisão do Supremo Tribunal Popular sobre a revogação de parte das interpretações judiciais e documentos com natureza de interpretação judicial emanados entre 1 de Julho de 1997 e 31 de Dezembro de 2011 (10.ª parte)».

Colocando o art. 41.º “a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato” antes da “lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”, aparentemente a decisão do Tribunal parece ter ido ao encontro da previsão deste preceito. Há, no entanto, que proceder a uma análise mais minuciosa da previsão legal.

Na disposição do art. 41.º vêm consagrados o princípio da autonomia da vontade, a doutrina da prestação característica e o princípio da maior proximidade. Sobre a sua ordem lógica de aplicação, é escusado dizer que prevalece o princípio da autonomia da vontade, mas quando as partes nada estipularem acerca da lei competente, a redacção do art. 41.º pode gerar o entendimento de que entre a doutrina da prestação característica e o princípio da maior proximidade se pode optar por qualquer um, porque estão em situação de paridade.

Simplesmente, pese embora o art. 41.º empregue o termo “ou”, a verdade é que o legislador usa especificamente, no seu conjunto, a expressão “ou outra”. Segundo a lógica básica do seu sentido literal, na expressão “X ou outro Y” está inerente a lógica de que X pertence a Y, de maneira que apenas se diz “China ou outros países”, e não “China ou outras cidades”. Por conseguinte, do art. 41.º resulta logicamente que “a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato” deve ser a “lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”. Por outras palavras, a aplicação da “lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato” pressupõe que ela seja a “lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”; não o sendo, haverá naturalmente que aplicar uma outra lei. Semelhante previsão legal pode ser encontrada no art. 25.º das Disposições Gerais de Direito Civil da República Popular da China: “As pessoas singulares têm domicílio na residência inscrita no registo de família ou noutra registo de identificação válido”. Ou seja, o registo de família, para poder ser reconhecido como domicílio, terá de preencher a condição de ser um registo de identificação válido.

Na verdade, o disposto na Lei dos Contratos da República Popular da China diverge da previsão da LAL na questão da escolha de lei em matéria contratual, ao estabelecer, no art. 126.º, que: “Na falta de designação da lei aplicável ao contrato pelas partes, é competente a lei do Estado com o qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”. A Lei dos Contratos, enquanto lei da mesma hierarquia normativa em relação à LAL, não acolheu a doutrina da prestação característica, antes mandando aplicar directamente a lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo. Enquanto a LAL prevê, no seu art. 2.º, que “A lei competente para regular as relações cíveis plurilocalizadas é determinada nos termos da presente Lei, sem prejuízo de disposição especial na demais legislação sobre a escolha de lei nas relações cíveis plurilocalizadas”, a Lei dos Contratos ressalva,

por sua vez, a aplicação de “disposição legal diversa em matéria contratual”, por força do seu art. 123.º. Ora, ante previsões legais divergentes sobre a escolha de lei em sede de contratos, e em face da remissão recíproca entre uma e outra Lei, há que entender que o art. 41.º da LAL deve necessariamente observar o princípio da maior proximidade, pois só desta forma se consegue dirimir a contradição apontada³. Semelhante situação se verifica no âmbito dos Princípios Gerais de Direito Civil da República Popular da China, cujo art. 145.º prescreve que: “Sem prejuízo de disposição legal em contrário, as partes contratuais podem eleger a lei aplicável aos conflitos decorrentes do contrato. Na falta de designação da lei aplicável pelas partes contratuais, é competente a lei do Estado com o qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”.

A nível do direito comparado, a determinação da lei competente na falta de designação pelas partes do contrato é geralmente feita obedecendo ao princípio da maior proximidade⁴. A eleição da prestação característica como elemento de conexão para a determinação da lei competente em matéria contratual tem-se observado essencialmente em dois tipos de modelos legislativos: num primeiro, em que se classificam os contratos em vários tipos, para, no caso de as partes não terem escolhido a lei competente, se poder determinar de acordo a prestação característica do contrato, ou então adoptá-la como um princípio orientador geral, com aplicação subsidiária do princípio da maior proximidade; num segundo modelo, na ausência de designação de lei pelas partes, é feito aplicar em primeira linha o princípio da maior proximidade, em que essa maior proximidade é determinada com base na prestação característica, sendo subsidiariamente aplicável, igualmente, o princípio da maior proximidade. Princípio este que, assim, é subsidiariamente aplicável num e noutro modelo⁵.

Por exemplo, estabelece a «Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias», no seu art. 8.º, n.º 3, que “se, em razão do conjunto das circunstâncias contratuais, existir uma relação comercial entre as partes e o contrato apresentar relações mais estreitas com uma lei diferente daquela que seria aplicável à luz dos parágrafos 1 ou 2 do presente Artigo, o contrato será regido por essa outra lei”. Também a Lei

3 Embora se estabeleça no art. 3.º da «Interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre algumas questões relativas à aplicação da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas» que “prevalecem as disposições da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas sobre as da demais legislação em caso de conflito”, o certo é que as interpretações judiciais têm força jurídica hierarquicamente inferior à das leis, pelo que não é suficientemente convincente resolver este conflito de leis através de uma interpretação judicial.

4 Liu Weixiang, *O Direito Internacional Privado na União Europeia*, Law Press, 2001, p. 133.

5 Tu Guangjian, *Direito Internacional Privado de Macau*, Social Sciences Academic Press (China), 2013, p. 244.

Federal de Direito Internacional Privado da Suíça prevê, no seu art. 15.º, n.º 1, que “Excepcionalmente, se, em razão do conjunto das circunstâncias, o caso tiver manifestamente apenas uma conexão ténue com a lei designada nos termos da presente Lei, e tiver uma conexão mais estreita com uma outra lei, não é aplicada a lei designada nos termos da presente Lei”. Por sua vez, o «Regulamento n.º 593/2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 2008» (Roma I) prevê, no seu art. 4.º, n.º 3, que “Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n.ºs 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país”. Coincidentemente, a disposição que em Macau regula a questão da lei competente em matéria contratual encontra-se igualmente prevista no art. 41.º, aqui do Código Civil de Macau: “Na falta de determinação da lei competente, aplica-se a lei do lugar com o qual o negócio jurídico se ache mais estreitamente conexo”. A solução diverge do direito chinês na medida em que o legislador de Macau não consagrou a doutrina da prestação característica, tendo acolhido o modelo legislativo do primado do princípio da autonomia da vontade, com aplicação subsidiária do princípio da maior proximidade.

Em suma, embora se tenha empregue o termo “ou” no art. 41.º da LAL, não pode chegar-se a uma interpretação simples de que a lei confere uma alternativa em situação de paridade, devendo entender-se que, na falta de designação pelas partes, é competente a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato, mas, se outra for a lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo, é esta outra lei que deve aplicar-se.

II. Discussão aprofundada da doutrina da prestação característica

Ficou expandido, *supra*, que o entendimento correcto do art. 41.º deve ser o de que, na falta de designação pelas partes, é competente a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato, mas, se outra for a lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo, é esta outra lei que deve aplicar-se.

Facilmente se depreende que o art. 41.º concretiza a doutrina da prestação característica ao consagrar que a lei da residência habitual de uma das partes é a lei que melhor reflecte as características do contrato, ao que designamos por norma presuntiva da doutrina da prestação característica. Simplesmente, este tipo de norma presuntiva muito provavelmente não poderá aplicar-se às acções de dívidas de jogo de Macau.

Segundo entende o Prof. Tu Guangjian, a doutrina da prestação característica funciona em regra da seguinte maneira: presume-se, em primeiro lugar, que de

todo e qualquer contrato decorre uma obrigação característica; segundo, que se encontra o devedor da obrigação característica; terceiro, que se encontra o lugar da residência habitual do devedor da obrigação característica; e, por último, que o lugar da residência habitual do devedor da obrigação característica é o lugar com que o contrato se ache estreitamente conexo, devendo, por conseguinte, a lei desse lugar ser a lei aplicável ao contrato. A racionalidade desta metodologia reside no facto de, por regra, o devedor da obrigação característica normalmente cumprir a obrigação característica no lugar da sua residência habitual, pelo que esse lugar geralmente apresenta maior proximidade com o contrato. Simplesmente, quando o devedor da obrigação característica não cumpra a obrigação característica no lugar da sua residência habitual, esse lugar poderá não ter uma conexão mais estreita com o contrato que o lugar onde a obrigação característica é efectivamente cumprida⁶.

Há também quem indique que, pese embora as vantagens que a mesma pode trazer, a doutrina da prestação característica não deixa de ter as suas limitações, pois que a designação da lei do lugar da residência habitual do devedor da obrigação característica do contrato como a lei competente não resolve todos os problemas, nem necessariamente reflecte ou protege da melhor forma os interesses das partes⁷.

Com efeito, a teoria da prestação característica assenta em dois fundamentos centrais:

1) A prestação devida pela parte vinculada à obrigação característica encontra-se regulada por lei de forma mais minuciosa, mais complexa e em maior medida relativamente à prestação da contraparte;

2) O devedor da obrigação característica actua no âmbito da sua capacidade comercial, sendo a contraparte o seu cliente⁸.

Hodiernamente, a doutrina da prestação característica aplica-se essencialmente aos contratos comerciais. Ora bem, as acções de dívidas de jogo de Macau não contendem necessariamente com contratos comerciais.

1. Evolução histórica da doutrina da prestação característica

O art. 41.º da LAL presume que “a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato” é a lei com que o contrato mais provavelmente se ache mais estreitamente conexo. Mas, por que será que o art. 41.º apenas comporta esta única norma presuntiva?

6 Tu Guangjian, *Direito Internacional Privado de Macau*, Social Sciences Academic Press (China), 2013, p. 243.

7 Fu Jingkun, *O Direito Internacional Privado nos Contratos*, Law Press, 1999, p. 55.

8 Liu Weixiang, *O Direito Internacional Privado na União Europeia*, Law Press, 2001, p. 141.

O art. 43.º do Anteprojecto da LAL de 2010 previa que “As partes podem eleger por acordo a lei aplicável ao contrato. Na falta de designação da lei aplicável pelas partes, é competente a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato ou a lei do local do cumprimento do contrato”. O Anteprojecto parece ter já considerado que, quando o devedor da obrigação característica não cumpra a obrigação característica no lugar da sua residência habitual, esse lugar poderá não ter uma conexão mais estreita com o contrato que o lugar onde a obrigação característica é efectivamente cumprida. O Anteprojecto previa portanto duas normas presuntivas para a prestação característica – uma sendo a lei do lugar da residência habitual, outra a lei do local do cumprimento do contrato. A versão final da lei, no entanto, removeu a norma presuntiva relativamente à “lei do local do cumprimento do contrato”.

A nível do direito comparado, também a doutrina da prestação característica sofreu alterações, sendo que vão já longe os tempos em que se adoptava a lei do lugar da prestação característica como lei competente. Por exemplo, segundo a Lei do Direito Internacional Privado da Argentina de 1974, “Aos contratos bilaterais é aplicável a lei do Estado da prestação característica” (art. 36.º, n.º 2). Ou, segundo a Lei do Direito Internacional Privado e Processual da Turquia de 1982, “Na falta de designação expressa pelas partes, é competente a lei do local do cumprimento do contrato. Se houver mais que um local do cumprimento, é competente a lei do local do cumprimento que reflecta as características do contrato” (art. 24.º, n.º 2)⁹.

Historicamente, também a lei suíça chegou a acolher a solução da lei do local do cumprimento da obrigação característica¹⁰, mas prevê agora a Lei Federal de Direito Internacional Privado da Suíça, de 1987, no seu art. 117.º, que “o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem a sua residência habitual. Todavia, se o contrato envolver qualquer actividade empresarial ou comercial, o país a considerar será aquele em que se situa a entidade empresarial”.

A Convenção de Roma de 1980 veio alterar a solução da lei do local do cumprimento da prestação característica, prevendo no art. 4.º, n.º 2, que “Sem prejuízo do disposto no n.º 5, presume-se que o contrato apresenta uma conexão mais estreita com o país onde a parte que está obrigada a fornecer a prestação característica do contrato tem, no momento da celebração do contrato, a sua residência habitual ou, se se tratar de uma sociedade, associação ou pessoa colectiva, a sua administração central. Todavia, se o contrato for celebrado no

9 Wang Xinyan, *Sobre a Solução da Prestação Característica no Direito de Conflitos em Matéria Contratual da China*, dissertação de mestrado apresentada em 2013 ao Departamento de Direito Internacional da Universidade de Jinan, p. 6.

10 Liu Weixiang, *O Direito Internacional Privado na União Europeia*, Law Press, 2001, p. 142.

exercício da actividade económica ou profissional dessa parte, o país a considerar será aquele em que se situa ou o seu estabelecimento principal ou, se, nos termos do contrato, a prestação deverá ser fornecida por estabelecimento diverso do estabelecimento principal, o da situação desse estabelecimento”. O posterior «Regulamento n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de 2008» (Roma I) manteve a solução da Convenção de Roma de 1980, adoptando a lei da residência habitual.

Como vimos, num primeiro momento da evolução da doutrina da prestação característica chegou a predominar a solução da lei do local do cumprimento, o que se percebe se tivermos presente os factores que estiveram na sua génese. Como ficou expandido, a doutrina da prestação característica constitui uma forma para se concretizar o princípio da maior proximidade, cuja origem ideológica remonta à “teoria da sede da relação jurídica” de Savigny¹¹. Savigny, ao enunciar a teoria na sua obra *Sistema do Direito Romano Actual*, de 1849, classificou as relações plurilocalizadas em categorias como relações pessoais, reais, obrigacionais, negociais e processuais, sustentando que questões relativas ao estatuto pessoal e à capacidade das pessoas teriam a sua sede no domicílio, regendo-se assim pela lei do domicílio, enquanto aos direitos reais seria aplicável a *lex rei sitae*, e às obrigações contratuais, precisamente, a lei do local do cumprimento¹².

2. As causas da evolução da doutrina da prestação característica

Por que será que se assistiu a uma transição da lei do local do cumprimento da prestação característica para a lei da residência habitual da parte adstrita à realização da prestação característica?

Há quem entenda que, em primeiro lugar, o comércio jurídico hodierno leva a que seja difícil determinar o local do cumprimento das obrigações, podendo até ser vários os lugares, caso em que se poderão suscitar mais problemas e maiores custos jurídicos na determinação da lei competente; depois, que o cumprimento contratual constitui apenas um dos vários aspectos da vida do contrato, pois que existem muitas outras questões tais como a sua constituição, entrada em vigor, responsabilidade pelo não cumprimento, resolução e interpretação, de modo que a eleição da lei do lugar do cumprimento como lei competente coloca de parte a consideração dos demais elementos; já os elementos de conexão pessoal das partes, tais como o domicílio, a residência habitual e o lugar da actividade, constituem

11 Zhang Shangjin (coord.), *Direito Internacional Privado*, China Renmin University Press, 2.ª edição, 2005, p. 249.

12 Tu Guangjian, *Direito Internacional Privado de Macau*, Social Sciences Academic Press (China), 2013, p. 36.

factores mais estáveis, permitindo a que as partes contratuais possam, logo no momento da celebração do contrato, prever a lei que poderá vir a ser aplicável, que por regra coincidirá com a lei do lugar central em que se organizam as actividades de produção ou exploração para cumprimento das obrigações contratuais pelo contraente, com imediata conexão com muitos dos aspectos relacionados com a execução do contrato. A isto acresce que, em certa medida, a lei da residência habitual do contraente coincide frequentemente com a lei do local do cumprimento das obrigações contratuais ou, sendo vários os lugares, com um desses lugares, pelo que a eleição da lei da residência habitual como lei competente para reger o contrato satisfaz as exigências de racionalidade e economia na escolha de lei¹³.

Também a Prof^a. Wang Xiaoyan da Southwest University of Political Science & Law chegou a enunciar as possíveis causas que levaram à referida evolução:

Embora a prestação característica coloque a ênfase no cumprimento, o acto do cumprimento não deixa de ser uma conduta dirigida pela vontade da parte contratual, pelo que está estreitamente conexo com a pessoa do devedor da obrigação característica. Na prática, como os contratos comerciais internacionais mais complexos envolvem em regra vários locais de cumprimento, a eleição do local do cumprimento como elemento de conexão da lei competente em matéria contratual implicaria um esforço adicional de análise e selecção do lugar do cumprimento da obrigação mais característica, com o risco de facilmente se verificar uma conexão aleatória. Sendo embora aceitável que o acto do cumprimento obedeça à lei do local do cumprimento, o certo é que a lei competente para reger o contrato contende com diversos elementos como a forma, o conteúdo e a determinação do meio de resolução de conflitos, sendo o cumprimento contratual apenas um desses aspectos, pelo que será inadequada a eleição da lei do lugar do cumprimento da obrigação característica como a lei competente em matéria contratual. Pelo contrário, a lei da residência do devedor da prestação característica acarreta previsibilidade consigo, na medida em que as partes conseguem razoavelmente antever no momento da conclusão do negócio a lei que será aplicável. A isto acresce que o domicílio e o lugar da actividade constituem o lugar central em que se organizam as actividades de produção e exploração para cumprimento das obrigações contratuais pelo devedor da prestação característica, com impacto directo para a execução dos actos de cumprimento da obrigação característica. Na prática, o lugar do cumprimento da obrigação característica coincide frequentemente com o domicílio ou o lugar da actividade do devedor e,

13 Wang Xinyan, *Sobre a Solução da Prestação Característica no Direito de Conflitos em Matéria Contratual da China*, dissertação de mestrado apresentada em 2013 ao Departamento de Direito Internacional da Universidade de Jinan, p. 7.

sendo vários os lugares do cumprimento, o local do cumprimento coincidente com o domicílio ou o lugar da actividade do devedor muitas vezes é considerado o local do cumprimento mais estreitamente conexo com o contrato...Em geral, quando comparado com o local do cumprimento, o domicílio ou o lugar da actividade do devedor da obrigação característica costuma apresentar uma conexão mais estreita com a prestação característica, constituindo um elemento de conexão mais adequado para se eleger a lei competente ao abrigo desta teoria¹⁴.

A partir dos argumentos da doutrina acima expostos, podemos sumariar nos termos seguintes as causas que levaram à referida evolução:

1) A evolução dos contratos comerciais internacionais levou a que a solução da lei do lugar do cumprimento da obrigação característica se tornasse inapta, na medida em que as transacções complexas levam a que seja difícil determinar o local do cumprimento da obrigação característica;

2) O lugar da residência habitual constitui amiúde o lugar central em que se organizam as actividades de produção e exploração para cumprimento das obrigações contratuais pelo devedor da prestação característica, tendo impacto directo para a execução dos actos de cumprimento da obrigação característica. A isto acresce que a residência habitual do contraente coincide frequentemente com o local do cumprimento das obrigações contratuais ou, sendo vários os lugares, com um desses lugares;

3) Os actos de execução da prestação característica são dirigidos pela vontade do contraente, que poderá razoavelmente antever a lei da sua residência habitual, a qual exercerá influência directa sobre a vontade e a conduta do mesmo.

Ora, não é difícil concluir que as acções de dívidas de jogo de Macau fogem completamente às razões acima apontadas. Retomando o exemplo da acção judicial entre Hu Chao e Li Gen: primeiro, não se tratava de qualquer contrato comercial internacional, sendo fácil determinar o local do cumprimento, pelo que não se denota qualquer situação de inaptidão desta solução; segundo, o lugar da residência habitual não coincidia com o local do cumprimento contratual; por último, sendo embora verdade que o acto de empréstimo para jogo foi efectivamente dirigido pela vontade do autor, e que autor e réu, enquanto residentes do Interior da China, obviamente puderam razoavelmente antever a aplicação da lei chinesa, o certo é que o jogo é proibido pela lei chinesa, e o facto de as partes terem materializado o empréstimo para jogo mesmo tendo em vista a lei chinesa significa que esta não exerceu qualquer influência positiva sobre a sua vontade e conduta. Mais, ao optar por vir jogar a Macau, as partes manifestaram uma fuga intencional à lei chinesa,

14 Wang Xiaoyan, “A teoria da prestação característica revisitada”, in *Humanities & Social Sciences Journal of Hainan University*, 2005, n.º 4.

sendo que a sua vontade e conduta foram directamente influenciados pela licitude do jogo em Macau, pois só assim se deu lugar ao acto do jogo e à constituição da dívida de jogo. Por conseguinte, relativamente a este tipo de situações, a norma presuntiva consignada no art. 41.º da LAL perde a sua aplicabilidade, devendo o caso reger-se pela lei de Macau, ao abrigo da regra do local do cumprimento da obrigação característica.

III. Discussão aprofundada do princípio da reserva de ordem pública

A reserva de ordem pública é um outro problema que surge no âmbito das acções de dívidas de jogo de Macau, sendo ela em si uma questão importante do direito internacional privado. As dívidas de jogo de Macau são consideradas pela maioria dos tribunais chineses como sendo, em certa medida, atentatórias à política e à legislação proibitiva do jogo no Interior da China, pelo que a aplicação da lei de Macau tem sido afastada nas acções judiciais relativas ao jogo em Macau, com fundamento no art. 5.º da LAL e noutras disposições legais semelhantes¹⁵.

1. Concepção aposteriorística

Se bem que o princípio da reserva de ordem pública tem sido acolhido pela legislação de muitos Estados, a verdade é que o seu funcionamento na prática não tem sido tarefa fácil, pois que, não sendo um conceito muito determinado, exige um juízo concreto a ser emitido pelo juiz na prática jurisprudencial. Certo é que, de entre as várias doutrinas relativas à concreta aplicação deste princípio, a que tem merecido maior acolhimento, quer na doutrina quer na jurisprudência, é a concepção aposteriorística¹⁶.

15 Por exemplo, na acção movida por Zhang Xianghong contra Zhang Hong para pagamento de uma dívida de jogo de Macau, como vem relatada no Boletim do Tribunal Popular Superior de Jiangsu, o Tribunal Popular de Zhangjiagang de Jiangsu considerou que, relativamente aos créditos de jogo ou aos créditos decorrentes de empréstimo ou concessão de crédito para jogo originados em Macau e reclamados nos tribunais chineses, se o tribunal determinar a aplicação da lei chinesa ao abrigo das normas de conflito, deve a relação creditícia ser julgada ilícita nos termos da lei, não se lhe conferindo qualquer protecção. Se, diferentemente, o tribunal considerar competente a lei de Macau, não obstante a licitude dos créditos e dívidas de jogo à luz da lei de Macau, o jogo não deixa de ser proibido por lei na República Popular da China e de ser gravemente ofensivo dos interesses públicos da sociedade, sendo certo que os créditos relativos ao jogo prejudicam gravemente os interesses das famílias e da sociedade, pelo que o tribunal deve recusar a aplicação da lei de Macau com fundamento na norma que determina que “a aplicação de lei estrangeira ou de usos internacionais não pode ofender os interesses sociais da República Popular da China”, decretando igualmente a não produção de efeitos deste tipo de créditos.

16 Tu Guangjian, *Direito Internacional Privado de Macau*, Social Sciences Academic Press (China), 2013, p. 149.

Segundo esta concepção, o facto de o conteúdo de uma lei estrangeira violar a ordem pública interna não leva necessariamente à exclusão da sua aplicação, apenas podendo ser excluída se o resultado da sua aplicação ao caso concreto resultar em violação da ordem pública¹⁷. A concepção a posteriorística, porque valoriza as circunstâncias concretas do caso e assegura simultaneamente a ordem pública interna e a justiça do caso, tem sido amplamente acolhida pelos Estados e regiões.

A título de exemplo, veja-se o acórdão em matéria cível n.º 130 de 1994 do Supremo Tribunal de Taiwan¹⁸:

“Em conformidade com o estatuído no art. 25.º da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas, não é aplicável o disposto na lei estrangeira mandada aplicar nos termos da presente Lei que violar a ordem pública ou ofender os bons costumes da República da China. A Lei refere-se ao resultado da aplicação da lei estrangeira que seja contrário à ordem pública ou aos bons costumes – e não à disposição legal em si. O recorrente é uma pessoa com plena capacidade de exercício, com discernimento suficiente e rica experiência, e se jogou no Estado de Nevada dos Estados Unidos sabendo que o jogo para entretenimento é permitido pela lei daquele Estado, deve respeitar-se a ordem do lugar em que foi praticado o acto e, conseqüentemente, aplicar-se a lei desse lugar”.

Há autores que referem que também o direito do Interior da China adoptou a concepção a posteriorística¹⁹, pois do art. 5.º da LAL (“Quando da aplicação da lei estrangeira resultar ofensa aos interesses públicos da sociedade da RPC, é aplicável a lei da RPC”) resulta que o pressuposto da exclusão da lei estrangeira não é a ofensa dos interesses públicos da sociedade pela lei estrangeira em si, mas pela aplicação dessa mesma lei. Mas, tal como no caso acima referido, alguns tribunais chineses não têm vindo a implementar a concepção a posteriorística.

Segundo esta concepção, no âmbito das acções de dívidas de jogo, não poderá entender-se que, pelo mero facto de a lei de Macau violar a ordem pública do Interior da China, deve ser afastada a sua aplicação, pois que se exige um juízo concreto sobre se o resultado da aplicação da lei de Macau ao caso viola ou não a ordem pública do Interior da China.

Há, na verdade, contadas decisões dos tribunais chineses onde se considerou não ser contrária à ordem pública do Interior da China a aplicação da lei de Macau, conferindo protecção às dívidas de jogo de Macau. Exemplo disso pode

17 Han Depei (coord.), *Nova Abordagem do Direito Internacional Privado*, Wuhan University Press, 2003, p. 155.

18 Chen Rongchuan, *Comentário à Jurisprudência de Direito Internacional Privado*, Taipei, Wu-Nan Editora, 2015, p. 140.

19 Huang Jin (coord.), *Direito Internacional Privado*, Law Press, 1999, p. 291.

encontrar-se na sentença proferida pelo Tribunal Popular de Fuqing de Fujian no âmbito da acção movida por Lu Jianchun contra Weng Kexiong, Chen Qun e Chen Jinyu²⁰, onde se pode ler: “Segundo o princípio um país, dois sistemas e o princípio do alto grau de autonomia, o resultado da aplicação da lei de Macau não viola a ordem pública da sociedade”. A sentença, todavia, não procedeu a quaisquer desenvolvimentos em concreto, sendo lamentável que o Tribunal – dos poucos que se arrojou em aplicar a lei de Macau às dívidas de jogo de Macau – por não conhecer o direito de Macau, conferiu protecção a uma dívida de jogo que na verdade constituía uma dívida ilícita em Macau. Também o Supremo Tribunal Popular chegou a adoptar uma posição sustentável, embora sem a desenvolver²¹.

2. As questões por responder pela doutrina aposteriorística

Mas, como determinar se o resultado da aplicação da lei estrangeira viola ou não a ordem pública interna? A doutrina aposteriorística não dá resposta a esta questão importante, nem a jurisprudência chinesa a esclarece. Em Taiwan, é entendimento corrente que, uma vez que o resultado da aplicação da lei estrangeira não leve à legalização do jogo em Taiwan, não haverá nem violação da ordem pública nem ofensa dos bons costumes internos²².

O juízo sobre se o resultado da aplicação da lei estrangeira viola ou não a ordem pública interna deve partir de uma análise concreta desta mesma ordem pública. De uma forma geral, o impacto que a protecção conferida às dívidas de jogo de Macau poderá trazer à ordem pública do Interior da China pode manifestar-se a dois níveis: a nível pessoal e familiar, e a nível social.

1) O impacto que a protecção conferida às dívidas de jogo de Macau poderá

20 Sentença de primeira instância em matéria cível n.º 1431, (0181 de Fujian), 2016.

21 Veja-se o expandido no Acórdão de última instância em matéria cível n.º 152, de 2016: “Sobre a questão da eventual nulidade do «contrato de mútuo» e do contrato de cessão de quotas por terem como base uma dívida de jogo. Song Kai sustenta que os referidos contratos surgiram por causa de uma dívida de jogo constituída na RAE de Macau, devendo ser nulos pela razão de que as dívidas de jogo não são protegidas pelo direito chinês. Ora, prevê o art. 41.º da LAL que “As partes podem eleger por acordo a lei aplicável ao contrato. Na falta de designação da lei aplicável pelas partes, é competente a lei da residência habitual da parte cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características do contrato ou outra lei com a qual o contrato se ache mais estreitamente conexo”. Assim, mesmo que seja verdade o acima alegado por Song Kai, na falta de prova que as partes elegerem uma outra lei competente, deve aplicar-se a lei da RAEM, enquanto a lei da residência habitual da entidade do jogo cujo cumprimento das obrigações melhor reflecte as características da dívida de jogo e a lei mais estreitamente conexas com a dívida, reconhecendo-se a sua validade jurídica. Não tem, pois, razão a sua pretensão da nulidade do «contrato de mútuo» e do contrato de cessão de quotas por se basearem numa dívida de jogo”.

22 Wang Changbin, *Main Issues of Macao's Gaming Law*, People's Publishing House, 2012, p. 146.

causar a nível pessoal e familiar

O impacto que o jogo pode causar às pessoas e às famílias manifesta-se essencialmente nos males que o vício do jogo imprime no carácter das pessoas e na economia familiar. O vício de jogar provoca indubitavelmente um golpe devastador nas pessoas e nas famílias. A ordem pública proibitiva do jogo no Interior da China parte precisamente desta ordem de considerações. Mas a pergunta é – será que o conferir protecção às dívidas de jogo de Macau induz efectivamente o vício pelo jogo no seio dos residentes no Interior da China? A resposta poderá ser precisamente a inversa, pois que, mesmo que o jogador ganhe, não se poderão reclamar os rendimentos do jogo ganhos em Macau pelos residentes no Interior da China; se perder, haverá prejuízo, e, caso não se exija que o residente pague a dívida de jogo de Macau, poderá verificar-se um fenómeno injusto, ao abrigo do qual o jogador fica com o prémio quando ganhar e não paga a dívida quando perder, o que poderá até fazer crescer a vontade de as pessoas irem jogar a Macau²³, incrementando as probabilidades de se vir a adquirir o vício do jogo. Por conseguinte, ao se exigir que os residentes no Interior da China paguem as dívidas de jogo de Macau, em certa medida se estará a promover uma consideração aprofundada por parte dos residentes no Interior da China acerca dos riscos do jogo.

2) O impacto que a protecção conferida às dívidas de jogo de Macau poderá causar a nível social

O impacto que o jogo pode causar à sociedade manifesta-se essencialmente na potencial destruição da ordem financeira e fomento da prática de crimes de branqueamento de capitais e de usura, sendo assim apenas prejudicial e nunca benéfico para a sociedade. No entanto, este tipo de impacto negativo pode ser controlado e o jogo pode, na verdade, trazer impactos positivos para a sociedade. Relativamente ao controlo do impacto negativo do jogo, ao fim de vários anos de progresso, o sistema de inspecção e controlo do jogo de Macau encontra-se já relativamente desenvolvido com a intervenção das seguintes instituições de supervisão: a Comissão Especializada sobre o Sector dos Jogos de Fortuna ou Azar, a Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos, a Direcção dos Serviços de Finanças, o Gabinete de Informação Financeira, a Autoridade Monetária de Macau, a Polícia Judiciária, a Direcção dos Serviços de Economia e a Direcção dos Serviços de Turismo. O âmbito de controlo abarca, designadamente, a definição e implementação das políticas económicas, a concessão de licenças, o jogo ilícito, a inspecção fiscal e o combate ao branqueamento de capitais²⁴.

23 Wang Changbin, “A cobrança das dívidas de jogo na Grande China”, in *Macau Law Review*, 2011, n.º 3.

24 Iau Teng Pio, “O regime jurídico do jogo em Macau”, in *Social Sciences Academic Press (China)*,

O sector dos jogos de fortuna ou azar de Macau constitui de momento o pilar económico mais importante de Macau, pelo que o conferir protecção às dívidas de jogo de Macau é, sem dúvida, benéfico para a sociedade de Macau. Mas não só, porque o êxito da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau dependerá também do desenvolvimento estável de Macau, e também porque os residentes chineses beneficiam da indústria do jogo com a criação de grandes quantidades de oportunidades de emprego nos casinos e nas indústrias conexas, cujo salário atrai um grande número de residentes no Interior da China a vir trabalhar para Macau.

Tal como refere o Prof. Chen Rongchuan, entre o contrair dívidas de jogo por nacionais no estrangeiro e o não conferir protecção nacional às dívidas de jogo do estrangeiro, do primeiro não, mas do segundo já resulta ofensa directa à ordem pública ou aos bons costumes internos²⁵.

Conclusão

Pelo que respeita às acções de dívidas de jogo de Macau, parte dos tribunais chineses tem vindo a fundamentar a decisão sobre a lei competente de forma habitualmente parca, havendo mesmo casos em que, sem qualquer fundamentação, se conclui directamente pela aplicação da lei chinesa ou pela exclusão da lei de Macau por aplicação do princípio da reserva de ordem pública. As razões que estão por detrás de semelhante prática poderão ser, tal como indica a Prof^a. Lin Yanping, as seguintes: de um ponto de vista subjectivo, os juízes do Interior da China não iriam, na sua generalidade, arranjar problemas para si próprios ao assumir a tarefa difícil de averiguação da lei estrangeira. Por conseguinte, raras vezes conseguem encarar a lei estrangeira e aplicá-la com confiança e de forma rigorosa; de um ponto de vista objectivo, os juízes chineses enfrentam ininterruptamente uma grande pressão decorrente do volume de processos, bem como a missão de os julgar e decidir, pelo que o volume excessivo de trabalho esgota em si a normal capacidade de raciocínio dos juízes – exigir que venham a averiguar activamente a lei estrangeira afigura-se quase impossível. A isto acresce que é difícil averiguar a lei estrangeira, os custos são elevados e o tempo a despender é longo. Tudo isto dificulta a que os juízes chineses assumam a tarefa de averiguação²⁶. Como se não bastasse, a negatividade do jogo no Interior da China proporciona aos tribunais uma excelente oportunidade de exclusão da lei de Macau por via da excepção de

2014, pp. 16-30.

25 Chen Rongchuan, *Comentário à Jurisprudência de Direito Internacional Privado*, Taipei, Wu-Nan Editora, 2015, p. 138.

26 Lin Yanping e Huang Yanru, “Uma análise empírica do art. 10.º da LAL em busca das razões da dificuldade de averiguação de lei estrangeira”, in *Law Science*, 2014, n.º 10.

ordem pública, levando a que sejam mínimas as probabilidades de se vir a aplicar a lei de Macau nas acções de dívidas de jogo.

Relativamente à questão da escolha de lei no âmbito das acções de dívidas de jogo em Macau, os tribunais chineses devem aplicar a doutrina da prestação característica e o princípio da maior proximidade com adequação, não devendo afastar a aplicação da lei de Macau com fundamento na excepção de ordem pública quando seja essa a lei com maior proximidade com o caso, devendo também reforçar a averiguação da lei de Macau para chegar a uma correcta solução e decisão para o caso em conformidade com o direito de Macau.

VÁRIA

KONONOV CONTRA LETÓNIA. A QUEIMA ATÉ À MORTE EM GUERRA DE UMA MULHER “TRAIIDORA” COM UMA “QUASE CRIANÇA” NO ÚTERO E A CLÁUSULA QUE DESPE TODO O DIREITO DO CONFLITO ARMADO

Miguel Manero de Lemos

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Este artigo analisa a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em *Kononov v. Latvia* à luz da ideia de que a cláusula de Martens pode ser considerada uma norma a utilizar para resolução de casos duvidosos à luz do princípio da legalidade criminal.

Palavras-chave: Kononov; leis da guerra; princípio da legalidade; *nullum crimen, nulla poena sine lege*; cláusula de Martens.

Introdução

Em Fevereiro de 1944, os moradores de Mazie Bati permitiram que 12 pessoas do grupo de reconhecimento-sabotagem soviética ficassem nos seus celeiros. No dia seguinte, os alemães, supostamente auxiliados pelos moradores, queimaram e metralharam os celeiros. As doze, incluindo o líder Chugunov, foram mortas. Em 27 de Maio de 1944, um destacamento de um batalhão letão-soviético, liderado por Kononov, levou a cabo uma ‘represália’ contra os moradores da aldeia de Mazie Bati, nomeadamente contra os nove aldeões que alegadamente ajudaram os alemães. Os homens de Kononov foram enviados, supostamente, para matar (ou talvez capturar; ou talvez capturar ou matar) os moradores em

cumprimento de um veredito de um tribunal militar *ad-hoc*. Kononov e os seus homens realizaram a operação usando uniformes alemães da *Wehrmacht*, de modo a não despertar a suspeita dos moradores. Nove moradores foram mortos, alguns queimados vivos, incluindo três mulheres, uma no estágio final de gravidez. Não é claro se Kononov estava presente fisicamente no local em que se produziram as mortes ou se ficou para trás em posição de “vigia”, em todo o caso perto da cena do “crime”.

Em 1940, a Letónia tinha-se tornado parte da União das Repúblicas Socialistas Soviética (URSS). Depois da sua independência em 1990 – e declaração de ilegalidade da sua incorporação na URSS – adotou, em 1993, normas relativas à criminalização do genocídio, de crimes contra a humanidade ou a paz, de crimes de guerra e de discriminação racial, permitindo uma das novas disposições a aplicação retroativa em casos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra e abolindo os prazos de prescrição para estes crimes. Sessenta anos após os factos, e com fundamento nestas disposições, Kononov foi, em 2004, condenado por crimes de guerra. Kononov desafiou a legalidade da sua condenação perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A Primeira Câmara pronunciou-se pela ilegalidade por 4 contra 3. A Grande Câmara, por 14 contra 3, susteve a decisão dos tribunais letões.

1. A decisão da Grande Câmara

Iniciou a sua análise com *base na hipótese mais favorável ao recorrente* – a de que os moradores falecidos se enquadram na categoria de *civis que participaram nas hostilidades*, em virtude de passarem informações à administração militar alemã, um ato que poderia ser definido como *traição de guerra*, ou a de que eles tinham o *status* jurídico de *combatentes*, com fundamento num dos supostos papéis auxiliares (para. 194) – e esclareceu que os moradores não eram *franc-tireurs*, dada a natureza das suas supostas atividades que levaram ao ataque e porque *não estavam, no período em causa, a participar em quaisquer hostilidades*, acrescentando ainda que a noção de *levée en masse* não tem aplicação pois Mazie Bati já estava sob ocupação (para. 195).

Quanto aos direitos inerentes ao *status* de combatente, o tribunal considera que o *jus in bello* reconhecia, em 1944, o direito ao *status* de prisioneiro de guerra se os combatentes fossem *capturados*, se *rendessem* ou fossem considerados *hors de combat*, e que os prisioneiros de guerra tinham direito a ser tratados de forma humana, sendo, portanto, *ilegal maltratar ou sumariamente executar um prisioneiro de guerra* (para. 202).

Quanto à proteção a dispensar a *civis que participaram nas hostilidades*,

observou que, em 1944, a distinção entre combatentes e civis – e entre as proteções respetivas – era uma pedra angular das leis e costumes de guerra, que os civis eram definidos *a contrario* relativamente à definição de combatentes e que só podiam ser atacados *enquanto tomassem uma parte direta* nas hostilidades (para. 203).

O tribunal considerou que, se se suspeitava que os civis *tivessem participado* nas hostilidades e cometido violações de *jus in bello* (por exemplo, *traição de guerra* cometida ao transmitirem informações à administração militar alemã), então estariam sujeitos a prisão, julgamento e punição de acordo com um processo equitativo em tribunais militares ou civis, sendo a *sua execução sumária sem julgamento contrária às leis e costumes de guerra* (para. 204).

Relembrou que – mesmo se fosse considerado que os aldeões tinham cometido crimes de guerra (qualquer que fosse o seu *status*) – o requerente e sua unidade teriam somente o direito de prender os moradores, garantir um processo equitativo e só depois levar a cabo qualquer punição, declarando que, de qualquer forma – e com ou sem julgamento *partisan* – um julgamento dos aldeões *in absentia* sem seu conhecimento ou participação, seguido das execuções, não pode ser qualificado como equitativo (para. 221).

Considerou ainda que, tendo em conta o artigo 23.º (c) RH, mesmo que os moradores mortos fossem considerados como combatentes ou civis que participaram nas hostilidades, o *jus in bello* em 1944 considerava as circunstâncias do seu homicídio e maltratamento um crime de guerra pois os atos violaram uma regra fundamental das leis e costumes de guerra que protegem um inimigo *hors de combat*, proteção que se aplicaria se uma pessoa estivesse ferida, *incapacitada ou não capaz por outra razão de se defender (incluindo por não possuir armas)*, não sendo exigido que a pessoa tivesse um *status jurídico especial* ou que *houvesse uma rendição formal*, tendo também os moradores, enquanto combatentes, o *direito a proteção como prisioneiros de guerra* sob o controle do requerente e da sua unidade, sendo os maus-tratos e execução sumária posterior contrária às inúmeras regras e costumes de guerra *que protegem os prisioneiros de guerra* (para. 216).

A Grande Câmara informou que os tribunais da Letónia se basearam no artigo 16.º da *Convenção de Genebra IV* para sustentar que queimar até a morte uma mulher grávida constituía *um crime de guerra em violação da proteção especial conferida às mulheres* (para. 218) e sustentou que as mulheres, especialmente as mulheres grávidas, devem ser objeto de especial proteção durante a guerra – o que seria parte das leis e costumes de guerra desde o *Código Lieber 1863* (artigos 19.º e 37.º) – proteção esta desenvolvida pelo *direito de Genebra* sobre os prisioneiros de guerra, pois as mulheres nesta situação eram consideradas especialmente vulneráveis (para. 218).

Considerou *estas expressões de proteção especial*, entendidas em conjunto

com a proteção da cláusula de Martens, como suficientes para decidir que havia uma *base jurídica plausível* para condenar o requerente por um *crime de guerra autónomo* no que diz respeito à queima até a morte da senhora Krupniks (para.218).

Concluiu que – mesmo se se admitisse que os aldeões mortos podiam ser considerados como civis que participaram nas hostilidades ou combatentes – havia uma *base jurídica suficientemente clara*, tendo em conta o estado de direito internacional, em 1944, para a sua condenação e punição por crimes de guerra *enquanto comandante* da unidade responsável pelo ataque em Mazie Bati (para. 227).

2. Apreciação

2.1. Introdução

Ao simbolismo histórico – Kononov tornou-se aparentemente a primeira e, porventura, a única pessoa do lado dos Aliados a ser condenada por crimes de guerra cometidos durante a Segunda Guerra¹ – aliado à decorrente emotividade política do caso – asserção de ‘completa’ independência das antigas repúblicas soviéticas perante indignação russa² – junta-se um incrível emaranhado de problemas jurídicos.

Pode-se começar por aludir à afirmação de que Kononov é fascinante precisamente porque levanta a mesma tensão entre as exigências de legalidade estrita e considerações de justiça substantiva, mas desta vez puramente num contexto de direitos humanos, e por questionar – e apesar de se considerar a abordagem da maioria muito mais palatável pragmaticamente – se não é a opinião da minoria a intelectualmente mais honesta³. Para logo ‘contra-perguntar’ qual é exatamente a justiça substantiva aqui em causa. Se se compreender a discussão sobre a tensão entre um estrito legalismo e uma justiça substantiva no contexto de atrocidades em massa cometidas na Segunda Guerra Mundial – que não seriam estritamente criminais – não parece que, neste caso, seja exatamente essa tensão que está em causa.

Ao que acresce um outro pormenor de alguma forma relegado para segundo

1 VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia: A Partisan and a Criminal—The European Court of Human Rights Takes a Controversial Stance on War Crimes”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, 2011, p. 666.

2 VOLZHSKAYA, MARIYA, “Kononov v. Latvia”, p. 667.

3 Assim, MILANOVIĆ, MARKO, “Was Nuremberg a Violation of the Principle of Legality?”, publicado a 18 de Maio 2010 em <http://www.ejiltalk.org/was-nuremberg-a-violation-of-the-principle-of-legality>. A minoria considerou ter existido uma violação do artigo 7.º Cf. ECHR, Judgment, Grand Chamber, Dissenting Opinion of Judge Costa joined by Judges Kalaydjieva and Poalelungi, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 17 de Maio 2010, paras. 10 a 14 e 23.

plano na decisão da maioria do tribunal europeu dos direitos do homem⁴: o de que à altura dos factos o direito dos direitos humanos poderia ser descrito como um embrião. Em todo o caso, em princípio, em guerra prevalece o direito desta, *lex specialis derogat lex generalis*.

2.2. A guerra

Essencial, primeiro que tudo, um enquadramento sobre o contexto em que se está a desenvolver esta comunicação: a guerra – essa simplisticamente chamada contenda entre dois ou mais Estados através das suas forças armadas, com o propósito de vitória de uns sobre os outros e da imposição de condições de paz que o vencedor desejar⁵ –, a sua frente de batalha, as suas regras particulares no face a face e as suas perplexidades confrangedoras.

Um compromisso entre, por um lado, uma “permissão desenfreada” e, por outro lado, as absolutas exigências de humanidade, que levadas ao extremo lógico proscreveriam toda a guerra⁶, a lei desta – *jus in bello*, um dos “mais velhos sujeitos de direito internacional”, com longa história costumeira tanto em fontes ocidentais como asiáticas⁷ – procura limitar as medidas de guerra àquelas que são necessárias e refrear as atividades que produzem sofrimento de todo desproporcional à vantagem militar esperada⁸.

É verdade que o direito da guerra – lei marginal que lida com situações em que o comportamento humano roça o que ainda pode ser tido como humano⁹ – sempre conteve regras, qual direito internacional humanitário, baseadas no cavalheirismo, na religião e na humanidade, concebidas para a proteção de não-combatentes, e, especialmente, mulheres, crianças e velhos, supostamente incapazes de portar armas e cometer atos de hostilidade – e que também sempre

4 Nem o TEDH, nem a Convenção que lhe cabe aplicar existiam no momento dos factos.

5 Assim, *Oppenheim International Law – A Treatise*, Hersh Lauterpacht (ed.), 7.^a edição, Longmans, Green, and Co., 1952, p. 5. Mas mais bem descrita fazendo apelo ao seu sentido ou técnico ou material. Guerra no sentido técnico é um *status* formal produzido por uma declaração de guerra. Guerra no sentido material é gerada pelo uso real da força armada que seja abrangente por parte de pelo menos uma parte do conflito (DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 15.). Segundo *Tadić Jurisdição Recurso*, para. 70, “um conflito armado existe quando exista um recurso à força armada entre estados ou uma violência armada prolongada, entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, ou entre tais grupos no interior de um estado”.

6 Assim, BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949” (1955), em *Humanizing the Laws of War: Selected Writings of Richard Baxter*, Detlev F. Vagts, Theodor Meron, Stephen Schwebel, Charles Keever (eds.), Oxford University Press, 2013, p. 108.

7 Assim, RATNER, STEVEN/ABRAMS, JASON /BISCHOFF, JAMES, *Accountability*, p. 32.

8 Assim, BAXTER, RICHARD, “The Geneva Conventions of 1949”, p. 108.

9 Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, p. xvii.

compreendeu regras para proteção dos combatentes (em questões como quartel, perfídia, sofrimento desnecessário)¹⁰ – mas não se pode esquecer que é direito que foi sempre inevitavelmente orientado por *considerações de estratégia militar e vitória*¹¹.

A tensão entre a necessidade militar e a moderação na conduta dos beligerantes, ligada a considerações de humanidade¹², é marca registada da lei do conflito armado¹³, mas o peso atribuído a esses dois fatores conflituantes foi mudando, tendo as restrições impostas pelo princípio humanitário sido cada vez mais importantes, especialmente no que diz respeito a desenvolvimentos normativos e à elaboração de novos *standards* mas – lamentavelmente – menos no campo de batalha, que continua a ser cruel e sangrento, especialmente nos conflitos menos civis, os internos¹⁴.

A história do direito da guerra tem, de facto, sido a de uma *mudança no equilíbrio* entre as exigências da humanidade e as necessidades militares, a primeira subjetiva, dependente das “ideias morais dominantes” e do “grau de sentimento da comunidade” que se obtém das grandes potências, a segunda objetiva, dependente da evolução da tecnologia militar e do pensamento estratégico, determinando a relação dialética entre estas duas forças – à luz da experiência histórica – o conteúdo, os contornos e as características do direito da guerra num qualquer dado momento¹⁵.

Se se aceita que a relação simbiótica entre o direito dos direitos humanos e o direito internacional humanitário é estimulada pelo trabalho dos órgãos que velam pelo respeito pelos direitos humanos, chegando estes órgãos, muitas vezes, a conclusões que os especialistas do direito humanitário veem como problemáticas¹⁶, já se duvida que o idealismo e a ingenuidade desse trabalho sejam

10 Cf., em geral, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*; MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*.

11 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 1.

12 Assim, DINSTEN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, 2009, p. 115.

13 Sobre os conceitos ‘direito do conflito armado internacional’, ‘*jus in bello*’ e ‘direito internacional humanitário’, suas diferenças mais semânticas que reais, e sua extensão de ‘*war*’ a ‘*short of war*’, cf. DINSTEN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, pp. 16 e 17

14 Este parágrafo em MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 2.

15 Assim, ABI-SAAB, GEORGES, “The Specificities of Humanitarian Law”, p. 265, referindo-se à Declaração de São Petersburgo de 1868 a qual alude aos limites técnicos em que as necessidades da Guerra *devem ceder perante* as exigências de humanidade e ao preâmbulo da Convenção de Haia II de 1899 na parte em que se refere a que foi inspirada pelo desejo de diminuir os males da guerra *tanto quanto as exigências militares o permitissem*.

16 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

a sua maior força¹⁷, não mitigando a dúvida o facto de existirem apenas alguns órgãos humanitários com competências judiciais, e outros órgãos especializados encarregados da aplicação do direito internacional humanitário – tendo assim os organismos de direitos humanos de preencher uma lacuna institucional, dando ao direito internacional humanitário uma orientação ainda mais pró-direitos humanos¹⁸ – pois podem ser afirmações que servem como desculpas para más aplicações do direito que se tem que aplicar.

E o facto de não ser surpreendente que se confunda em alguns setores o direito dos direitos humanos com as leis da guerra/direito internacional humanitário, não esconde o que se deve sublinhar, ou seja, que – apesar da crescente convergência de várias tendências de proteção – diferenças significativas permanecem, *permitindo* ou, pelo menos, *tolerando*, o direito da guerra, em contraste com o direito dos direitos humanos, *a morte e o ferimento de seres humanos inocentes* que não participam diretamente num conflito armado – enquanto vítimas civis de danos colaterais lícitos – e ainda certas privações de liberdade pessoal sem condenações num tribunal de direito¹⁹.

De facto, a afinidade dos termos – ‘humanitário’/‘humanos’ – é contrabalançada por dois dialetos bem diferentes²⁰.

Proteção por um governo estrangeiro a combatentes e civis do adversário²¹, diretamente configurado pelas, e para as especiais, exigências da guerra – não estando sujeito a suspensão durante a contenda e consagrando assim direitos e deveres não derogáveis²² –, o direito dos conflitos armados regulamenta os aspetos de uma luta pela vida e pela morte entre concorrentes que operam com base numa igualdade formal e – derivado como é da tradição medieval do cavaleirismo²³, o que garante um mínimo de fair play²⁴ –, desde que as regras

17 Mas cf. MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

18 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

19 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8. E permite à potência ocupante recorrer a internamentos e limitar os direitos de recurso das pessoas detidas e as liberdades de expressão e de reunião. Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

20 Cf. também, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 67.

21 Assim, MERON, THEODOR, *The Making*, p. 7.

22 Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 83.

23 Este servia como direito costumeiro que governava não as relações entre os estados, nações ou pessoas, mas entre uma classe de homens guerreiros, sendo *neste sentido* um sistema muito internacional. Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 9 e 10.

24 Assumindo a paridade dos contendentes, o direito internacional preocupava-se com o *bellum*, derivado de *duellum*, como assegurando estes critérios de fair play. DINSTEIN, YORAM, *War, Aggression and Self-Defence*, p. 163.

do jogo sejam respeitadas, é admissível causar os tais sofrimento, privação de liberdade, e morte²⁵. Não tendo alguma vez sido sua intenção assegurar uma luta justa²⁶, embora permeável a considerações de justiça²⁷, não dá uma completa proteção aos civis, não ilegaliza os danos colaterais que não violem a regra da proporcionalidade e faz pouco pelos combatentes exceto nas ditas regras do fair play e na obrigação de não recusar quartel²⁸.

Pelo contrário, o direito dos direitos humanos, cuja rede cobre hoje virtualmente a inteira comunidade internacional²⁹, protege a integridade física e a dignidade humana em todas as circunstâncias, aplicando-se a relações entre partes desiguais, protegendo os governados dos seus governos, e não podendo – à sua luz – ninguém ser privado da vida, exceto em cumprimento de uma decisão de um tribunal competente³⁰. Apesar de primariamente projetado para tempo de paz, não há dúvida de que se aplica em tempo de guerra³¹, exceto derrogação³², *maxime*, guerra, ou alguma limitação implícita ou explícita inerente aos direitos humanos que consagra³³. Ou por outras palavras, e assumindo que, em princípio, a aplicação de um direito humano não cessa em tempo de guerra, o seu conteúdo é determinado pela lei especial³⁴.

2.3. A abordagem do tribunal

Como observado em *Kononov I*, apesar de os eventos não terem tido lugar numa situação de combate, a vila de Mazie Bati localizava-se a cerca de 80 quilómetros da frente de combate numa região ocupada pela Alemanha nazi, que tinha sido invadida pela *Wehrmacht*, e onde unidades de *partisans* vermelhos levavam a cabo ataques de guerrilha contra os alemães, sendo a própria vila cenário de escaramuças armadas; enfim a área era *palco de hostilidades*³⁵.

25 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8, acrescentando que esta é uma visão estreita e técnica da legalidade

26 Assim, SCHMITT, MICHAEL, “Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law”, p. 27, aludindo à possível exceção das represálias beligerantes, que todavia não visa promover uma luta justa, mas forçar uma parte que viole o direito internacional humanitário a regressar ao seu cumprimento.

27 Cf., também, BAXTER, RICHARD, “The First Modern Codification”, p. 127.

28 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2000, p. 241.

29 Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 69

30 Assim, MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, 2006, p. 8.

31 A ideia de que ele nunca desaparece é avançada em MERON, THEODOR, *The Making*, pp. 59 e 60.

32 *Nuclear Weapons*, p. 240, para. 25.

33 Assim, DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, pp. 69 a 73 e 77 a 79.

34 *Nuclear Weapons*, p. 240, para. 25.

35 Assim, ECHR, Judgment, *Case of Kononov v. Latvia*, Strasbourg, 24 de Julho 2008 (*Kononov I*), para. 125.

Ora, apesar de no momento imediatamente anterior ao do ataque do grupo de Kononov não estarem a decorrer hostilidades na aldeia, uma das questões não distintamente atacadas pelo tribunal, em termos de direito da guerra, e em geral, seria a de saber se seria permitido usar força letal – ordenada ou não por um órgão de tipo judicial-militar – contra (eventuais) colaboradores com o inimigo, cuja colaboração teria (eventualmente) dado causa a baixas, e que (eventualmente) ainda causavam um perigo militar, através de uma operação que (eventualmente) causaria danos colaterais.

Em caso de resposta afirmativa à pergunta, surgiria a outra de se a operação em concreto foi executada de acordo com as leis e costumes da guerra, nomeadamente se houve violação da proibição de matar ou ferir inimigos *hors combat*. O tribunal, ao não separar estas duas questões de forma clara, dá azo a muitas dúvidas quanto ao direito que está considerar.

A necessidade de resposta a estas questões decorre da forma como o tribunal perspetivou o cenário sobre o qual a decisão recaía. Apesar de ter sido levantada a hipótese de que a ordem era para uma captura dos aldeões e que houve censura por tal não ter sucedido³⁶, também foi alegado que a unidade de Kononov não estava em posição de capturar os aldeões e trazê-los perante o tribunal e que eles eram um obstáculo em combate e um perigo mortal para os *partisans*³⁷. Ora, o tribunal parece ter aceite e (partido) (d)este quadro factual pois afirmou que o objetivo em causa era, *inter alia*, matar os aldeões e destruir as quintas, o que estaria em consonância com esta última alegação³⁸.

Por último, o tribunal aceitou – tal como tinha sido estabelecido pelos tribunais letões – que Kononov organizou, planeou, comandou e liderou a unidade em causa, ou seja, ele teria controlo *de jure* e *de facto* da sua unidade e, dado o objetivo da missão, teria a *mens rea* exigida, o que tornaria *não necessário* responder à questão de se os tribunais domésticos poderiam ter determinado que Kononov tinha cometido pessoalmente os atos de Marie Batzi³⁹.

Tendo em conta que o tribunal entendeu a responsabilidade enquanto comandante como não sendo uma responsabilidade vicária⁴⁰ – e que aludiu ao parágrafo 141 de *Kononov I*, em que se afirmava que “partindo do pressuposto de que as mortes de três mulheres de Mazie Bati resultaram de um abuso de autoridade por parte dos *partisans* vermelhos, o Tribunal observa que, tal como no caso dos seis homens, as decisões dos tribunais da Letónia não contêm uma indicação do

36 Cf. *Kononov II*, para. 24.

37 Cf. *Kononov II*, para. 162.

38 Assim, *Kononov II*, para. 223.

39 Assim, *Kononov II*, para. 223.

40 Assim, *Kononov II*, para. 211.

grau exato de implicação do recorrente nas execuções, [que] nunca foi alegado que ele próprio matou as mulheres ou que ordenou ou incitou os seus companheiros a fazê-lo [e que,] em todo o caso, o Tribunal considera que, mesmo se a condenação do recorrente fosse baseada no direito nacional, ela é manifestamente contrária aos requisitos do artigo 7.º da Convenção [...]” – é discutível a dispensabilidade, pois não é manifesto o modo da sua responsabilidade ‘não vicária’ pelos excessos.

Um tribunal que aplique um verdadeiro *nullum crimen nulla poena sine lege*⁴¹ possivelmente não poderia descartar a discussão sobre a responsabilidade por comando da forma como o fez a Grande Câmara. Por outras palavras, mesmo que o seu comando tivesse compreendido uma ordem para matar, colocar-se-ia a questão de se lhe poderiam ser atribuídas as mortes eventualmente ‘não ordenadas’. Especialmente, relativamente à morte da mulher grávida, ao meio utilizado para esse fim, e à queima das quintas agrícolas, haveria que perguntar como poderia ele ser responsabilizado. Ordenou? Não preveniu? Não puniu?

Seja como for, o tribunal parece ter aceitado, não só que os atos de membros individuais do grupo não podiam ser vistos como meros excessos e que – de acordo com os princípios que governam a responsabilidade de grupos organizados – os membros do grupo são cúmplices das infrações independentemente do papel que têm no cometimento, mas também que ele teria a *mens rea* exigida⁴².

2.4. As mulheres

2.4.1. A Primeira Câmara

Em *Kononov I*, referiu-se que o governo recorrido não contestou a afirmação de que foram os moradores que informaram os alemães da presença dos *partisans* no celeiro e, mais especificamente, que Meikuls Krupniks (o proprietário do celeiro), Bernardo Šķirmants e as três mulheres, foram os responsáveis pela traição, o que teria sido expressamente reconhecido pelos tribunais de primeira instância e de recurso – no que diz respeito a todos os homens em questão ou, pelo menos, a Meikuls Krupniks – e ainda que, nem os tribunais nacionais nas suas decisões, nem o Governo nas suas observações, refutaram as alegações de que os aldeões teriam sido recompensados pelo comando militar alemão pelo seu ato⁴³. Por último, que, tendo em conta estas considerações, e a prática levada a cabo

41 Cf. *infra* 2.6.

42 Cf. *Kononov II*, para. 40, aludindo à disposição da Carta de Nuremberga que se refere à responsabilidade por todos os atos praticados por qualquer pessoa na execução do plano e considerando infundado o argumento de que o Tribunal de Recurso não tinha analisado a atitude subjetiva de Kononov relativamente às consequências.

43 Assim, *Kononov I*, para. 128.

pelos aldeões de vigilâncias noturnas, semelhante à prática levada a cabo pela polícia auxiliar da Letónia em vilas próximas, os *partisans* tinham fundamentos legítimos para considerar os aldeões, *não como habitantes pacíficos*, mas *como colaboradores do exército alemão*⁴⁴.

Quanto às mulheres mortas, a Primeira Câmara considerou que, se elas também tinham assistido a administração alemã, também teriam abusado do seu estatuto de civis, e então não existia uma base jurídica plausível em direito internacional para condenar o requerente por liderar a unidade responsável pela operação⁴⁵ ou, alternativamente, caso tivessem sido mortas, como resultado de um abuso de autoridade – e tendo em conta todas as circunstâncias do caso – nem esse abuso, nem a operação em que ele possa ter ocorrido podem ser considerados como uma violação do *jus in bello*⁴⁶.

2.4.2. A Grande Câmara

De forma diferente – quanto à morte da senhora Krupniks – a Grande Câmara invocou um artigo do Código de Lieber (artigo 37.º) relativo aos deveres do ocupante para com os habitantes de território ocupado, em especial as mulheres, e a Convenção de Genebra de 1929, cujo artigo relativo às mulheres é relacionado com o seu tratamento enquanto prisioneiras de guerra.

A Grande Câmara mencionou ainda o artigo 19.º do Código de Lieber, que estabelece que os comandantes – sempre que possível – informam o inimigo da sua intenção de bombardear um lugar, para que os não-combatentes, e especialmente as mulheres e crianças, possam ser removidos antes de o bombardeio começar, mas que não é infração da lei comum da guerra a omissão de informação, pois a surpresa pode ser uma necessidade⁴⁷.

Enquanto os dois primeiros não têm aplicação direta para o caso (os *partisans* não eram os ocupantes e a mulher não era prisioneira de guerra), a (não) pertinência do último – relacionado com bombardeamentos – é a de sublinhar que o ‘ataque surpresa’ do pelotão de Kononov, mesmo tendo em conta uma ‘*in casu* imaginada’ especial proteção das mulheres, poderia ser justificado.

O tribunal optou por usar uma cláusula do fim do Século XIX – nascida de certo modo num contexto de enaltecimento da luta *partisan* contra o ocupante – para estender a proteção das mulheres ao acontecimento.

Esta cláusula, a cláusula de Martens, foi inserida em 1899 nas primeiras convenções de guerra. Aqui as *Altas Partes Contratantes* consideraram não ter

44 Assim, *Kononov I*, para. 129.

45 Assim, *Kononov I*, para. 139.

46 Assim, *Kononov I*, para. 140.

47 O tribunal referiu-se ainda às Convenções de Genebra de 1949.

sido até então possível o acordo sobre todas as circunstâncias que poderiam surgir na prática (para. 7), e alertaram para que *não poderia ter sido a sua intenção que os casos não previstos*, por falta de estipulação escrita, *devessem ser deixados ao critério arbitrário daqueles que dirigem os exércitos* (para. 8), afirmando enfim que *“en attendant qu’un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté, les Hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l’empire des principes du droit des gens, tels qu’ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l’humanité et des exigences de la conscience publique”*⁴⁸.

2.5. Os aldeões eram beligerantes não protegidos

Os aldeões, no fundo, eram beligerantes não protegidos⁴⁹. O direito internacional, de alguma forma ainda bruto⁵⁰, deliberadamente não os auxiliava em virtude do perigo que os seus atos apresentam para o oponente, o que levava a que os poderes de retaliação fossem amplos⁵¹. Um indivíduo que não fosse combatente e que praticasse conduta hostil não estava a violar o direito internacional, mas colocava-se numa situação em que não era, nem civil, nem combatente privilegiado, e portanto – não havendo que acordar um tempo e um lugar para o ataque⁵² – estava no fundo, qual dramática redução de privilégios derivada de um *“risque du métier”*⁵³ que não é o seu, à mercê do beligerante.

Este, por um lado, poderia praticar atos de beligerância contra ele enquanto objetivo militar legítimo. No fundo, a necessidade militar permite todas as medidas

48 Itálicos adicionados.

49 A distinção entre combatentes legítimos e não legítimos é o corolário da distinção cardinal entre combatentes e civis, sendo o objetivo supremo da primeira o suporte da segunda. Assim, DINSTEN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 35.

50 OETER, STEFAN, “Is the Principle of Distinction Outdated?”, p. 60. Segundo, DARCY, SHANE, *Judges, Law and War*, pp. 117 e 118, mesmo a jurisprudência pós-guerra não expandiu muito a interpretação dos civis protegidos à luz dos RH e os civis fora de território ocupado continuaram para além do seu alcance. Dos 15 artigos dos RH sobre a ‘Autoridade Militar sobre Território do Estado Inimigo’, só três se relacionam com a integridade física de civis. MERON, THEODOR, *The Making*, p. 21. Cf., também, artigo 16.º do Código de Lieber e artigo 4.º do Manual de Oxford; PLATTNER, DENISE, “Assistance to the Civilian Population: The Development and Present State of International Humanitarian Law”, 288 *International Review of the Red Cross*, 1992, p. 251.

51 Neste sentido, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, p. 343.

52 Sobre este uso encorajado pelo costumeiro cavaleiresco, cf. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 109.

53 Cf. DINSTEN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, pp. 148 e 151. O autor fala deste risco a propósito dos combatentes.

que sejam indispensáveis para garantir os objetivos da guerra – que não sejam proibidas pela lei e costumes da guerra⁵⁴ – e compreende ataques intencionais às forças armadas inimigas e outros objetivos militares que permitem a um Estado inimigo e às suas forças armadas empreender a guerra⁵⁵, incluindo, como não podia deixar de ser, a vantagem militar decorrente de atos que aumentem a segurança das forças armadas que levam a cabo o ataque⁵⁶. Por outro lado, não teria de lhe conceder um *status* especial aquando da captura, podendo lhe aplicar a pena de morte⁵⁷.

Há que também destacar que a operação podia ser levada a cabo mesmo sem intervenção judicial prévia, pois as operações de guerra podiam – e podem – ser decididas dentro da cadeia hierárquica do exército. A ordem para matar, por exemplo, Hitler, certamente não era ilegal à altura, e ainda não o é hoje uma ordem semelhante. A ordem para matar Bin Laden, por exemplo, dada num contexto não tão claro de guerra, não foi recebida com protestos significativos⁵⁸, o que é sinal de que este tipo de prática não é – nos dias que correm – proibida pelo direito costumeiro. Tal como não o era – e provavelmente ainda não o é – a ordem em guerra para usar força letal contra alguém que ponha um risco real para a vida das tropas, mesmo que seja um mero colaborador.

Enfim, o que é de sublinhar, não é tanto que não era claro se os aldeões poderiam ser considerados objetivos militares legítimos, mas mais que, provavelmente, à altura, era claro que o eram, não existindo neste aspeto uma *base jurídica plausível* para sustentar uma condenação criminal⁵⁹.

2.6. *Hors de combat*

Sendo verdade, pelo menos no presente, que a perda do *status* de civil

54 Artigo 14.º do Código de Lieber.

55 Assim, PARKS, W. HAYS, “Asymmetries and the Identification”, p. 87.

56 Cf., sobre o termo “*vantagem militar definitiva*”, no contexto do artigo 52.º (2) do PA-I, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 93.

57 Assim, BAXTER, RICHARD, “So-called ‘Unprivileged Belligerency’”, pp. 342 a 345. Por exemplo, segundo o artigo 351.º do US Field Manual de 1940 – apesar de os beligerantes não autorizados não terem o direito de ser tratados como prisioneiros de guerra – já se capturados, não podiam ser condenados à morte, ou de outra forma punidos sumariamente, mas poderiam ser levados a julgamento perante uma comissão militar ou outro tribunal, que os poderiam condenar à morte ou a qualquer outra punição que se considerasse adequada.

58 De acordo com http://en.wikipedia.org/wiki/Reactions_to_the_death_of_Osama_bin_Laden (accedida em 02/12/2015) a operação foi condenada pela administração do Hamas na Faixa de Gaza, pela Irmandade Muçulmana e pelos Taliban e várias ONGs exprimiram preocupações com as circunstâncias envolvendo a operação.

59 Cf. *infra* 2.6.

não significa uma perda de proteção humanitária internacional⁶⁰, afirma-se: que a operação foi por natureza seletiva e pouco diferente de muitas outras levadas a cabo pelos membros da resistência; que os *partisans* vermelhos em nenhum momento tiveram a intenção de atacar a aldeia de Mazie Bati em si, por exemplo, com o objetivo de eliminar todos os seus habitantes e queimar edifícios; que só os *executaram* depois de terem encontrado as armas fornecidas pelos alemães⁶¹. A forma como a Grande Câmara encarou a questão também parece ter sido a da existência de uma execução sumária⁶². Ou, sob uma formulação idêntica, os aldeões *estavam já fora de combate*.

“[I]l est notamment interdit [...] de tuer ou de blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n’ayant plus les moyens de se défendre, s’est rendu à discrétion” (artigo 23.º (c) RH).

Talvez de vida não muito antiga⁶³, o *hors de combat* é conceito com relevância em circunstâncias em que os soldados se rendem⁶⁴, estão feridos ou não mantêm resistência e, então, não se os pode matar ou ferir mas tão-somente capturar. Talvez se possa dizer que a regra aqui em causa tem um significado autónomo relativamente a outras regras pois protege as pessoas no estado intermédio entre o *status* de combatente e o *status* seguro de prisioneiro de guerra⁶⁵.

A Grande Câmara alude à incapacidade de defesa derivada da não posse de armas e à desnecessidade tanto de um *status* jurídico especial como de rendição formal. Por outro lado, aquando da descrição dos factos considerados como provados pelos tribunais letões – e aceites pelo tribunal – considerou que nenhum dos moradores mortos tinha tentado escapar ou oferecido qualquer forma de resistência aos *partisans* e que, antes de serem mortos, todos estavam desarmados, sem resistir, e sob o controle da unidade de Kononov⁶⁶. O que reforça a ideia de

60 Como arguido pelo governo letão. Cf. *Kononov II*, para. 153.

61 Estas informações em *Kononov I*, para. 132

62 Cf. SCHABAS, WILLIAM, *Unimaginable Atrocities*, p. 48 considerando que o tribunal apoiou a condenação por execução sumária.

63 Homero não aludia à possibilidade de que poderia ser errado matar um guerreiro desarmado. MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 81; MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 151 e 152. Mas cf., também, MERON, THEODOR, *Henry’s Wars and Shakespeare’s Laws*, pp. 168 a 171.

64 Render significa cessar de lutar e dar-se ao poder do adversário, não resistindo à captura, e pode a intenção de se render, em terra, ser transmitida por depor as armas e levantar as mãos. Assim, DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 161.

65 Assim, WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 434, marg. 1145.

66 Cf. *Kononov II*, para. 191. Nos factos dados como provados pelos tribunais letões também constava,

que o tribunal supõe que eles estavam *hors combat*. Em suma, a ideia é a de que de não se podia matar ou ferir um inimigo que, tendo deposto as armas ou não tendo mais meios de se defender, se haja rendido, e esteja à discrição⁶⁷.

De referir que, apesar de não existir o dever de captura e de, em princípio, não ter de se dar uma oportunidade para a rendição antes de proceder ao ataque⁶⁸, depois de o ato de rendição ter lugar, ou de o controlo estar assumido, uma “drástica” mudança na situação jurídica ocorre⁶⁹ e já não se o pode levar a cabo⁷⁰. É devido quartel. E daí que – caso não se considerasse o caso como uma punição admissível ou represália legítima⁷¹ – a hipótese de os aldeões estarem *hors combat* teria que ser analisada.

O *status de hors de combat* está pensado para combatentes enquanto beligerantes legítimos⁷² e a sua eventual extensão a pessoas com outros *status*⁷³, por exemplo, civis que participa(ra)m nas hostilidades – em atenção ao “princípio de que cada pessoa detida com vida e suspeita de ter cometido crimes tem direito a ser julgada antes de ser executada”, princípio previsto no artigo 30.º RH relativo a espíões e que *estaria implícito na cláusula* relativamente a outras pessoas, embora *talvez fosse desculpável* recusar quartel em combate a pessoas que não tivessem o *status* de combatente legítimo⁷⁴– exigiria explicações adicionais que não foram

por exemplo, que Modests Krupniks implorou que não o matassem à frente de seus filhos (para. 17).

67 Cf., também, WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *Principles*, pp. 433 e 434, marg. 1143.

68 Assim, SCHAACK, BETH, “The Killing of Osama Bin Laden & Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”, p. 33.

69 Assim, DINSTEIN, YORAM, “The System of Status Groups in International Humanitarian Law”, p. 148.

70 Em ICTY, Judgment, *Prosecutor v. Strugar*, para. 175, o tribunal recordou que quem está em poder da parte adversária não está a participar ativamente nas hostilidades. WERLE, GERHARD/JESSBERGER, FLORIAN, *Principles*, p. 432, n. 279.

71 Cf. LEMOS, MIGUEL, *Nullum crimen nulla poena sine lege e o direito internacional, Em defesa de como os tribunais de guerra deram vida ao direito penal internacional*, Tese de Doutoramento em Direito (apresentada mas ainda não defendida), Ramo de Ciências Jurídico-Criminais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Agosto de 2015, Parte IV, 2.1.3.8. e 2.1.3.9. Cf., também, WECHSLER, HERBERT, “The issues of the Nuremberg Trial”,

72 Cf., ainda, artigo 1.º da Convenção para o Melhoramento da Condição de Feridos e Doentes em Exércitos no Campo (Convenção de Genebra de 1906) e artigo 1.º da Convenção para o Melhoramento da Condição de Feridos e Doentes em Exércitos no Campo (Convenção de Genebra de 1929), que se referem ao *status* de prisioneiros de guerra relativamente a oficiais, soldados e pessoas oficialmente ligadas às forças armadas. DINSTEIN, YORAM, *The Conduct of Hostilities*, p. 34, avança que a expressão *hors combat* não abrange civis pois só os combatentes podem ficar *hors combat*.

73 Ou mesmo, nas palavras da Grande Câmara, sem um *status* especial.

74 Assim, KALSHOVEN, FRITS, *Belligerent Reprisals*, pp. 191 e 192. Cabe acentuar a insegurança do autor expressa pelos itálicos.

avançadas pelo tribunal. Por outras palavras, ao se perspetivar a situação como um ataque de guerra – e apesar de haver na situação fáctica a aparência de uma violação de conduta exigida a soldados *durante bello* – é muito problemático, mesmo tendo em consideração que a obrigação de dar quartel se tornou, entretanto, uma norma fundamental relativamente à qual não são permitidas exceções ou interrogações⁷⁵, concluir pela criminalidade da conduta, pois os aldeões não eram nem ‘puros inimigos’ nem, com relevo específico para este momento da análise, soldados. Mesmo tomando os princípios de humanidade como obrigações jurídicas de piedade⁷⁶, estender a obrigação de dar quartel a esta situação exigiria exercício jurídico complexo.

Talvez devido à influência medieval cavaleiresca – em que aristocratas tinham cuidado para não serem apanhados em batalha por comuns, dos quais não esperavam misericórdia, e vice-versa, não sendo ainda entre tropas comuns ela esperada⁷⁷ –, há que ter bem presente que as leis e costumes da guerra tinham, e continuam a ter, embora já menos, muito de *status*⁷⁸. Exceto em casos excepcionais, se não se tivesse um determinado *status*, não se poderia esperar mais do que por sorte. Enfim, sem explicação das eventuais razões pelas quais seria devido quartel, não está justificada a existência de uma base jurídica plausível para a condenação.

Apesar de nenhuma das normas invocadas pelo tribunal se referir a mulheres grávidas, o tribunal sublinhou este aspeto. Além de que, e apesar de não ser completamente claro no assunto, não parece ter afirmado que ela não podia ter sido atacada por estar grávida, mas que *não podia ser queimada até à morte por tal razão*. Há que concordar com o tribunal quando afirmou que as mulheres, e especialmente as mulheres grávidas, sempre foram consideradas privilegiadas à luz do direito da guerra⁷⁹. Assim, e se se considerar que as leis e costumes de guerra já continham à altura uma especial proteção para mulheres grávidas – tendo de se lhes dar quartel *independentemente de elas serem combatentes legítimas*,

75 Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 213.

76 Assim, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 216.

77 Assim, MERON, THEODOR, *Bloody Constraint*, p. 119.

78 Sobre rebeldes, traidores e sua desproteção e distinção entre culpados e inocentes, na época medieval e escritores clássicos (distinção que tem muito em comum com a “distinção ativa” entre combatentes e civis inocentes característica do direito da guerra moderno), cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 191 a 207.

79 Cf., também, MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 91 a 94. Ideia a ter em conta é também a de “o que é importante não é que a lei das armas tolerasse ultrajes (o que não acontecia), mas que nunca foi implementada efetivamente [...]”. Cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, p. 111, citando comentário de Keen a propósito da Guerra dos Cem Anos e de certas *ordinances* de guerra. Mas talvez com alguma insegurança na defesa desta ideia cf. MERON, THEODOR, *Henry's Wars and Shakespeare's Laws*, pp. 211 e 212.

civis ou combatentes ilegítimas, o que é duvidoso pois assim as leis da guerra ganhavam um âmbito de aplicação ‘anormal’ – então, e caso não se verificassem preenchidos os requisitos para qualificar a situação como punição admissível ou represália legítima, teria sido cometido um crime de guerra relativamente a ela.

O tribunal parece ter chegado a esta proteção especial através do uso da cláusula de Martens sustentando que existia *uma base jurídica plausível* para a condenação por um crime de guerra relativamente ao homicídio da senhora Krupniks. De facto, a Grande Câmara esclareceu que *não é chamada a se pronunciar sobre a responsabilidade individual criminal do requerente* – pois essa é essencialmente *uma questão a ser avaliada pelos tribunais nacionais* – e elucida a sua dupla função: em primeiro lugar, averiguar se havia uma *base jurídica suficientemente clara*, tendo em conta o estado do direito em 27 de Maio de 1944, para a condenação do requerente por crimes de guerra e, em segundo lugar, examinar se esses crimes estavam definidos na lei com *suficiente acessibilidade e previsibilidade* de modo a que o requerente pudesse saber que *atos e omissões o fariam incorrer em responsabilidade penal*⁸⁰. Talvez se possa dizer o seguinte: partindo do princípio de que a lei da guerra não proibia que o soberano deposto ordenasse a execução de traidores, incluindo ‘mulheres grávidas traidoras’⁸¹, a existência desta base em confronto com o caso concreto só se poderia afirmar caso o quadro fatural sob que recaía a decisão ser o da mulher não figurar na lista dos culpados pela traição, situação em que a combinação entre o seu sexo e a sua gravidez constituiria facto claramente suficiente para direccionar a conduta dos *partisans* no sentido da existência de uma obrigação de a poupar.

Conclusão

No fundo o tribunal utilizou a cláusula – curiosamente divisada por um

80 Cf. parágrafo 187 da decisão da Grande Câmara.

81 Segundo o Supremo Tribunal da Noruega o soberano deposto pode adotar medidas criminais no que diz respeito à conduta dos seus nacionais durante a ocupação, especialmente no que à traição diz respeito. Cf. DINSTEN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, p. 109. Possivelmente, uma dessas medidas podia ser a de que os colaboradores culpados de traição, e que estivessem em território ocupado pelo inimigo, seriam sujeitos a julgamento (independente, justo e imparcial) *in absentia* e, se considerados culpados e condenados à morte, executados em operação conduzida para tal (incluindo eventualmente mulheres grávidas). A ideia de que existia um dever de os capturar e lhes dar oportunidade de julgamento justo em presença para só depois impor a pena de morte é tanto mais duvidosa (tal como possivelmente a ideia de que se teria que esperar, relativamente à senhora Krupniks, pelo parto, com consequentes complicações para a operação em causa) quanto a possibilidade de imposição desta em casos de beligerância não privilegiada é um “parente jurídico” de uma morte em batalha. Esta última ideia em BAXTER, RICHARD, “The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction”, p. 71.

estónio enquanto representante do império russo – como uma *norma* perante a qual toda a conduta em contexto de Guerra tem que ser avaliada pelos tribunais⁸².

Com antecedentes antigos enraizados não só no direito natural mas também no cavalheirismo, articulada com linguagem forte, tanto em termos éticos como retóricos, ressonante e influente na formação e interpretação do direito da guerra e do direito internacional humanitário⁸³, não é de admirar a sua capacidade para perguntar se a afirmação de que o direito natural está fora de moda não é infundada e prematura⁸⁴.

Se se poderia pensar que, com um maior desenvolvimento das leis da guerra, o seu campo de aplicação progressivamente diminuiria, a realidade é bem diferente. Realidade que, justamente, não podia deixar de ‘capturar’ a imaginação de quem tem de pensar sobre a fragilidade de um mundo onde guerra e atrocidades persistem.

O tribunal parece querer desabafar: “está bem, talvez ela tivesse colaborado com os alemães, talvez ela fosse traidora, talvez até uma execução sumária de “traidores” depois de julgamento *ad hoc* e na ausência não fosse claramente ilegal, talvez até fosse uma represália legítima contra os aldeões, mas queimá-la até à morte⁸⁵ sendo que ela estava grávida (nove meses) e já quase que existia uma criança. O direito positivo pode não ser claro, mas não viola isto claramente considerações elementares de humanidade e os ditames da consciência pública?”.

Com prova de que os dilemas entre o direito natural e o direito positivo, o que quer que estes de facto sejam, não dão sinais de morrer, há que também provavelmente salientar que é no direito da guerra que esta tensão – que é também a tensão entre os valores não escritos e as normas escritas que há quem diga que não podem ser interpretadas para além de um seu círculo máximo de sentidos possíveis – se mais faz sentir.

Uma vida longa, de facto, a desta cláusula.

82 Cf. parágrafo 215 da decisão da Grande Câmara.

83 Assim, MERON, THEODOR, “The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience”, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, n.º 1, 2000, p. 79.

84 No sentido de que sim, PUSTOGAROV, VLADIMIR, “The Martens Clause”, p. 135.

85 “[I]l est notamment interdit [...] d’employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus” (artigo 23.º (e) Regulamentos de Haia).

SUBSÍDIOS PARA UMA PROPOSTA DE ESTATUTO DA VÍTIMA DE CRIMES NA RAEM

Teresa Lancry A. S. Robalo*

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

*A criminalidade representa um dano para a sociedade,
bem como uma violação dos direitos individuais das vítimas.*

*Considerando (9), Directiva 2012/29/UE do
Parlamento Europeu e do Conselho,
de 25 de Outubro de 2012*

Resumo: A vítima de crimes tem sido apontada como a parte esquecida do processo penal. Em abono da verdade, não concordamos em pleno com uma tal afirmação, pois existem soluções em ordenamentos jurídicos como o português ou o da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) em que a vítima sempre poderá constituir-se assistente e exercer um amplo leque de direitos que indubitavelmente colocarão em causa a eventual paz jurídica sentida pelo arguido. Exemplo paradigmático desta evidente constatação reside no direito do assistente de requerer a abertura da instrução na decorrência de um despacho de arquivamento, quando não se tratar de um crime de natureza particular. Contudo, ainda assim ressalta do sistema como um todo a necessidade de serem colmatadas algumas lacunas em prol da vítima, principal afectada pelo crime, pese embora a noção de bem jurídico-penal e o interesse colectivo acautelado por este ramo

* O presente texto toma por base os argumentos constantes da nossa tese de doutoramento intitulada *O Estatuto da Vítima de Crimes e o Princípio da Presunção de Vitimização*.

do direito.

Defendemos, pois, que seja adoptada em Macau legislação específica com vista à tutela das vítimas de crimes, assim como já se verificou em diversos ordenamentos jurídicos como seja o português, em 2015, dando cobro às necessidades e direitos reconhecidos e atribuídos às vítimas de crimes a vários níveis, sendo certo que a experiência da vitimização causa nelas danos morais e patrimoniais, consequências económicas, psicológicas, emocionais e mesmo de carácter patológico como por exemplo a depressão ou o *stress* pós traumático.

Palavras-chave: Assistente; crime; estatuto; participação; princípio da presunção de vitimização; processo penal; vítima.

I. Introdução

Uma das principais necessidades das vítimas de crimes consiste na reparação dos danos, de modo a poderem recompor as suas vidas.

Sucedem, porém, que a Lei n.º 6/98/M, de 17 de Agosto não só não se aplica a todas as vítimas de crimes (nem sequer a todas as vítimas de criminalidade violenta), como também apresenta requisitos estreitos que acabam por redundar em sérias limitações ao direito à obtenção de um subsídio. Sugerimos, pois, a criação em Macau de um Fundo de Apoio à Vítima, ao qual estas possam recorrer independentemente do crime que esteja em causa. O legislador poderá ponderar um sistema em que a vítima possa valer-se de um tal Fundo comprovando um montante provisório dos danos sofridos, recebendo sem grandes delongas o valor apropriado a indemnizá-la, devendo contudo devolver esse valor ao mesmo Fundo caso venha a recebê-lo posteriormente por outra via.

Sucedem, porém, que as necessidades das vítimas vão muito para além das de cariz financeiro. Passam, amiúde, pela necessidade de receberem cuidados médicos ou psicológicos, pela própria protecção policial, pelo acolhimento temporário, ou ainda pelo facto de quererem – ou não - reencontrar-se com o agente para fazerem o seu luto emocional. Podem as vítimas pretender exactamente o oposto, ou seja, se possível não mais se cruzarem com o agente.

Por conseguinte, será necessário criar mecanismos no sistema, em termos físicos e processuais, que permitam que a vítima não se veja forçada a comparecer em esquadras da polícia ou nos tribunais à mesma hora que o arguido, compartilhando com este a mesma salas de espera. Tal pode ser deveras intimidador e perturbador para aquela, jogando, em última instância, contra a boa realização da justiça.

Em sede processual, será ainda necessário encontrar soluções que permitam

às vítimas com necessidades especiais não só depor o menor número de vezes, nomeadamente através da figura das declarações para memória futura, como ainda prestar o seu depoimento por videoconferência, tudo sem limitar as garantias de defesa do arguido.

Por outro lado, deve ser prevenida a vitimização secundária, que deriva, nomeadamente, de comentários humilhantes sobre a pessoa da vítima ou da exposição da sua privacidade para além do estritamente necessário. Um dos meios que permitirão alcançar este desiderato consiste em possibilitar que as vítimas de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual e de violência doméstica sejam, sempre que possível, atendidas por profissionais do mesmo sexo se assim o entenderem, nomeadamente aquando da prestação de declarações. Devem, ainda, poder ser ouvidas pela mesma pessoa quando tal se revele conveniente dada a sua situação.

Entre outros, as vítimas necessitam ser devidamente informadas sobre o que podem fazer após a apresentação da denúncia, que serviços estão ao seu dispor e o que vai passar-se ao longo do processo penal.

Apesar de existirem algumas associações que prestam apoio a vítimas de crimes específicos em Macau, inexistente aqui uma associação de apoio à vítima de vocação genérica. Entendemos, pois, que a informação e o auxílio a serem prestados à vítima deveriam verificar-se desde o primeiro contacto com as autoridades públicas, pelo que devem ser criados mecanismos que incentivem a sua criação e, bem assim, que sejam criados postos de atendimento junto das esquadras de polícia, para onde as vítimas sejam imediatamente direccionadas após a apresentação da denúncia.

II. A vítima no processo penal de Macau

Se é bem verdade que a vítima tem sido indicada como a parte silenciosa, pois que desprovida de voz em sede processual penal, tal não se afigura absolutamente aplicável em sistemas jurídicos como o de Macau que, graças ao princípio da continuidade (artigo 8.º da Lei Básica), manteve os diplomas legais que aqui vigoravam antes da transição, em 1999. Por conseguinte, o Código de Processo Penal de Macau aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/96/M encontra-se em vigor em Macau, ainda que tenha sofrido alterações até à presente data.

De acordo com o Código de Processo Penal de Macau, um dos sujeitos processuais é justamente o assistente, podendo constituir-se como tal nomeadamente “o ofendido, considerando-se como tal o titular do interesse que a lei especialmente quis proteger com a incriminação, desde que maior de 16 anos”, em conformidade com o artigo 57.º, n.º 1, a) daquele diploma.

O ofendido é, pois, a vítima, desde logo na acepção tradicional de vítima

directa.

Poderá perguntar-se se será favorável, ou não, permitir que a vítima tenha uma intervenção processual como assistente do Ministério Público, coadjuvando este órgão jurisdicional na procura da verdade material. Tal poderia, como refere GERMANO MARQUES DA SILVA, revelar-se contraproducente na medida em que, deste modo, permitir-se-ia à vítima um extravasar de emoções que abalaria a certeza que se espera do processo *qua tale*. Viria, pois, atribular a objectividade pretendida com emoções não desejadas na arena judicial. Sucede, porém, que o autor supra citado, assim como CASTANHEIRA NEVES ou JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, entendem ser salutar a possibilidade de constituição da vítima como assistente¹. Concordamos com os autores em apreço, pois deste modo alcançar-se-á o objectivo do processo penal: a descoberta da verdade material.

De modo a percebermos se, de facto, a vítima constituída como assistente detém efectivamente um leque expressivo de direitos processuais, seguiremos a análise de PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE. Em conformidade com este autor, e após procedermos a uma apreciação das soluções legais em vigor em Macau, temos a salientar os direitos processuais que se seguem: direito de requerer a prorrogação de certos prazos, de suscitar o conflito de competência, o direito de requerer a declaração de impedimento do juiz e a recusa do juiz, o direito a ser notificado pessoalmente de decisões, incluindo a decisão de arquivamento, a acusação do Ministério Público e o despacho que designa a data para julgamento². A estes, junta-se o direito a intervir activamente no inquérito, oferecendo provas e requerendo diligências, o direito de requerer, durante o inquérito, ao juiz de instrução a prática de actos processuais fundamentais, “incluindo (...) de se pronunciar sobre a modificação, substituição ou revogação de medida de coacção”. Será ainda de acrescentar o direito de requerer a prestação de declarações para memória futura e de intervir nesta diligência, o direito a requerer a suspensão provisória do processo e de discordar desta, quando requerida por outro sujeito, “o direito de deduzir acusação por crimes públicos e semi-públicos desde que a acusação particular tenha por objecto os factos acusados pelo Ministério Público, parte destes factos ou outros que não importem a alteração substancial destes e o direito de requerer a produção de meios de prova que não constem da acusação

1 Apud TERESA LANCRY A. S. ROBALO, “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema a luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau”, in *Revista do Ministério Público*, n.º159: Julho-Setembro 2019, p. 172.

2 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, p. 207-208.

do Ministério Público”³.

O assistente tem ainda “o direito de acusar autonomamente por crimes particulares”, tendo por isso, em tais casos, a possibilidade de escolher se os mesmos devem ou não prosseguir para julgamento, sendo certo que o Ministério Público também poderá acusar pelos mesmos factos, por parte deles ou por outros que não importem uma alteração substancial daqueles (artigo 267.º, n.º 3 do CPP de Macau)⁴.

Na fase da instrução, temos de salientar o direito que compete ao assistente de requerer a sua abertura “em relação a factos que constituam crimes públicos e semi-públicos pelos quais o Ministério Público não tiver deduzido acusação e o direito de oferecer provas e requerer diligências para esse efeito” (artigo 269.º, n.º 1, al. b) do CPP de Macau), aos quais acresce o direito de participar no debate instrutório e de ser notificado para o efeito⁵.

Quanto à fase de julgamento, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE menciona especificamente o direito de o assistente ser notificado do despacho que designa dia para a audiência ou ainda, nomeadamente, o direito de alegar no final da audiência por intermédio do seu representante⁶.

Salientam-se ainda e em linha com o mesmo autor, o direito de não depor como testemunha – o qual, mais do que um direito, consubstancia um verdadeiro impedimento -, o direito de não prestar juramento – ficando todavia sujeito ao dever de verdade -, o direito de apresentar e alterar o rol de testemunhas, de prescindir de testemunhas e de ser ouvido sobre a dispensa de testemunhas, de peritos, de outro assistente e das partes civis⁷.

Àquele sujeito processual é ainda reconhecido o direito de recorrer autonomamente das decisões que o afectem, incluindo o direito de interpor recurso da absolvição, do despacho de não pronúncia ou da condenação em pena cuja espécie ou medida ele considera insuficientes”⁸.

3 *Idem*, p. 208.

4 Igualmente no nosso “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema a luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau” *cit.*, p. 174.

5 *Idem*, p. 208-209.

6 *Idem*, p. 209.

7 *Ibidem*.

8 *Idem*, p. 210. Note-se contudo que esta questão do interesse em agir quando o que está em causa é o *quantum* da pena aplicada tem sido bastante discutida pela doutrina e pela jurisprudência, arguindo-se que o assistente não terá um tal interesse, na medida em que não se tratará de um interesse “seu” mas sim de público no sentido da aplicação da melhor justiça. Neste sentido, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7-5-2009, Processo n.º 09P0579, ou ainda JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no Direito Processual Penal Português” *cit.*, p. 160.

Por seu turno, MARIA LEONOR ESTEVES ASSUNÇÃO acrescenta que ao assistente é ainda reconhecido “o direito de, durante a audiência, através do seu representante legal, solicitar ao juiz a formulação de perguntas ao arguido, inquirir e contra-interrogar testemunhas e proferir alegações orais de facto e de direito”, segundo o disposto nos artigos 326.º, n.º 3, 329.º e 341.º do CPP, para além de ter o direito de “sugerir pedidos de esclarecimento ou perguntas úteis à decisão e de efectuar alegações orais, em caso de reabertura da audiência para a determinação da sanção”, conforme resulta do artigo 352.º, n.os 3 e 4 do mesmo diploma⁹.

Será ainda de salientar o papel da vítima no âmbito dos institutos do arquivamento em caso de dispensa de pena e de suspensão provisória do processo, sem olvidar a importância que a reparação dos danos causados possa ter em sede de atenuação especial da pena ou até de dispensa da pena, nos termos dos artigos 66.º e 68.º do Código Penal, sem embargo de poder traduzir-se num dever para que possa verificar-se a suspensão da execução da pena de prisão, segundo os artigos 48.º e 49.º do mesmo diploma¹⁰.

Por conseguinte, a participação do assistente no processo penal acaba por acarretar consigo o benefício de auxiliar na boa realização da justiça, coadjuvando o Ministério Público na descoberta da verdade, apesar de pretender a tutela imediata de interesses particulares¹¹.

Especificamente a propósito do ordenamento jurídico-penal de Macau, MANUEL LEAL-HENRIQUES afirma que, apesar de o assistente desempenhar, por um lado, um papel de mero colaborador do Ministério Público, por outro, e em certas circunstâncias, detém o já referido poder de influenciar o andamento do processo, por exemplo quando a lei lhe reconhece o poder de requerer a abertura de instrução nos casos aí previstos.

Todavia, ainda nestes casos o assistente não perderá em absoluto a sua qualidade de colaborador, na medida em que continua a contribuir para a realização do interesse público o que, em última instância, consiste numa das atribuições do Ministério Público¹².

9 MARIA LEONOR ESTEVES ASSUNÇÃO, “A vítima e o processo penal” in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, “Os desafios do Séc. XXI”*, Macau, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2007, p. 374-375.

10 *Idem*, p. 375-376.

11 JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no Direito Processual Penal Português” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 5, fascículo 2.º, Abril-Junho 1995, p. 163 e ainda, do mesmo autor, “A participação dos particulares no exercício da acção penal (alguns aspectos)” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 8, fascículo 4.º, Outubro-Dezembro 1998, p. 654.

12 MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, volume I (artigos 1.º a 175.º), Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2013, p. 385. Opinião

Efectivamente, se é bem certo que o facto de o assistente prosseguir um interesse privado não colide necessariamente, *de per se*, com a tutela do interesse público¹³, acompanhamos a doutrina no sentido de que, apesar de tudo, o assistente sempre colabora com o Ministério Público, mesmo quando não concorda com a sua decisão de arquivamento do processo pois que, deste modo, estará a pugnar por uma eficaz realização da justiça.

Em jeito conclusivo, e nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, escritas há três décadas a esta parte, “para uma autêntica protecção da vítima, mais decisivo ainda do que o auxílio social em sentido amplo que lhe possa ser prestado é o conferir-lhe voz autónoma logo ao nível do processo penal, permitindo-lhe uma acção conformadora do sentido da decisão final”¹⁴.

reforçada pelo mesmo autor em *Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau*. Tomo I, 3.ª edição revista e actualizada, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2016, p. 165-166.

13 MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau cit.*, p. 385.

14 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, in *O Novo Código de Processo Penal – Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 10-11, *apud* PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal cit.*, p. 207, bem como ARMÊNIO SOTTOMAYOR, “A voz da vítima” in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1, Coimbra Editora, 2001, p. 842.

Ainda a este respeito, não poderemos deixar de aqui reproduzir os ensinamentos de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS o qual escrevera, no mesmo texto a p. 10 que, “ao tratar o ofendido como mero participante processual e ao vincular à sua constituição como assistente para assumir a veste de sujeito do processo, é ainda da formalização necessária a uma realização mais consistente e efectiva dos direitos da vítima que se trata – e assim, a seu modo, de algo paralelo ao que sucede com a constituição formal do suspeito como arguido”, salientando seguidamente a novidade trazida pela legislação portuguesa ao considerar a vítima como verdadeiro sujeito processual, ao contrário do que se verificava na generalidade das legislações europeias. Estávamos, então, em 1997 quando foram proferidas/redigidas estas palavras, antes pois da entrada em vigor na União Europeia de instrumentos jurídicos directamente dirigidos à tutela da vítima como sejam a Decisão-quadro do Conselho da União Europeia de 15 de Março de 2001 relativa ao estatuto da vítima em processo penal (2001/220/JAI), posteriormente substituída pela Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012. Salienta-se, pois, que o legislador português operou um avanço considerável ao ter incorporado, vários anos antes, a figura do assistente como verdadeiro sujeito processual tendo-lhe conferido um leque extenso e considerável de direitos processuais.

Ainda no mesmo sentido *vide* A. LABORINHO LÚCIO, “Sujeitos do Processo Penal”, in *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 42-43, quando o autor se reportava a nova regra interpretativa em sede penal: onde outrora encontrávamos uma “interpretação unilateral sucessiva”, assente na figura do arguido, desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal português em apreço que aquela interpretação passou a ser “bilateral simultânea de interacção agente-vítima”, passando a poder falar-se, com propriedade, numa regra da bilateralidade interpretativa e, ainda, na aceitação, com igual dignidade, da “triade punitiva: Estado-delinquente-vítima”.

III. *Victim impact statements* – qual a sua relevância (se alguma) para a RAEM?

A figura dos *victim impact statements* encontra-se em ordenamentos jurídicos como os Estados Unidos da América, Canadá, Austrália ou Holanda e consistem em declarações orais ou escritas apresentadas pela vítima em tribunal, com o propósito de dar a conhecer as consequências causadas pelo crime. Por outro lado, os *victim statements opinions* permitirão que as vítimas expressem inclusivamente o seu parecer sobre a melhor pena a ser aplicada ao agente¹⁵.

A título exemplificativo, na Holanda os *victim impact statements* visam permitir às vítimas de crimes uma intervenção mais ampla em sede processual penal, exprimindo o mal que a conduta lhes causou, havendo mesmo quem considere que justa apenas poderá ser a sentença que leve em consideração as consequências do crime na pessoa da vítima¹⁶.

Outro dos objectivos apontados a uma tal medida consiste na presunção de que a mesma seria positiva de um ponto de vista terapêutico, possibilitando a recuperação emocional da vítima, aspecto que tem sido discutido¹⁷. ANTONY PEMBERTON e SANDRA REYNAERS concluem que a participação da vítima no âmbito do processo penal tendo como propósito alcançar finalidades terapêuticas é controversa¹⁸. A questão que se coloca é, pois, a seguinte: será o processo penal o *locus* indicado para serem prosseguidos e/ou alcançados fins “terapêuticos”? A resposta não poderá deixar de ser negativa. O processo penal visa averiguar se foi cometido um crime e quem foi o seu autor, cuja consequência basilar residirá

15 MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, “As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 3, Janeiro-Março 1993, p. 115.

16 Para mais desenvolvimentos sobre o direito a auferir uma indemnização no âmbito do sistema jurídico holandês, atente-se ao estudo desenvolvido em 1999 (e a quaisquer alterações legislativas posteriores) por IRENE SAGEL-GRANDE, “A vítima de crimes e a “trias iuridica””, in *Revista Infância e Juventude*, Direcção-Geral de Reinserção Social, Lisboa, n.º 3/99, Julho-Setembro, p. 39-60.

17 KIM LENS, ANTONY PEMBERTON e STEFAN BOGAERTS, “Heterogeneity in victim participation: a new perspective on delivering a victim impact statement”, in *European Journal of Criminology*, vol. 10 (4), 2013, p. 480-481.

18 ANTONY PEMBERTON e SANDRA REYNAERS, “The controversial nature of victim participation. Therapeutic benefits in victim impact statements”, in *Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice: International Perspectives*, 2011, Durham, North Carolina, Carolina Academic Publishing, p. 8.

Ainda sobre esta questão, atente-se ao estudo de KIM LENS, ANTONY PEMBERTON, KAREN BRANS, JOHAN BRAEKEN, STEFAN BOGAERTS e ESMAH LAHLAH, “Delivering a victim impact statement: emotionally effective or counter-productive?”, in *European Journal of Criminology*, vol. 12 (1), 2014, p. 31. Segundo estes autores, e pese embora não haja uma comprovação cabal que a prestação de um *victim impact statement* acarrete necessariamente efeitos positivos em termos terapêuticos, “(...) os sentimentos de ansiedade decrescem relativamente às vítimas que experienciam sentimentos mais efectivos de justiça processual”.

na absolvição ou condenação do arguido. Não descurando a importância de ser alcançado um equilíbrio emocional por parte da vítima, entendemos que o meio adequado para que tal se verifique não é o processo penal mas sim o necessário apoio psicológico e/ou psiquiátrico a ser-lhe oferecido.

Sucedo que, nos termos do artigo 65.º, n.º 2, al. a) do Código Penal de Macau, compete ao juiz levar em consideração a gravidade das consequências do facto criminoso. Sendo que o *victim impact statement* visa, precisamente, permitir que a vítima dê a conhecer ao Tribunal quais as consequências que o crime teve para si, e se nos abstrairmos dos fins terapêuticos acima mencionados focando-nos tão-somente no propósito de dar uma voz activa à vítima no decurso do processo penal, começamos por considerar que, dogmaticamente, não existiria qualquer objecção a uma tal figura no ordenamento jurídico de Macau.

Contudo, dessa congruência dogmática emergem duas questões: deveriam umas tais, chamemos-lhes assim, “declarações sobre o impacto do crime na vítima”, ser possibilitadas apenas oralmente ou ainda por escrito? E – ainda - será que, apesar de tudo, seria *realmente* necessária a sua previsão num ordenamento jurídico como o nosso onde já é concedido à vítima um amplo leque de meios para que possa intervir processualmente, seja como testemunha, como assistente ou como parte lesada?

O assistente pode intervir processualmente oferecendo meios de prova da prática dos factos e das suas consequências, os quais passam pelas suas próprias declarações. Reza o artigo 111.º, n.º 1 do CPP de Macau que “*constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicável*” (itálico nosso), ao qual acresce o seu n.º 2 que “*se tiver lugar pedido de indemnização civil, constituem igualmente objecto da prova os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil*” (itálico nosso), onde se contam os danos morais sofridos pelo lesado.

Se o assistente e/ou lesado pretender fazer prova das consequências que o crime lhe causou, deverá ser respeitado o princípio do contraditório conforme dispõe o n.º 2 do artigo 308.º do CPP de Macau¹⁹. Por outro lado, processualmente prevalece ainda o princípio da oralidade, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 86.º, n.º 1 do mesmo diploma legal.

Por conseguinte, e ao abrigo do princípio da oralidade, somos da opinião que caso teoricamente o legislador de Macau pretendesse introduzir a figura das declarações sobre o impacto do crime na vítima, apenas deveria possibilitar o seu recurso oralmente, em audiência de discussão e julgamento, dando a possibilidade ao defensor de colocar as questões que considerasse pertinentes sem ferir o pudor

19 Equivalente ao artigo 327.º, n.º 2 do CPP português.

e o respeito a conceder à vítima, visando evitar a vitimização secundária.

Apesar desta compatibilidade prática entre as declarações (orais) sobre o impacto do crime na vítima e os princípios e finalidades basilares do processo penal, somos da opinião que, num ordenamento jurídico como o nosso, onde é reconhecido um vastíssimo leque de direitos à vítima de crimes, bastando para tal que se constitua como assistente, nem será necessária a previsão de outro sujeito processual (ao contrário do que fez o legislador português, ao menos formalmente), nem a inserção da figura dos *victim impact statements* pois que, em boa verdade, eles já resultam naturalmente do processo penal quando ao assistente é concedida a possibilidade de prestar declarações orais que, sem embargo do princípio da livre apreciação da prova, serão aceites como meios de prova em sede processual – seja de prova dos factos, como das consequências do crime.

IV. Uma lacuna legislativa – *quid iuris?*

Se é bem verdade que da análise empreendida e devidamente suportada pela lei e pela doutrina se conclui que à vítima de crimes, desde que se constitua assistente, é conferido um amplo leque de direitos em sede processual penal, somos da opinião que, na verdade, se justificará conferir-lhe um conjunto de direitos que promovam uma intervenção processual “reforçada”. Seguindo o exemplo português, uma tal solução deverá constar de diploma autónomo ficando assim o sistema – já tão desenvolvido nesta sede – absolutamente condizente com as exigências que ecoam um pouco por todo o Mundo relativamente à necessidade de lhe ser conferida uma tutela “cabal”.

Por outro lado, e em termos mais amplos, defendemos que se verifica uma lacuna no nosso ordenamento jurídico, que reside justamente na inexistência de uma presunção que possa funcionar, de certo modo, como contrapeso face à presunção de inocência que encontramos do lado do arguido. Se se reconhece um papel cada vez mais activo à vítima, de tal sorte que esta deva ser retirada da penumbra para onde fora projectada desde há três séculos a esta parte, e sem embargo da evolução que o nosso CPP demonstra com a previsão da figura do assistente, defendemos a tese de que a tutela efectiva dos direitos processuais e extraprocessuais que proporemos infra apenas poderá ser alcançada se, em termos hermenêuticos, puderem ser apreciados à sombra de um princípio novo no nosso sistema jurídico: o princípio da presunção de vitimização²⁰.

20 Cuja apresentação teórica e desenvolvimento dogmático constam do nosso “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema a luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau” *cit.*, para onde remetemos.

V. Sugestões concretas para uma proposta *de iure condendo* de Estatuto da Vítima de crimes na RAEM

Somos da opinião que o preenchimento do vazio jurídico supra referido não encontrará melhor meio de ser colmatado do que por via de um Estatuto.

Um “estatuto” visa regular, de modo unitário e sistemático, uma determinada matéria que não tenha amplitude suficiente para ser alvo de codificação²¹. Entendemos, pois, que a matéria em apreço deva ser abordada num estatuto autónomo, apesar de maioritariamente relacionada com questões processuais penais, não só pela sua extensão que acabaria por pôr em causa a integridade do Código de Processo Penal, como também para conferir uma especial dignidade à vítima de crimes. A criação de um tal instrumento normativo respeitará o princípio da uniformidade²² que deve guiar o legislador, sem contudo desvirtuar o Código de Processo Penal nem contender com os direitos processuais do arguido.

Sugerimos que seja criado um Estatuto da vítima de crimes na RAEM que inclua soluções legislativas como as que se seguem, sem embargo de muitas outras. Passamos assim, de seguida, à indicação das mesmas.

Entendemos, seguindo a doutrina e as soluções de Direito Internacional, que se adopte um conceito amplo de vítima, incorporando nele a vítima directa e a indirecta, o que deveria constar tanto do supra referido Estatuto como do Código de Processo Penal, aditando uma alínea (h) ao seu artigo 1.º, n.º 1, segundo a qual por “vítima” deverá entende-se a pessoa singular que sofreu um dano moral ou patrimonial directamente causado pela comissão por acção ou omissão de um crime doloso ou negligente; os familiares da vítima que tenham sofrido danos em consequência da sua morte ou em virtude dos danos físicos ou psíquicos graves sofridos pela vítima, como causa directa do crime; ou ainda as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir na assistência a vítimas em perigo.

Seguidamente, será importante aditar um rol de princípios norteadores do referido instrumento, tais como o princípio da igualdade, do respeito e do reconhecimento, da confidencialidade, da informação, do acesso equitativo aos cuidados de saúde²³ mas, como princípio basilar, o já referido princípio da

21 JOÃO MELO FRANCO e HERLANDER ANTUNES MARTINS, *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*, Coimbra, Almedina, 3.ª edição, 1995, p. 403, citando J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 100. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2009, p. 271 e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Introdução ao Estudo do Direito*, Lisboa, Universidade Católica Editora, p. 193.

22 JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO e ANTÓNIO MANUEL ABRANTES, *Manual de Legística Formal*, Macau, CREDDM, 2016, p. 30-31.

23 Assegurando que todas as vítimas, independentemente da sua qualidade de residentes de Macau, possam aceder aos cuidados públicos de saúde em condições idênticas às que gozam os residentes.

presunção de vitimização. Este é, de facto e no nosso entender, o *plus* que falta ao nosso sistema se quisermos apetrechar a vítima de um rol de direitos processuais e extra-processuais que a coloquem novamente no lugar de onde nunca deveria ter saído.

Por conseguinte, propomos que um tal Estatuto inclua uma disposição como a que se segue, sob a epígrafe “Princípio da presunção de vitimização”.

1. A partir do momento em que uma pessoa denuncie um crime às autoridades e se identifique como vítima ou, não o tendo feito, esteja identificada uma vítima presumida, deverá beneficiar do presente estatuto.

2. A presunção de vitimização é ilidida com o despacho de arquivamento, o despacho de não pronúncia ou o trânsito em julgado da sentença absolutória²⁴:

Sendo que este se revelará como um princípio norteador das soluções a serem introduzidas no Código de Processo Penal, sugerimos igualmente que seja aditado um n.º 3 ao seu artigo 1.º, segundo o qual:

A qualidade de vítima presume-se a partir do momento em que uma pessoa denuncie um crime às autoridades e se identifique como vítima ou, não o tendo feito, esteja identificada como vítima presumida, sendo essa qualidade ilidida apenas se for proferido despacho de arquivamento, despacho de não pronúncia ou com o trânsito em julgado da sentença absolutória, encontrando-se os seus direitos processuais no presente Código e ainda no Estatuto da vítima de crimes, regulado em legislação avulsa.

Por outro lado, e de modo a dar devido cobro ao princípio da informação, propomos que as autoridades e funcionários com quem a vítima tenha um primeiro contacto lhe entreguem um documento informativo redigido em língua chinesa, portuguesa e inglesa onde constem todas as informações das quais deva dispor (as quais passam pela indicação das instituições que lhe possam prestar apoio em diversos prismas, modo de acesso a consulta jurídica e apoio judiciário, marcha expectável do processo após a denúncia ou queixa, direito à indemnização, entre outros).

Sendo certo que, amiúde, as vítimas temem pela sua vida e integridade física, motivo pelo qual se escusam a denunciar o crime, será importante prever-se que estas e os seus familiares possam beneficiar das medidas policiais necessárias com vista a garantir a sua protecção.

Deve ainda evitar-se que a vítima tenha de se encontrar com o agente em corredores ou salas de espera de tribunais ou de órgãos de polícia criminal, pois tal poderá ser intimidatório, com todas as consequências que acarreta inclusive

24 Vide o nosso “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema a luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau” *cit.*, p. 191-192.

para a boa realização da justiça. Por conseguinte, deverão ser criadas as condições necessárias para que vítimas e arguidos não sejam convocados no mesmo dia, hora e local para prestarem depoimentos ou serem interrogados, devendo, ainda, ser criadas zonas de espera apartadas para as vítimas, quer nos órgãos de polícia criminal, quer nos tribunais, de modo a evitar contactos entre aquelas e os arguidos.

Uma das grandes preocupações presentes em instrumentos de direito internacional, nomeadamente na Directiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012, prende-se com a necessidade de serem criadas condições que visem a prevenção da vitimização secundária. Por conseguinte, sugerimos que se preveja claramente no Estatuto que venha eventualmente a ser criado na RAEM que:

A autoridade judiciária ou os órgãos de polícia criminal que procederem à inquirição da vítima não podem, em caso algum, tecer comentários depreciativos sobre a sua pessoa ou tendentes a responsabilizá-la pelas condutas imputadas ao arguido.

É fundamental afastar da arena judicial qualquer tipo de reacção ao crime no sentido de considerar a vítima como a própria responsável pela experiência de vitimização, um pouco à sombra de HANS VON HENTIG que, em 1948, defendera precisamente que as vítimas seriam escolhidas por causa do seu próprio comportamento²⁵. Uma tal concepção – conhecida como *victim blaming* - é hoje absolutamente de repudiar. Ao invés, as vítimas devem *presumir-se* como tal desde o seu primeiro contacto com as autoridades. E, deste modo, devem ser tratadas com respeito e consideração, evitando-se quaisquer comentários pejorativos ou responsabilizadores.

A título exemplificativo, uma mulher nunca deve ser tida por responsável pela sua violação pelo facto de usar determinado vestuário ou por aceitar a boleia de um homem. Tal como não deve considerar-se que aceitou o acto sexual por não ter tentado a todo o custo evitá-lo, pois pode perfeitamente ter-se dado o caso de estar sob ameaça grave à sua vida ou integridade física. A sua vontade estava aí viciada, pelo que não seria livre e esclarecida²⁶. Por conseguinte, devem os agentes policiais, magistrados judiciais e do Ministério Público e advogados abster-se de procurar indicar a vítima como a causadora da sua própria vitimização, tecendo comentários desapropriados, intimidatórios e vexantes.

Concordamos, ainda, com soluções segundo as quais a submissão da vítima a exame médico deva ter lugar apenas quando estritamente necessário, tendo em conta as finalidades do processo penal, devendo ocorrer logo que a vítima tenha um primeiro contacto com as autoridades, limitar-se ao mínimo indispensável e

25 TERESA LANCY A. S. ROBALO, *Breve Introdução à Vitimologia*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 29.

26 TERESA LANCY A. S. ROBALO, *Breve Introdução à Vitimologia cit.*, p. 30-32.

ser evitada a sua repetição.

Por seu turno, as crianças vítimas de crimes devem ser sempre protegidas atendendo-se, em primeira linha, ao seu superior interesse e tomando-se todas as medidas necessárias nesse sentido.

Somos ainda em crer que o legislador poderá alargar o âmbito de aplicação do instituto das declarações para memória futura, tendo em conta as vítimas com necessidades especiais, permitindo assim que não tenham de se expor fisicamente em tribunal nem terem de contar a mesma história por diversas vezes. Para tanto, deverão ser tomadas as medidas que visam, sempre que possível, assegurar o contraditório e que se encontram nos n.ºs 1, 2, 3 e 5 do artigo 253.º do Código de Processo Penal. Sugere-se igualmente que possam ser utilizados sistemas de videoconferência ou de teleconferência quando tal se revelar necessário.

Por outro lado, e ainda em sede processual, após ser a vítima reconhecida *qua tale*, será importante seguirem-se as mesmas soluções apontadas pelo legislador português, das quais a mais relevante será a de se permitir que a constituição como assistente possa verificar-se inclusive no prazo para a interposição de recurso da sentença e a sua audição seja prevista aquando da apreciação da revogação ou da substituição das medidas de coacção.

Para além das soluções apontadas, e tal como temos vindo a defender há vários anos a esta parte, o sistema jurídico de Macau deve ser apetrechado de soluções baseadas na Justiça Restaurativa²⁷, a qual “(...) visa, como o nome indica, “restaurar” os laços quebrados pela prática do crime. Não raras vezes, agente e vítima encontram-se ligados por laços de sangue, vizinhança ou de cariz laboral, pelo que fundamental será encontrar uma solução para os actos praticados pelo agente e respectivas consequências na esfera da vítima que permita sanar, reparar e - mais do que isso - restaurar o relacionamento entre eles. Restaurar vai mais além do que reparar, pois caso contrário a reparação através de restituição natural ou de uma indemnização seria suficiente para a satisfação das finalidades ora pretendidas. Sucede que, na óptica da vítima, um pedido de perdão por parte do agente pode ser mais importante do que uma certa quantia monetária, de modo a poder continuar em frente na sua vida e ultrapassar o sucedido”²⁸.

Pretende-se, pois, não apenas permitir que o agente se arrependa dos seus

27 TERESA LANCY A. S. ROBALO, *Justiça Restaurativa – um caminho para a humanização do Direito*, Lisboa, Editora Juruá, 2012, bem como, da mesma autora, “A mediação penal no processo penal da RAEM”, in *Estudos Comemorativos dos XX Anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau*, coord. Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo, Fundação Rui Cunha, Macau, 2016, p. 915.

28 TERESA LANCY A. S. ROBALO, “Mediação penal e outros meios (extrajudiciais de resolução de litígios jurídico-penais)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XVII, n.º 33, 2013, p. 312.

actos, modificando o seu comportamento para o futuro²⁹, mas também e acima de tudo que a vítima possa expressar o mal que o crime lhe causou, fazendo assim o seu luto e prosseguindo com a sua vida.

Por conseguinte, somos em crer que o Estatuto da vítima de crimes se apresenta como uma oportunidade ideal para que se preveja um incentivo claro à criação de soluções genéricas, nomeadamente em sede de mediação penal. Para tanto, e num capítulo dedicado justamente à “Justiça Restaurativa”, sugerimos a previsão de um artigo sob a epígrafe “Instrumentos de Justiça Restaurativa”, potenciando o recurso à justiça restaurativa sempre que uma tal possibilidade resulte de lei, tendo sempre em vista o interesse da vítima, devendo estar asseguradas as medidas adequadas para garantir a sua protecção contra a vitimização secundária e repetida, a intimidação e a retaliação, sendo ainda *conditio sine qua non* para a sua colocação em prática que tanto a vítima como o arguido prestem o seu consentimento livre e esclarecido, revogável a todo o tempo, tendo informações claras nomeadamente sobre o seu modo de funcionamento e impactos de um eventual acordo no processo penal.

Acresce ainda que falta, em Macau, um serviço genérico de apoio às vítimas, em moldes idênticos à Associação de Apoio à Vítima em Portugal, pese embora o excelente trabalho que tem sido desenvolvido por Associações locais, nomeadamente no que concerne às vítimas de violência doméstica. Assim sendo, sugerimos que se adite uma norma sob a epígrafe “Criação de serviços de Apoio à Vítima”, onde se preveja que o Governo apoie a criação de uma Associação de Apoio à Vítima que vise prestar auxílio às vítimas de crimes e respectivas famílias, em termos psicológicos, jurídicos, de acolhimento ou outros, através da prestação de serviços gratuitos e voluntários de profissionais de várias áreas.

Uma tal Associação deverá conceder auxílio a todas e quaisquer vítimas de crimes, independentemente da natureza do crime ou das suas características pessoais, onde se incluem raça, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, nível de escolaridade, situação laboral, nacionalidade ou estatuto de residente, garantindo assim um tratamento idêntico de todas as vítimas de crimes ocorridos na Região Administrativa Especial de Macau. Se o crime tiver sido cometido fora de Macau, nada deverá impedir que a Associação de Apoio à Vítima preste o apoio necessário, nomeadamente se a vítima tiver uma ligação atendível à Região Administrativa Especial de Macau.

Em primeira linha, entendemos que a Associação de Apoio à Vítima que vier a ser eventualmente criada deverá ser uma pessoa colectiva de direito privado, nomeadamente uma associação de solidariedade social sem fins lucrativos e o

29 Recorde-se JOHN BRAITHWAITE e a sua *reintegrative shaming theory*, in *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, 1989.

apoio a prestar pelo Governo será materializado através da outorga de uma sede, de instalações para que possam ser criadas casas abrigo para vítimas masculinas e femininas e de fundos para que a Associação de Apoio à Vítima possa desenvolver as suas actividades. Propomos todavia que, caso no ano seguinte à entrada em vigor do potencial Estatuto da vítima de crimes não tenha sido criada uma tal Associação, o Governo crie um Serviço de Apoio à Vítima que prossiga as mesmas finalidades e cujos profissionais prestarão apoio contra remuneração ou em regime de voluntariado. Por último, somos da opinião que a Associação de Apoio à Vítima que vier a ser criada deverá estabelecer protocolos com as Associações específicas que prestam apoio à vítima, visando a prossecução em parceria de um desiderato comum.

Por outro lado, e de modo a potenciar o recurso aos supra citados serviços de apoio às vítimas, consideramos que será importante destinar uma sala nas instalações de cada Comissariado Policial e de cada Serviço do Ministério Público onde possam funcionar e para onde as vítimas que tenham denunciado um crime sejam imediatamente encaminhadas, caso assim o pretendam, de modo a receberem apoio jurídico e psicológico, bem como o devido acompanhamento, sendo certo que aos técnicos que aí prestem os seus serviços, voluntária ou profissionalmente, deverá ser garantida a necessária segurança.

Por último, será fundamental que as autoridades policiais e os funcionários judiciais recebam formação especializada, de modo a estarem devidamente sensibilizados relativamente às necessidades das vítimas e ao modo como devem efectivar a melhor abordagem, o que será igualmente aplicável aos magistrados judiciais e do Ministério Público durante a sua formação profissional ou após o início do exercício das suas funções.

VI. Conclusões

O Direito evolui à medida que surgem novas questões outrora impensáveis ou novas perspectivas sobre problemas antigos, mas também em linha com o afinamento das concepções-chave em torno da tutela a ser nomeadamente conferida à Pessoa.

Revela-se aqui evidente, desde logo em decorrência de diversos instrumentos de direito Internacional universais e regionais, um ímpeto claro no sentido de ser dispensada uma tutela cabal à vítima. Nomeadamente, será de salientar o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e as suas Regras de Procedimento e Prova, de onde resulta um amplo direito à protecção, participação e à reparação das vítimas de crimes contra a humanidade, crimes de genocídio, crimes de guerra e do crime de agressão, sendo inclusivamente visto como um modelo a ser

seguido pelos legisladores nacionais nesta matéria³⁰, ou ainda a “Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder”, adoptada pela Resolução n.º 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 29 de Novembro de 1985, que veio prever um conjunto de medidas com vista a reconhecer os direitos das vítimas de crimes.

No que concerne à União Europeia, levámos em linha de conta nesta nossa apreciação a Directiva 2012/29/UE. Se bem que um tal instrumento, tal como, por exemplo, o Estatuto de Roma, nunca pudesse ter aplicação directa em Macau, foi nosso propósito averiguar as melhores respostas que foram sendo encontradas em sede internacional, no que à questão das vítimas diz respeito, e apreciar criticamente quais poderiam ser trazidas para o nosso ordenamento jurídico, embora devidamente adaptadas, bem como quais não teriam aqui o necessário enquadramento.

Relativamente a uma abordagem que atendesse ao disposto noutros ordenamentos jurídicos, salientamos a Lei portuguesa n.º 130/2015, de 4 de Setembro, que transpôs aquela Directiva para o ordenamento jurídico português mas que, em vários pontos, apresentou soluções menos aceitáveis - como as que se prendem com a previsão de alguns direitos apenas para as vítimas especialmente vulneráveis, como, por exemplo, o direito à assistência médica e medicamentosa que, no nosso entender, devem ser reconhecidos a toda e qualquer vítima de crimes.

De um ponto de vista processual, é bem certo que desde que se constitua assistente, a vítima tem o direito de indicar provas, requerer a realização de diversas diligências para além de poder, inclusive, requerer a aplicação de medidas de coacção ao arguido. Tem ainda o direito de, através do seu representante legal, formular perguntas ao arguido e inquirir testemunhas aquando da audiência, sendo sobretudo de realçar, entre tantos outros, o direito de deduzir acusação por crimes de natureza particular e de requerer a abertura de instrução tratando-se de crimes de natureza pública ou semi-pública, relativamente aos factos pelos quais o Ministério Público não tenha deduzido acusação.

Trata-se, portanto, e sobretudo por esta via, de um verdadeiro poder de conformação da acção penal, abalando aquilo a que alguns autores apelidam de “paz jurídica do arguido”³¹. Este específico poder conferido em Portugal ao assistente desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987, e que igualmente encontramos na nossa ordem jurídica, traduz-se no exercício autónomo da acção penal.

30 TERESA LANCERY A. S. ROBALO, “A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional. Um modelo irrefutável para o legislador interno”, no prelo.

31 PAULO DA MESQUITA, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 138, 139 e 181.

Contudo, para que a vítima beneficie de uma tal possibilidade de intervenção processual, terá de se constituir assistente pois, caso contrário, assistiremos àquilo a que algumas vezes denominam de “lógica do tudo ou nada”³². Sucede que os estudos e as estatísticas apontam para uma enorme desinformação (e, quiçá, desincentivo) para que as vítimas possam assumir o papel de crucial importância que se espera delas³³.

Ninguém rejeita que, ao passo que compete ao Direito Penal tutelar subsidiariamente bens jurídico-penais, à vítima incumbe a prossecução de interesses marcadamente particulares (o que, para parte da doutrina, seria argumento bastante para se rejeitar a sua intervenção processual, com receio de que se servisse deste meio unicamente para se desforçar). Todavia, através da sua intervenção processual, a vítima surgirá não apenas como colaboradora do Ministério Público, mas também como meio de garante da melhor Justiça Penal, pelo que ouvir-se a sua voz será o melhor mecanismo para que se encontre a melhor solução para o caso concreto.

Apesar de o legislador processual e substantivo da RAEM revelar um cuidado atento para com a vítima, encontrámos lacunas que devem ser colmatadas, como por exemplo em sede processual e proteccionista, onde se destaca a necessidade de ser criada uma associação genérica de apoio à vítima em Macau, que lhe preste apoio jurídico, psicológico e de acolhimento, independentemente do crime que esteja em causa, a possibilidade de a vítima se constituir como assistente até ao momento da interposição do recurso, na medida em que muitos poderão ser os casos em que apenas nesta altura perceba da pertinência da sua intervenção, a previsão de mecanismos de protecção mais eficientes tanto em termos de sujeição a exames médicos como ao atendimento por órgãos de polícia criminal, de modo a ser evitada a vitimização repetida e secundária, bem como o alargamento da possibilidade de serem prestadas declarações para memória futura e por videovigilância, tudo sem esquecer a necessidade de ser concedida formação aos profissionais que lidam com as vítimas de crimes, de ser criado um Fundo de Apoio à Vítima e de ser garantido um verdadeiro acesso à informação, nomeadamente prevendo formas de esta lhe ser concedida desde o primeiro contacto com as autoridades judiciárias e órgãos de polícia criminal.

Ademais, de um ponto de vista supra-normativo, entendemos que o que justificará o apetrechamento do quadro de direitos processuais e proteccionistas a serem devidamente reconhecidos às vítimas de crimes residirá no reconhecimento de um novo princípio em sede processual penal: o *princípio da presunção de*

32 MARIA ROSA CRUCHO DE ALMEIDA, “As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal” *cit.*, p. 115.

33 MARIA LEONOR ESTEVES ASSUNÇÃO, “A vítima e o processo penal” *cit.*, p. 377.

vitimização.

Há crimes sem vítima. Mas também os há com uma vítima. Ou várias. Poderão ser adultos ou crianças, homens ou mulheres. Terão nomes, idades, vidas, famílias. Cada crime causará nelas consequências diversas. O sistema de justiça penal deverá incorporá-las integralmente e reconhecê-las como dignas de ampla tutela, desde o primeiro momento. O sistema avançará, desenvolver-se-á e estará em linha com as soluções mais avançadas em prol da vítima se der um passo em frente, adoptando um verdadeiro Estatuto da vítima de crimes - à sombra do princípio da presunção de vitimização.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.

ALMEIDA, Maria Rosa Crucho de, “As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 3, Janeiro-Março 1993, p. 103-116.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor Esteves, “A vítima e o processo penal” in *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal, “Os desafios do Séc. XXI”*, Macau, Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários, 2007, p. 353-380.

BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, 1989.

CUNHA, José Damião da, “A participação dos particulares no exercício da acção penal (alguns aspectos)”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 8, fascículo 4.^o, Outubro-Dezembro 1998, p. 593-660.

- “Algumas reflexões sobre o estatuto do assistente e seu representante no Direito Processual Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra Editora, Ano 5, fascículo 2.^o, Abril-Junho 1995, p. 153-171.

FIGUEIREDO, José Miguel e ABRANTES, António Manuel, *Manual de Legística Formal*, Macau, CREDDM, 2016.

FRANCO, João Melo e MARTINS, Herlander Antunes, *Dicionário de conceitos e princípios jurídicos*, Coimbra, Almedina, 3.^a edição, 1995.

LEAL-HENRIQUES, Manuel, *Manual de Formação de Direito Processual Penal de Macau*. Tomo I, 3.^a edição revista e actualizada, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2016.

- *Anotação e Comentário ao Código de Processo Penal de Macau*, volume I (artigos 1.^o a 175.^o), Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, 2013.

LENS, Kim, PEMBERTON, Antony e BOGAERTS, Stefan, “Heterogeneity in victim participation: a new perspective on delivering a victim impact statement”, in *European Journal of Criminology*, vol. 10 (4), 2013, p. 479-495, disponível em https://pure.uvt.nl/ws/files/1528237/Article_SAGE.pdf

LENS, Kim, PEMBERTON, Antony, BRANS, Karen, BRAEKEN, Johan, BOGAERTS, Stefan e LAHLAH, Esmah, “Delivering a victim impact statement: emotionally effective or counter-productive?”, in *European Journal of Criminology*, vol. 12 (1), 2014, p. 17-34, disponível em https://www.researchgate.net/publication/263848109_Delivering_a_Victim_Impact_Statement_Emotionally_effective_or_counter-productive

LÚCIO, A. Laborinho, “Sujeitos do Processo Penal”, in *O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 35-58.

MESQUITA, Paulo Dá, *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.

PEMBERTON, Antony e REYNAERS, Sandra, “The controversial nature of victim participation. Therapeutic benefits in victim impact statements”, in *Therapeutic jurisprudence and victim participation in justice: International Perspectives*, 2011, Durham, North Carolina, Carolina Academic Publishing, p. 229-248, disponível em https://pure.uvt.nl/ws/files/1362183/Pemberton_The_controversial_nature_of_victim_participation_111111_postprint_embargo_1_y.pdf

ROBALO, Teresa Lancry A. S., “A vítima de crimes e o Tribunal Penal Internacional. Um modelo irrefutável para o legislador interno”, no prelo.

- *Breve Introdução à Vitimologia*, Coimbra, Almedina, 2019.

- “Princípio da presunção de vitimização e princípio da presunção de inocência. Um combate de titãs? Análise do problema a luz dos ordenamentos jurídicos de Portugal e de Macau”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 159: Julho-Setembro 2019, p. 169-195.

- “A mediação penal no processo penal da RAEM”, in *Estudos Comemorativos dos XX Anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau*, coord. Pedro Pereira de Sena e José Miguel Figueiredo, Fundação Rui Cunha, Macau, 2016, p. 903-915.

- “Mediação penal e outros meios (extrajudiciais de resolução de litígios jurídico-penais)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano XVII, n.º 33, 2013, p.311-323.

- *Justiça Restaurativa – um caminho para a humanização do Direito*, Lisboa, Editora Juruá, 2012

SAGEL-GRANDE, Irene, “A vítima de crimes e a “trias iuridica””, in *Revista Infância e Juventude*, Direcção-Geral de Reinserção Social, Lisboa, n.º

3/99, Julho-Setembro, p. 39-60.

SOTTOMAYOR, Arménio, “A voz da vítima”, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1, Coimbra Editora, 2001, p. 841-850.

AN OVERVIEW OF THE COMPANY AND FOREIGN INVESTMENT REGULATORY FRAMEWORK IN CHINA

Jose Lupi

*PhD student, International Law Program
China University of Political Science and Law, PRC*

Abstract: This article provides a brief comprehensive overview of the company and foreign investment regulatory framework in China and focuses on its company law, business structures, governance, and foreign and outbound investment key regulations and guidelines.

It offers a brief introduction of the first comprehensive corporate legal framework in China, its company law, paving the way for the development of the securities market in the country, and a brief comparative analysis of the corporate governance, transfer of shares, financial reports and dissolution regulations governing Limited Liability and Joint Stock companies in China.

Further to an introduction to the general and limited partnerships, the article moves to analyze the main forms of foreign invested enterprises in China and their respective regulatory approval requirements and restrictions, including for the representative office, branch, wholly foreign owned enterprise, equity and cooperative joint ventures and the foreign invested partnership enterprise.

Finally and following an introduction of the popular variable interest entity, the article concludes with an overview of the China outbound investment regulatory framework and its approval requirements and restrictions.

Keywords: Company law; business structures; foreign investment; outbound investment.

I. Introduction to the Company Law of China

A significant development of the People's Republic of China corporate legal system was the promulgation by the National People's Congress of the national Company Law in 1993, which took effect on 1 July 1994 ("CL93").

As provided by its Article 1, the CL93 was intended to “*meet the needs of establishing a modern enterprise system, to standardize the organization and activities of companies, to protect the legitimate rights and interests of companies, shareholders and creditors, to maintain the socio-economic order and to promote the development of the socialist market economy.*”

It stipulated two types of companies, setting their corporate finance and corporate governance structure, and providing for the responsibilities, rights, and liabilities of their shareholders, directors and supervisors, and corporate managers, while effectively establishing, for the first time, a comprehensive corporate legal framework for China as well as facilitating the development of the securities market of the country.

The CL93 was revised four times since its adoption, the latest of which came into force 1 March 2014 (the “Company Law”). It still provides for two types for corporate structures: the limited liability company (“LLC”); and the joint stock company (“JSC”), which is also often referred to as public limited company or company limited by shares.

The term “company” refers to an entity established in China in one of the aforementioned forms according to the provisions of the Company Law¹, which sets the legal framework of the incorporation of both these structures, their scope, share capital, governance (shareholders meeting, board of directors, board of supervisors), operation², transfer of shares and dissolution, representing an important text in the modernization process of Chinese company law.

The first twenty-two articles of the Company Law, composing Chapter One of General Provisions, apply both to LLCs and to JSCs. In this Chapter, some features of “*socialism with Chinese characteristics*” are quite evident.³ The articles in Chapter Two and Three apply to LLCs while the articles in Chapter Four and Five apply to JSCs. From Chapter Six to Thirteen, excluding Chapter Eleven, also apply to both kinds of companies. Chapter Eleven is concerned with branches of foreign companies.

1 See Article 2 of Company Law.

2 Article 8 of Company Law: “*The name of a limited liability company established in accordance with the Law shall feature the words “limited liability company” or “company limited”. The name of a company limited by shares established in accordance with the Law shall feature the words “company limited by shares” or “joint stock company”*”.

3 For example, Article 1 of Company Law lists, among the aims of corporate legislation, that of “*promoting the development of socialist market economy*”; under Article 17 paragraph 2, a company should use various methods to strengthen the education and the formation of its employees on the job, so as to improve their capabilities; finally, Article 19 states that companies should facilitate the activities of the Chinese Communist Party established within the company in accordance with the Constitution of the Party.

Under Chapter Two of LLCs, there are some special provisions on single shareholder limited liability companies and wholly state-owned companies. To prevent an individual abusing the limited liability structure, Article 57 of the Company Law defines the term, “*single shareholder limited liability company*” as “*a limited liability company with only one natural or legal person as a shareholder*”.

The Company Law restricts a natural person to establish only one single shareholder limited liability company and in turn, such a company shall not establish any new single shareholder limited liability company. Article 63 of the Company Law pronounces that, if the shareholder of a single shareholder limited liability company is unable to prove that the property of the company is independent of the shareholder’s own property, the shareholder shall bear joint and several liability for the debts of the company. Generally, LLCs are the most common company type in China and are preferred by foreign investors.

The Company Law provides that LLC’s and JSC’s are legal enterprise entities.⁴ As of LLC, the shareholder’s liability to the company shall take the liability to debts with its whole assets. As of JSC, its whole assets shall be divided into equal shares, with the shareholder’s liability limited to the shares subscribed; the company shall take the liability to debts with its whole assets. The Company Law only governs LLC’s and JSC’s within Chinese territory. It does not govern other forms of companies within Chinese territory, so the Company Law does not give a common definition of all forms of companies.

II. Overview of the main forms of business structures in China

The main forms of business vehicle in China are the above mentioned LLCs and JSCs, regulated by the Company Law, and the general and limited liability partnerships, both regulated by the Partnership Law that came into force on 1 June 2007 (“Partnership Law”).

The LLCs and JSCs are both companies with limited liability, subject to enterprise income tax and stricter supervision. The LLC is the most commonly used form of business vehicle in China, and is subject to looser regulation than a JSC. The JSC can be established by way of promotion or through stock flotation the latter of which typically used for public listings.

According the Partnership Law revised in 2006 (“Partnership Law”) there are two types of partnerships: general partnerships and limited liability partnerships, both of which pay no enterprise income tax although their partners

4 See article 3 of the Company Law.

are subject to individual income tax⁵. The supervision of partnerships is looser than for companies.

The partners of general partnerships are jointly and severally liable for the debts of their partnership whereas limited liability partnerships can have two types of partners: general partners jointly and severally liable for the debts of those partnerships; and limited partners liable for the debts of their partnership only to the extent of their respective capital contributions.⁶

A) Essentials on the Limited Liability Company in China

The LLC is a type of company in which shareholders are liable up to the value of the capital they subscribe. Its share capital is the total amount of equity invested in the company, subscribed by a minimum of one (single shareholder limited liability company) and a maximum of fifty shareholders, and registered with the commercial registry.

To prevent abuse of the corporate structure in a single shareholder company, the Company Law provides for a number of restrictions including that a natural person can only establish one single shareholder limited liability company and a single shareholder limited liability company cannot establish a new single shareholder limited liability company⁷.

Moreover both the company registration and business license of a single shareholder limited liability company must clearly indicate whether the company is funded by a natural or legal person⁸ and where the shareholder of a single shareholder limited liability company is unable to prove that the property of the company is independent of the shareholder's own property, the shareholder is jointly and severally liable for the debts of the company⁹.

The share capital must be fully paid in cash or in kind in accordance with the articles of association and the shareholder must deposit the cash contribution in full in a temporary account of the company or legally transfer its contribution in kind which may be in the form of assets with a value that can be determined in cash or legally transferable rights i.e. intellectual property rights, usufruct of land or other intangible assets, excluding the cases specifically provided for by law or administrative provision¹⁰.

5 See article 2 of the Partnership Law.

6 See article 2 of the Partnership Law.

7 See article 58 of the Company Law.

8 See article 59 of the Company Law.

9 See article 63 of the Company Law.

10 See article 27 of the Company Law.

If the shareholders fail to pay their contribution they will remain liable for payment in full to the company as well as potential default towards shareholders who have timely paid up their shares¹¹. The company must hold verification from a legitimate capital verification institution for each capital contribution made by the shareholders who must register their subscribed capital contributions and date of subscription and there are specific regulations and laws that require a minimum registered capital for specific industries such as banking, insurance, investment companies and international freight forwarding.

(i) Corporate Governance: the Shareholders' Meeting, the Directors and the Supervisors

The Shareholders' Meeting must decide on matters such as the company's business strategy and investment plans, the election and removal of directors and supervisors who are not representatives of employees, the decision on the remuneration of directors and supervisors, the review and approval the reports of the board of directors, the review and approval of the reports of the supervisor or supervisory board, the review and approval of the annual financial budget and financial accounting plans of the company, the review and approval of the profit distribution plans or loss recovery plans of the company, the passing of resolutions on any increase or reduction of the registered capital of the company, the passing of resolutions on the issuance of corporate bonds, the passing of resolutions on any company merger, division, dissolution, liquidation, or change of the corporate form, any amendment to the articles of association and the exercise of any other powers given to the shareholders' meeting by the articles of association. Written resolutions of shareholders are permitted¹².

The articles of association may also allow the shareholders' meeting to be held by telecommunication means and unless it is established otherwise, the shareholders must be informed of the time and place of the meeting fifteen days in advance¹³ and no statutory quorum is required for holding shareholders' meeting.

To the extent that it is not otherwise provided for in the articles of association, shareholders' voting rights at the shareholders' meeting are proportionate to their stake in the capital of the company.

Any resolution made regarding a vital interest of the company such as an amendment to the articles of association, an increase or reduction of its registered capital and any merger, split-up, dissolution or transformation of the company,

11 See article 28 of the Company Law.

12 See article 37 of the Company Law.

13 See article 41 of the Company Law.

must be passed by shareholders representing at least two-thirds of the voting rights¹⁴. Moreover, the provision of security by the company for a shareholder of the company must be approved by a resolution of the shareholders' meeting and in a listed company if the company, within one year, purchases or sells major assets, or provides guarantees to third parties, and the transactional value exceeds 30% of the company's total assets, the transaction must also be approved by a two-thirds majority of the voting rights of the shareholders present in the meeting¹⁵.

An annual shareholders' meeting is not required and the frequency of shareholders' meetings is provided in the articles of association and in practice is held at least once a year. If the shareholder meeting is not called, shareholders who represent one-tenth or more of the voting rights can convene and preside over the meeting on their own initiative¹⁶. The shareholder can also ask a court to order a general meeting to be called. A shareholder can also petition a court to suspend or nullify a general meeting if the procedure or content of the meeting violates any law, administrative regulation or the company's articles of association.

Any shareholder can challenge a resolution if the procedures for calling or voting at the meeting violate any law, administrative regulation or the company's articles of association, or if any resolution violates the company's articles of association. The time limit for a challenge is within sixty days of the date on which the resolution is passed¹⁷.

The Board of Directors is required to consist of a minimum number of three and a maximum of thirteen members, or an executive director in case of a small-scale limited company (which may simultaneously act as the manager of the company)¹⁸. The term of office of the directors of the LLC should be stipulated in the articles of association but should not exceed three years and have the right to stay in office if they are re-elected for another term¹⁹.

The rights and duties of the board are, among others established by law, to convene general meetings, to decide on the company's activities and investment plans, to prepare financial budgets, to distribute profits and losses and increase or reduce the company's capital²⁰.

Generally, directors are subject to fiduciary and due diligence duties to

14 See article 103 of the Company Law.

15 See article 121 of the Company Law.

16 See article 39 of the Company Law.

17 See article 22 of the Company Law.

18 See article 44 of the Company Law.

19 See article 45 of the Company Law.

20 See article 46 of the Company Law.

the company and cannot damage shareholders' interests. In particular, directors are not allowed to damage the company's interests by taking advantage of their associated relationships, take any bribe or illegal income by taking advantage of their power, embezzle the company's funds or assets, deposit the company's funds into an account in their own name or any other person's name, provide a loan or guarantee to any other person using the company's funds or assets which violates the articles of association without the consent of the shareholders or the board, enter into a contract or transaction with the company which violates the company's by-laws or without the consent of the shareholders or the board, take business opportunities which belong to the company for themselves or any other person by taking advantage of their power, or operate a business that is similar in nature to the company for themselves or any other person without the consent of the shareholders or the board, personally take commission from transactions between the company and another person, disclose confidential information of the company, and conduct other activities that breach their fiduciary duty to the company. Damaging shareholders' interests may lead to civil liability for a director.

A Supervisory Board may be set up with a minimum of three members and small medium companies have one or two supervisors without being required to establish a board. The Company Law strictly prohibits any director or senior manager from simultaneously occupying the position of supervisor of the company²¹.

Among other duties established by law and the articles of association for the supervisors, there is the responsibility for the supervision of the financial affairs of the company and ensuring that the directors and senior managers carry out their duties²².

The term of office of a supervisor is three years and the supervisor has the right to stay on if re-elected for another term.²³ The supervisory board must meet at least once a year and any supervisor may convene extraordinary meetings. Unless otherwise provided by the Company Law, the supervisory board's discussion and voting procedures are established in the articles of association. Resolutions of the supervisory board are approved by over half of the supervisors.²⁴

The LLC may also have a Manager which answers and can be hired or dismissed at the Board of Directors. The Manager is responsible for organizing the implementation of annual business plans and investment plans of the company, as well as for developing the internal management structure and human resources

21 See article 51 of the Company Law.

22 See article 53 of the Company Law.

23 See article 52 of the Company Law.

24 See article 55 of the Company Law.

among other duties imposed by the board. It attends the board meetings as non-voting representative²⁵.

An individual is allowed to hold offices as both a member of senior management personnel and a director of a company at the same time.²⁶

(ii) Transfer of Shares

The shares in an LLC may be transferred between shareholders or to any third party, provided the transfer is made in accordance with the applicable law as per Article 72 of the Company Law. Shareholders have a preemptive right to acquire the shares of other shareholders. The law gives companies discretion to decide on the methods for the transfer of shares so, if special clauses are included in the articles of association regarding transfer of shares of the company, these special provisions should prevail.

The transfer of shares to a third party outside the company is subject to a right of first refusal by the other existing shareholders. Other restrictions on the transfer of the company's shares can be specified in the company's articles of association and shareholders are entitled to subscribe for capital contributions on a priority basis in proportion to their paid-in capital contributions.²⁷

Although Chinese laws do not provide such statutory veto rights to the minority shareholders of a domestically-funded LLC, it is not uncommon that a resolution on the increase or decrease of registered capital requires the unanimous approval of all the shareholders.

A company must register the names of its shareholders with the company registry. If the registered particulars change, the procedures for amending the registration must be carried out²⁸. Particulars that have not been registered or for which registration amendment procedures have not been carried out are not enforceable against a third party.

An LLC can repurchase an equity interest from a shareholder at the shareholder's request if the shareholder votes against a relevant resolution at a meeting of the shareholders if the company has not distributed profits to the shareholder for five consecutive years and the company has been profitable during those five years, and the shareholder satisfies the conditions for distribution of profits in accordance with the Company Law²⁹, if the company merges, is divided,

25 See article 49 of the Company Law.

26 See article 50 of the Company Law.

27 See article 71 of the Company Law.

28 See article 74 of the Company Law.

29 See article 74 section (1) of the Company Law.

or transfers its main assets³⁰ or if the term of operation specified in the company's articles of association expires or other grounds for dissolution as specified in the articles of association arise, and the shareholders' meeting resolves to amend the articles of association to extend the life of the company³¹.

(iii) Financial Reports and Dissolution

At the end of each financial year, the company is required to provide a management report and accounts to be audited by an auditing firm³². The Chinese financial year begins on 1 January and ends on 31 December and LLCs must submit the financial report for consideration by the shareholders by the deadline established in the articles of association.

An LLC may be dissolved upon expiry of the business term provided for in the articles of association, the occurrence of any of the situations for dissolution provided for in the articles of association³³, resolution of the shareholders³⁴, in the event of merger or division of the company³⁵, if the business license is cancelled³⁶ or when its dissolution is ordered by a court³⁷.

B) Essentials on the Joint Stock Company in China

The JSC is a company in which the shareholders are liable in proportion to the shares to which they subscribe and can be incorporated either through the private subscription of capital by promoters, in which case all shares are subscribed by the promoters, or through public subscription of shares, in which case the promoters subscribe to some of the shares that are issued and offer the remaining ones to the general and/or specific public.³⁸

A JSC must be established by a minimum of two and a maximum of two hundred promoters with at least half of them domiciled in China³⁹.

30 See article 74 section (2) of the Company Law.

31 See article 74 section (3) of the Company Law.

32 See article 164 of the Company Law.

33 See article 180 section (1) of the Company Law.

34 See article 180 section (2) of the Company Law.

35 See article 180 section (3) of the Company Law.

36 See article 180 section (4) of the Company Law.

37 See article 180 section (5) of the Company Law.

38 See article 77 of the Company Law.

39 See article 78 of the Company Law.

In JSCs incorporated by private subscription of capital and before all the initial agreed capital is paid, no new shareholder can be introduced, whereas in JSCs incorporated by public subscription, the shares are subscribed by the promoters together with the general and/or specific public⁴⁰. If the shareholders must subscribe to the full amount of the agreed shares provided in the articles of association, they will be liable for breach of contract to other shareholders who have already made their capital contributions⁴¹.

The capital of a JSC is divided into shares carrying the same nominal value and the certificate of ownership of the shares must be issued by the JSC to prove ownership of the shares subscribed. If the JSC is set up by promoters, the capital at registration should be the total capital of the shares subscribed by the promoters at the Commercial Registry of Companies. If the JSC is incorporated by public subscription, its capital will consist of any such amount which has actually been paid corresponding to shares registered with the Commercial Registry but shall not be less than 35 % of the total shares⁴².

The articles of association contain the rules that govern the operation of the company. In JSCs, the articles of association must state the company name, the object of the company, the registered office, the registered capital and the capital subscribed by each shareholder, the directors and the rights and obligations of the shareholders, among other issues⁴³.

(i) Corporate Governance: the General Meeting, the Board of Directors, the Supervisory Board and the Manager

The General Meeting is the supreme corporate body in a JSC and is made up of all the shareholders. The ordinary general meeting of shareholders must be held once a year. However, extraordinary general meetings may be called with two months' prior notice if the number of directors is less than two-thirds of the required number, if the company's losses exceed one-third of the capital, when the board of directors or supervisory board deem it to be necessary, and by any shareholder or group of shareholders holding at least 10% of the shares, among others provided for in the articles of association⁴⁴.

The shareholders present at the meeting are entitled to one vote for each share they hold in the company. However, the shares held by the company do

40 See article 80 of the Company Law.

41 See article 83 of the Company Law.

42 See article 84 of the Company Law.

43 See article 81 of the Company Law.

44 See article 100 of the Company Law.

not confer voting rights⁴⁵.

Resolutions of the general meeting must be approved by simple majority of the votes of the shareholders attending the meeting. Notwithstanding, issues of greater relevance such as changing the articles of association, increasing or reducing the share capital, changing the company type, merger, division or dissolution of the company, must be approved by two-thirds or more of the votes of shareholders attending the meeting⁴⁶. Moreover the purchase or sales of any important asset or providing guarantees that exceed 30% of the company's total assets within one year must be authorized and approved by the shareholders representing two-thirds of the voting rights present at the meeting.⁴⁷

The shareholders can require information from the board, have the same powers as those of the LLC as mentioned above⁴⁸ and must be informed of the time and place of a general meeting and the matters to be considered at it at least twenty days in advance, and for an interim general meeting at least fifteen days in advance. Holders of bearer shares are notified by a public announcement including the above mentioned items at least thirty days in advance. No statutory quorum is required and the general meeting cannot vote on a resolution relating to a matter not listed in the notice for the meeting. The shareholders who hold 3% or more of the shares of the company can submit a written proposal to the board of directors at least ten days in advance of a general meeting.⁴⁹

Any shareholder can challenge a resolution if the procedures for calling or voting at the meeting violate any law, administrative regulation or the company's articles of association, or if any resolution violates the company's articles of association. The time limit for a challenge is within sixty days of the date on which the resolution is passed.⁵⁰

A board of directors must be established made up of at least five and no more than nineteen directors for day-to-day management of the company and the term of office and the powers held by the board are the same as those described above for LLCs⁵¹.

The board must meet twice a year and extraordinary meetings must be held when proposed by shareholders representing one-tenth or more of the voting

45 See article 103 of the Company Law.

46 See article 103 and 104 of the Company Law.

47 See article 121 of the Company Law.

48 See article 99 combined with article 37, both of the Company Law.

49 See article 102 of the Company Law.

50 See article 22 of the Company Law.

51 See article 108 combined with articles 45 and 36 of the Company Law.

shares, at least one-third of the directors, or the supervisory board⁵². The meeting of the board can only take place if more than half of the directors are present and any decision of the board of directors must be approved by more than half of all directors with each director having one vote only.⁵³

The supervisory board of the JSC is made up of at least three members which are statutorily required to meet regularly once every six months or whenever proposed by a supervisor. The term of office of its members, functions, discussion methods and voting procedures of the board are the same as that for the LLC, as described above.⁵⁴

The supervisory board or supervisor is responsible for the supervision of the management of the board of directors/executive director, such as appointing auditors to conduct an investigation of abnormalities found in inspection of the company's accounts, requiring the directors and senior management personnel to rectify acts that are not in the interest of the company, and proposing or calling and convening interim meetings of the shareholders when the board of directors are inactive.⁵⁵

JSCs must also have a manager who is hired and dismissed by the directors. The term of office and powers assigned to the manager are the same as those described above for LLCs.⁵⁶

(ii) Transfer of Shares

There are two types of shares in a JSC, namely, registered/nominative stock and unregistered/bearer shares⁵⁷.

In a JSC, when new shares are issued, resolutions in respect of the class and amount of new shares issued to existing shareholders are adopted by the shareholders' general meeting.

A company must register the names of its shareholders with the company

52 See article 110 of the Company Law.

53 See article 111 of the Company Law.

54 See article 117 combined with article 52 of the Company Law.

55 See article 118 combined with articles 53 and 54 of the Company Law.

56 See article 113 combined with article 49 of the Company Law.

57 See article 129 of the Company Law.

registry. If the registered particulars change, the procedures for amending the registration must be carried out. Particulars that have not been registered or for which registration amendment procedures have not been carried out are not enforceable against a third party.

Registered or nominative shares may be transferred by endorsement or other ways provided for by relevant laws or administrative regulations and unregistered shares or bearer shares are transferred by simply handing them over to the transferee. Shares issued to promoters or legal entities must be registered shares and may only be registered in the name of those promoters or legal entities.⁵⁸

The Company law restricts the transfer of shares to a third party outside the company by making it subject to a right of first refusal by the other existing shareholders. Moreover, the shares of a JSC held by a promoter cannot be transferred for a period of one year from the date of establishment of the company. A director, supervisor or senior officer of a JSC is not allowed to transfer more than 25% of its total holding of the company's shares per year while it is in the service of the company and for a period of one year from the date on which the company's shares are listed for trading, or six months from when they leave the company, they cannot transfer their shares. Other restrictions on the transfer of the company's shares can be specified in the company's articles of association.⁵⁹

The JSC can only purchase its own shares if it is reducing its registered capital, merging with another company that holds shares of the company, granting the shares as an incentive to its staff and workers or a shareholder who opposes a resolution on the merger or division of the company adopted at a shareholders' general meeting requests that the company purchase his/her shares⁶⁰.

(iii) Annual Reports, Accounting and Dissolution

At the end of each financial year, the company is required to produce a report on its financial situation prepared by a legitimate auditing firm. In China, the financial year begins on 1 January and ends on 31 December and the report and accounts must be submitted to the shareholders for consideration in the twenty days preceding the annual meeting of shareholders. If the JSC is a listed company,

58 See article 139 of the Company Law.

59 See article 141 of the Company Law.

60 See article 142 of the Company Law.

it should make its management report and accounts public⁶¹.

The documents, books, balance sheets, reports and other accounting documents must be prepared in accordance with the unified accounting rules laid down by the Accounting Law and the JSC may be dissolved in the same terms mentioned above for the LLCs as provided by article 180 of the Company Law.

C) Essentials on the Partnership in China

General partnerships are mainly regulated by the Partnership Law and a written partnership agreement along with a written application for registration of the partnership is required for its establishment along with other required application materials which include the partnership agreement, the identity certificates in respect of the partners and other relevant documents.⁶²

If there are items in the business scope of the partnership that are subject to approval before registration under applicable laws or regulations, prior approval must be obtained and the related approval documents must be submitted at the time of registration. The date of issue of the business license for a partnership is the date of establishment of the partnership⁶³.

The liability of a general partner in a general partnership is unlimited and partners are jointly and severally liable for the partnership's debts⁶⁴. Assets are held in the name of the partnership and partners jointly own them, including capital contributions made by the partners, proceeds from the capital contributions and all other property obtained in the name of the partnership.

A partnership does not have legal personality and is not treated as a separate tax entity. The partners must pay taxes on the income derived from the partnership's business operations, in accordance with the applicable tax provisions⁶⁵.

Limited liability partnerships (LLPs) are also permitted in China and are made up of both general and limited liability partners. General partners bear unlimited joint and several liability for the partnership's debts while

61 See articles 163, 164 and 165 of the Company Law.

62 See article 14 of the Partnership Law.

63 See articles 9 and 10 of the Partnership Law.

64 See article 2 of the Partnership Law.

65 See article 6 of the Partnership Law.

limited liability partners bear liability for the debts to the extent of their capital contributions⁶⁶

III. Introduction to PRC Foreign Investment Law

A high level review of the business law system in China may lead to a preliminary understanding that domestically-invested companies and foreign invested enterprises (FIEs) are subject to different regulatory regimes and rules with the latter mainly governed by the China Wholly Foreign Owned Enterprise Law (“WFOE Law”), the Sino-Foreign Cooperative Joint Venture Enterprise Law (“CJV Law”), and the Sino-Foreign Equity Joint Venture Enterprise Law (individually “EJV Law” and collectively “FIE Laws”).

The impact of the Company Law on FIEs depends on what interests foreign investors are allowed to acquire in China on a given period, and applies only when the special legislations on foreign investment are silent on a particular issue. In the cases where the FIEs laws differ from provisions of the Company Law, the former shall prevail.

Notwithstanding, in January 2015 a discussion draft of the proposed new Foreign Investment Law(FIL) was published by the Ministry of Commerce (“MOFCOM”) for public comment confirming the trend that China would be moving toward granting national treatment to FIEs and foreign investors, which would likely lead to the elimination of the differences between the Company Law and the FIE laws. If the draft FIL ends up being passed, it will introduce a uniform foreign investment review framework more comprehensive and consistent foreign investment regime representing what is anticipated to be a significant step towards liberalizing foreign investment in China.

IV. Overview of the main forms of foreign invested business structures in China

The most common options for setting up a foreign invested entity (“FIE”) to establish a business in China include:

- a. Representative Office (“RO”)
- b. Foreign Branch Office (“Branch”)
- c. Wholly Foreign Owned Enterprise (“WFOE”).

⁶⁶ See article 2 of the Partnership Law.

- d. Joint Venture (“JV”).
- e. Foreign Invested Partnership Enterprise (“FIPE”).
- f. Foreign Invested Company Limited by Shares (“FICLS”).
- g. Special Foreign Invested Company (“SFIC”).

A. Essentials of the Chinese Representative Office

A common form of foreign investment is through the setting up of RO which is not an independent company, does not have the status of a legal person and is otherwise considered as an extension of its parent company.⁶⁷ The RO provides basic market entry for foreign investor without formal legal establishment; it is less demanding in terms of procedure, is not subject to the capital contribution requirement imposed on companies and their investors and takes less time to set up even though in most cases restrictions on direct business activities make them unattractive as an entry vehicle.

ROs established in China by foreign enterprises are regulated by several national regulations, as well as local policies, which supplement the national regulations. In general, an RO is restricted conduct direct business activities. An RO is permitted only to make business contacts and engage in general liaison activities for its head office services and products. Personnel of an RO of a foreign enterprise should not sign contracts on behalf of either the non-resident enterprise or third parties.

It usually serves as a commercial link between the holding company and local companies and it is also used to conduct market surveys and product promotions, to establish contacts with potential consumers, to structure and organize the travel of representatives of the holding company to China and to conduct other not-for-profit activities. They can undertake market investigation, display, publicity activities in connection with the products or services of foreign companies, and liaison activities in connection with the products sales, services provision, domestic procurement and domestic investment of foreign companies.⁶⁸

It is restricted to engage in any activity that generates income, except in the cases where there are intergovernmental agreements for that purpose⁶⁹,

67 See article 2 of the Regulations on Administration of Registration of Resident Offices of Foreign Enterprises.

68 See article 14 of the Regulations on Administration of Registration of Resident Offices of Foreign Enterprises.

69 See article 13 of the Regulations on Administration of Registration of Resident Offices of Foreign Enterprises.

which means that they cannot sign contracts, receive income, or issue invoices and business tax receipts, accept payments in Renminbi (“RMB”), open bank accounts, use letters of credit or benefit from other financial services or employ local employees directly, although it may hire local employees through a duly registered human resources agency.

In recent years, fewer foreign companies are setting up ROs in China as a result of further restrictions and requirements imposed such as the limitation on the number of registered representatives (essentially to set a limit of four foreign personnel who can be seconded to a representative office), and the requirement to complete annual reporting to the local industry and commerce authority.

Generally, the foreign company is only required to register with the State Administration for Industry and Commerce (“SAIC”) to establish an RO.⁷⁰ Some local SAICs require an applicant company to submit application materials through designated agencies, and different registration authorities may require different documents. Documents to be submitted generally include a registration form for the RO, a registration form for each of the RO’s foreign personnel (including the chief representative), a letter of creditworthiness from the foreign company’s bank, and copies of the foreign company’s incorporation certificate, business registration certificate and constitutional document.⁷¹

In addition the foreign enterprise must register the RO and its foreign personnel with the local tax bureau, and a number of other government departments including the public security bureau (for residence permits) and with the local customs authority (for importation of personal belongings).

Only a few types of ROs are required to obtain approval for establishment, and for any subsequent changes, the majority of representative offices do not need to obtain special approval. Law firms, financial and insurance companies and other certain industries may require substantive approvals, but for most industries no substantive government approval is required.

In a wide range of circumstances, the RO will be subject to both corporate income tax and business tax on the basis that its activities either generate revenue, or through attribution, may be considered to generate revenue for the foreign enterprise. The same rate of corporate income tax that applies to equity joint ventures will generally apply to an RO. In certain limited circumstances, an RO may be eligible for an exemption from enterprise income tax and business tax, depending on the nature and extent of its activities, but it is getting more difficult

70 See article 5 of the Regulations on Administration of Registration of Resident Offices of Foreign Enterprises.

71 See article 23 of the Regulations on Administration of Registration of Resident Offices of Foreign Enterprises.

to obtain this.

B. Essentials of the Foreign Branch Office

A foreign company can set up a branch office in China if certain prerequisites, which may vary for different industries, are met. However, the implementation measures for examination and approval of branches of foreign companies, other than those of foreign-invested offshore oil drilling operations and foreign financial institutions, have not yet been promulgated and in practice not all industries are permitted to establish a branch office by the foreign company in China.

According to Article 192 of the Company Law, to establish a branch in China, a foreign company “*shall submit an application to the competent authority of China and other relevant documents such as the articles of incorporation, the company registration certificate issued by the country where the foreign company was established. After the application is approved, the foreign company shall go through registration formalities with the company registration authority according to law and obtain a business license*” with “*the measures for the examination and approval of the branches of foreign companies shall be separately formulated by the State Council.*”

Upon approval, it shall go through registration procedures with the company registration authority according to the law and obtain a business license. The approval authority for the establishment of branch offices is generally MOFCOM or its local counterparts. Following the obtaining of approval of establishment, a branch office must apply to the local branch of SAIC for a business license. The branch shall comply with the law of China and may not harm China’s social public interests, and correspondingly, the lawful rights and interests of such branch shall be protected by the laws of China.⁷²

A branch established within the territory of China by an overseas company is not qualified as a Chinese legal person and therefore the foreign company will bear civil liability for any business activities carried out by its branches within China.⁷³ It can perform the functions of a representative office and also engage in profit-making commercial activity but because the foreign parent is fully and directly liable for all civil liabilities of the branch, it is not common for foreign companies to set up a branch in China other than for offshore petroleum exploration projects and in the banking sector.

72 See article 196 of the Company Law.

73 See article 195 of the Company Law.

C. Essentials of the Chinese Wholly Foreign Owned Enterprise

A WFOE is an entity established under the WFOE Law and the Implementation Regulations for the Law of the People's Republic of China on WFOEs (the "WFOE Regulations"). A WFOE can be a limited liability company or, upon approval, take another form and composed entirely of foreign capital that is owned by one or more foreign investors⁷⁴.

It is a popular option for foreign business, as the investor has complete control over the business entity with some of the advantages including having all the autonomy of an independent legal entity, with the power to enter into contracts, issue invoices, hire and fire employees, make payments and receive payment in RMB, full management powers and total control by the management board, independence to implement strategies of a global dimension made by the affiliated companies without having to consider the involvement of Chinese shareholders, ability to convert profits earned in RMB to another currency if it intends to distribute them to an associated company located outside China, benefiting from more effective protection for its intellectual property, know-how and technology and greater efficiency in its operation, administration and future development.

Currently, most WFOEs in China are established by one foreign investor, although the WFOE Regulations allow two or more foreign investors to jointly apply for its establishment. The WFOE was originally designed to encourage manufacturing activities aimed at exporting or introducing innovative technology to China and are now increasingly used as a means of investment in services such as management consulting or software development and trading⁷⁵.

Similar to joint ventures, a WFOE can only register its company name in Chinese. While China does recognize its own accredited "well-known" trademarks, it should be noted that having a prior Chinese trademark registration does not guarantee that the preferred Chinese characters can be registered as a company name in China.

The WFOE can register with the local bureau of SAIC to obtain a business license and carry out registration with MOFCOM's local counterpart concerning establishment, if its business is not subject to "*special market-entry measures*"⁷⁶. Approval by MOFCOM or its local counterpart is not needed. The WFOE is formally established on the issuance date of the business license.

Capital contributions to a WFOE may be in the form of foreign currency, machinery, equipment, industrial property, proprietary technology or RMB profits

74 See article 17 of the WFOE Law and article 18 of the WFOE Regulations.

75 See article 1 of the WFOE Law.

76 See article 4 of the WFOE Regulations.

derived from their other investments in China.⁷⁷

A WFOE is permitted to operate for the period provided for in its articles of association registered with SAIC and recorded with the local counterpart of MOFCOM. Requests for an extension of the term of operation must be submitted to the authorities prior to expiry.

The establishment of WFOEs is prohibited in certain industries⁷⁸, such as broadcasting and public utilities and in certain cases, it is required prior industry approval, e.g. travel agency or direct sales, then prior approval is required from the specific industry regulator. The WFOE must conduct its activities and its business under the precise category for which the commercial license is granted and it should retain formal and independent accountants, keep organized and independent accounting records, approve and register its balance sheets and financial statements and be ready for any kind of supervision by the Chinese regulatory and financial authorities.⁷⁹

Accounting books and statements printed by WFOEs themselves must be written in Chinese⁸⁰ and only Chinese registered accountants can verify annual accounting statements. Annual balance sheets and profit-and-loss statements must be submitted to the financial and tax authorities for the record. It has annual reporting requirements administered by different local government departments. These annual reporting or annual inspection requirements occur at different times of the year and are subject to local procedures e.g. it will need to submit periodic information to the local industry and commerce authority, Customs authority, foreign exchange bureau, and taxation authorities.

The daily operations of a WFOE will be controlled solely by its own management, and should not be subject to interference by the government when operating in accordance with its articles of association.

D. Essentials of the Joint Venture

The Joint Venture is another popular vehicle for investment in China which generally combines the market knowledge, favorable market treatment and manufacturing capacity of a Chinese partner, and the technology, know-how and market experience of a foreign partner.

It is usually formed as a limited liability company, either by taking the form of an equity joint venture (“EJV”) or a cooperative joint venture (“CJV”). While

77 See articles 25, 26, 27 and 28 of the WFOE Regulations.

78 See article 4 of the WFOE Regulations.

79 See article 58 of the WFOE Regulations.

80 See article 57 of the WFOE Regulations.

the EJV is more strictly regulated and operates more closely to the corporate model, the CJV allows its shareholders greater flexibility when setting out contractual provisions that regulate, for example, distribution of profit, management and registered capital.

Both EJVs and CJVs usually have a joint venture contract and articles of association and are similar in their general management structure, the process of getting governmental approval and their relations with authorities to which they must submit requests for approval. They also share similar contractual formats, tax exemptions, legal status and applicable legal provisions as well as the authorities to which they may resort to settle potential commercial disputes.

EJVs and CJVs must be approved by and registered with the relevant Chinese authorities, including the National Development and Reform Commission (“NDRC”), MOFCOM and SAIC and their local counterparts as well as local authorities for post-establishment procedures, such as the tax authorities.

(i) Equity Joint Venture

An EJV is a Chinese legal person with limited liability. It is established on the basis of a joint venture contract and articles of association between Chinese and foreign parties and is primarily regulated by the Chinese-Foreign Equity Joint Venture Law (the “EJV Law”) and the Implementation Regulations for the Law of the People’s Republic of China on Equity Joint Ventures (the “EJV Regulations”). In addition, supplementary legislation covers such issues as contributions of registered capital, debt-equity ratios, registration, labor, imports and exports, foreign exchange, accounting and taxation while the Company Law also includes certain provisions that apply to EJVs.

These pieces of legislation, however, do not cover all relevant issues and there is a lack of regulations and precedents to provide clear guidance in resolving some issues of corporate organization, management and procedures. In some cases, these issues can be resolved by including appropriate provisions in the joint venture contract or articles of association while in other cases, uncertainties may be resolved by consultation with the MOFCOM” or its local counterpart.

The EJV is most commonly adopted structure for joint Chinese and foreign ownership and is typically used for long-term projects and formed by foreign companies, enterprises, economic organizations or individuals and Chinese companies, enterprises or other economic organizations. An EJV is typically a limited liability company⁸¹ and their investors or shareholders are not personally liable for the debts which the company may incur. As a company, the EJV is able to

81 See article 16 of the EJV Regulations.

acquire property, hire employees independently and execute works, among others,

The procedure for establishing an EJV varies depending on the industry, the location and the ownership structure of the Chinese party. There are general trends placing greater importance on environmental protection specifically for manufacturing EJVs and to relax the regime governing foreign-invested enterprises in non-regulated industries.

The parties will proceed to negotiate and draft the joint venture contract and articles of association and prepare a joint feasibility study, and if the Chinese party is a state owned entity, it will need preliminary approval for the project from its department in charge.

In general, the establishment of an EJV will have to be approved by the NDRC, registered with the local bureau of the SAIC to obtain business license and approved or recorded with MOFCOM or their local government counterparts depending on the size and business nature of the proposed joint venture among other factors. The EJV is formally established on the issuance date of the business license.

The EJV Regulations do not set forth detailed requirements for the form or contents of documents such as the letter of intent, feasibility study, the joint venture contract and articles of association which may be drafted in both Chinese and a foreign language⁸² and governed by Chinese⁸³ law but the authorities have published model forms for joint venture contracts and articles of association that are closely followed by the Chinese parties of the EJVs.

In addition, the parties will often simultaneously negotiate and execute contracts related to the joint venture's operations, such as those for technology transfer, trademark licenses, and supplies of parts or raw materials, as well as for the distribution of finished products. These related contracts may be attached to the joint venture contract as attachments.

In the joint venture legislation, "registered capital" refers to the total amount of paid-in capital contributions by the parties to the joint venture⁸⁴ while the "total investment" refers to the "registered capital" plus permitted financing for the EJV.⁸⁵ The capital of EJVs must meet certain debt to equity ratios. The minimum proportion contributed registered capital by the foreign investors should not be less than one-fourth⁸⁶ and in certain industries, there may be restrictions on the level of foreign ownership in an EJV.

82 See article 7 of the EJV Regulations.

83 See article 12 of the EJV Regulations.

84 See article 18 of the EJV Regulations.

85 See article 17 of the EJV Regulations.

86 See article 4 of the EJV Law.

Capital contributions may take several forms, including cash, real estate, equipment, technology, materials, right to use land, intellectual property rights, or other assets, such as equipment. However, only advanced technology and equipment that meet Chinese needs can be treated as foreign joint venture investment and if the capital contributions are in a form other than cash, the parties must agree on the appropriate value of the contributions on the basis of fairness and reasonableness or agree to have a third party make the evaluation.⁸⁷ In addition, the valuation is subject to verification by official appraisers.⁸⁸ The parties can agree upon the schedule for the capital contributions which need to be set forth in the articles of association, in accordance with the business plan, and are allowed to increase or reduce its registered capital.⁸⁹

EJVs in China are typically limited to a fixed term, which must be stipulated in the joint venture contract. Indefinite terms are sometimes permitted, but EJVs in certain service industries, land development and real estate, natural resource exploration and exploitation projects, and other areas which are restricted must have a fixed term. Upon the expiration of its term, an EJV is to be dissolved⁹⁰, with the property remaining after clearance of debts to be distributed in accordance with the ratio of the parties' capital contributions except where the joint venture agreement, contract or articles of association have other stipulations.

The business scope should be brief and specific and requires careful drafting as it is often subject to negotiations in the pre-establishment stage between investors and the government authorities which need to approve it and specify the range of activities in which the EJV is permitted to engage.

Any transfer of capital to the EJV by any investor requires authorization from the other shareholders and should be made by consensus. It should also be approved by the supervisory authority with jurisdiction to grant approval and must follow the procedures for changes with the registration and administration office. Its partners have pre-emptive rights to acquire other partners' shares⁹¹.

An EJV is required to adopt accounting procedures based on a dual-entry, accrual system. All accounting records, books and statements are required to be prepared and kept in Chinese. The accounting system adopted by the EJV must be reported, for the record, to the competent government authorities and the local

87 See article 5 of the EJV Law and articles 22, 24 and 25 and 26 of the EJV Regulations.

88 See article 27 of the EJV Regulations.

89 See article 21 of the EJV Regulations.

90 See article 13 of the EJV Law and article 90 of the EJV Regulations.

91 See article 4 of the EJV Law and article 20 of the EJV Regulations.

financial and tax departments.⁹² Chinese legislation also requires an accountant registered in China to act as the auditor of the EJV.⁹³

An annual profit distribution plan has to be prepared and distribution of profits among the parties is usually in proportion to their respective contributions to the registered capital of the EJV which is required to allocate a certain percentage of after-tax profits to a reserve fund, enterprise expansion fund and incentive and welfare fund for staff and workers⁹⁴.

A good local partner may contribute market knowledge and strong marketing and distribution channels, and they may help reduce the costs and risk of market entry. In certain restricted sectors, such as automotive and insurance, forming an EJV with a Chinese company is still the only permitted route for establishing a permanent presence in China. The challenge of establishing and running a successful EJV is finding and nurturing the right partnership. Partners have to overcome issues such as mismatched expectations and differences in business culture and practices. The ability to maintain effective communication, and control where necessary, is also crucial.

(ii) Cooperative Joint Venture

A CJV is a company operated under a contract between Chinese and foreign enterprises.⁹⁵ The Chinese-Foreign Cooperative Joint Ventures Law (“CJV Law”), regulates the established practice of cooperative joint ventures, in which the Chinese and foreign parties cooperate on the basis of a joint venture contract and articles of association.

Typically the preferred investment vehicle for joint construction and management of hotels, commercial complexes, and infrastructure and mining projects, the CJV is often adopted for shorter-term projects or built-operate-transfer projects, and are formed with joint capital or terms of cooperation between foreign enterprises, other economic organizations or individuals and Chinese enterprises or other economic organizations.

The CJV is also referred to as “Contractual joint venture” and can take one of two different forms: (i) a “pure” CJV in which no legal entity separate from the contracting parties is established and the parties make their contributions to the project and bear the risk of profit and loss directly; and (ii) a “hybrid” CJV in which a separate business entity is established and registered and the parties’

92 See articles 69 and 78 of the EJV Regulations.

93 See articles 71 and 79 of the EJV Regulations.

94 See article 76 of the EJV Regulations.

95 See article 2 of the CVJ Law.

liabilities are generally limited to their capital contributions to the entity.

Although the CJV Law does not explicitly distinguish between these two types of ventures, it provides that cooperative joint ventures that meet the relevant legal requirements may qualify as “legal persons” under Chinese law.⁹⁶ The Implementation Regulations for the Law of the People’s Republic of China on Cooperative Joint Ventures (“CJV Regulations”) make further distinctions concerning the treatment of cooperative joint ventures with legal person status and those without.

A hybrid form cooperative joint venture would generally qualify as a legal person by satisfying the relevant requirements under Chinese law to obtain such status, while a pure form cooperative joint venture would not. The CVJs generally has more lenient requirements of capital contribution and the possibility of contractual agreement for foreign parties to recoup their investments first⁹⁷ and it should set up a board of directors when it has the status of legal person or a joint management committee when with no status of legal person.⁹⁸

The documentation required for the establishment of a CJV and the procedures for obtaining approval or registration of the project are very similar to those of an EJV.⁹⁹ The CJV with legal person status can register with the local bureau of the SAIC to obtain a business license and carry out registration with the local counterpart MOFCOM concerning establishment and it is considered formally established on the issuance date of the business license¹⁰⁰.

Investors are able to make their contributions to the CJV in forms other than those allowed for in an EJV e.g. by being made responsible for providing the required local labor, including the payment therefor and/or for providing the necessary factory or office facilities. In some cases, it may not be permitted to count some of these forms of assistance as joint venture contributions, although practice in this regard varies considerably and therefore foreign investors should focus on how to categorize and structure the parties’ contributions to a CJV¹⁰¹.

Moreover, also unlike in EJVs, a foreign party’s investment in a CJV may be repatriated prior to the expiration of the term of the joint venture, if the joint venture contract provides that ownership of all of the fixed assets of the joint venture shall revert to the Chinese party upon expiration of the joint venture term. However, the methods by which early repatriation may be accomplished

96 See article 2 of the CVJ Law and article 4 of the CVJ Regulations.

97 See articles 2, 8 and 22 of the CVJ Law.

98 See article 12 of the CVJ Law and article 12 and 53 of the CVJ Regulations.

99 See articles 7, 12 and 13 of the CVJ Regulations.

100 See article 6 of the CJV Law.

101 See article 19 and 20 of the CJV Regulations.

are limited, and careful planning is required before establishment of the CJV.

Chinese companies usually provide the workforce, land and manufacturing infrastructure, whereas the foreign companies normally provide technology, equipment and capital. CJVs are therefore favored for hotels and commercial complexes and in infrastructure projects where the parties intend that the joint venture assets will stay with the Chinese party at the end of the joint venture term.¹⁰² CJVs are also commonly used for projects where the Chinese partner lacks material assets to contribute to the joint venture and are generally discouraged in manufacturing. The operational activities of cooperative joint ventures are restricted in much the same way as those of equity joint ventures.¹⁰³

It is common for CVJ contracts, especially those of pure cooperative ventures, to provide for the reversion of all of the assets of the joint venture to the Chinese party upon termination of the venture.¹⁰⁴ In other cases, the liquidation procedures follow those applicable to EJVs¹⁰⁵.

The profits, risks and losses of CJVs may be allocated between the parties in a proportion that differs from the equity contributions by the parties. A substantial advantage of CJVs is that the parties may agree on the distribution of profits at a ratio different from that of the parties' capital contributions. It may also be possible for the foreign investor to recover its investment before the end of cooperation term of the CJV.¹⁰⁶

An accountant registered in China must be engaged to audit and verify accounts and the parties may engage the accountant jointly or individually.¹⁰⁷ A CJV without legal person status must keep unified account books, and the parties must, in addition, keep their own separate account books¹⁰⁸.

E. Essentials of the Chinese Foreign Invested Partnership

The Administrative Measures on the Establishment of Partnership Enterprises in China by Foreign Enterprises or Individuals ("FIPE Regulations") allow foreign individuals or organizations to participate in partnership enterprises, offering a further alternative to the RO, WFOE, EJV and CJV. FIPEs allow

102 See article 44 of the CJV Regulations.

103 See articles 11 and 12 of the CJV Law.

104 See article 44 of the CJV Regulations.

105 See article 49 of the CJV Regulations.

106 See article 44 of the CJV Regulations.

107 See article 46 of the CJV Regulations.

108 See article 54 of the CJV Regulations.

for partnerships between two or more foreign enterprises or individuals, or a combination of foreign enterprises or individuals and Chinese individuals, legal persons or other organizations¹⁰⁹.

FIPEs do not need to obtain the approval from MOFCOM. They only require registration with the local branches of SAIC. However, businesses in certain sectors will need to comply with other specific regulations and the FIPE should submit approvals from relevant authorities when applying for its registration.

The types of FIPEs include foreign-invested general partnership and foreign-invested limited partnership.¹¹⁰ Solely State-owned companies, State-owned enterprises, listed companies and public welfare institutions and social organizations shall not be general partners of FIPEs. Limited partners cannot be the executive partner of a FIPE.¹¹¹

The FIPE provides a good channel to enter into Chinese market for foreign investors, especially for those private equity firms. Profits and losses are distributed according to partnership agreement. Income tax is assessable on each partner, and not on the partnership.

V. Introduction to Foreign Investment Approvals and Restrictions

The establishment of a Foreign Investment Enterprise (FIE) in China is subject to the approval of the Chinese government. The approval process begins with a name reservation application to the SAIC to check on the proposed name for the FIE.

After the company name has been reserved, the applicant must obtain substantive examination and approval of the investment by MOFCOM. Examination and approval by MOFCOM is the key stage in the approval process as it requires submission of the full definitive documents and may also require a feasibility study report describing background on the project, along with other supporting documents. MOFCOM has the flexibility to request documents not expressly set forth in the statutes if they understand them to be useful to its decision.

Project verification from the NDRC is technically required for any foreign investment project, but in practice, the NDRC's approval is critical only in specific industries such as automotive industry, and oil exploitation industry. After approvals from MOFCOM and, if necessary, the NDRC, the FIE may be registered

109 See article 2 of the FIPE Regulations.

110 See article 3 of the FIPE Regulations and article 7 of the Measures for the Registration of Partnership Enterprises.

111 See article 9 of the Measures for the Registration of Partnership Enterprises.

with the SAIC for issuance of a business license for which the date of issuance is the date of incorporation of a company. After obtaining the business license, the FIE should complete the remaining required registrations with the relevant authorities including the State Administration of Foreign Exchange (“SAFE”), General Administration of Customs of the People’s Republic of China (“Customs”) and State Administration of Taxation (“SAT”), among others.

For some certain industries, the FIE should obtain special approvals. Some typically regulated industries (including, for example, securities, banking and insurance) involve special approval regimes in addition to, or in place of, MOFCOM examination and approval. The China Securities Regulatory Commission (“CSRC”) reviews applications to set up or acquire securities companies, the China Banking Regulatory Commission (“CBRC”) covers banks, and the China Insurance Regulatory Commission (“CIRC”) reviews insurance company applications. Environmental approval from State Environmental Protection Agency (“SEPA”) may be required prior to applying to MOFCOM for manufacturing enterprises, or for any investment project that entails a construction project. Before registration with SAIC, for companies involving food or pharmaceutical production, they have to get the approval from State Food and Drug Administration (“SFDA”). The approval from State-owned Assets Supervision and Administration Commission (“SASAC”) will be required for investments involving Stated-owned assets.

The Provisions on Guiding the Orientation of Foreign Investment of 2002 (“FI Guidelines”), generally classify foreign investment areas into four different categories: (i) encouraged, where foreign investment is encouraged and may be subject to policy incentives; (ii) permitted, which can be subject to wholly foreign owned investment; (iii) restricted, which have stricter investment requirements or limitations, e.g. requiring joint investment by Chinese and foreign investors, or limiting foreign investment interest to a minority stake or a threshold, among others; and (iv) prohibited, which the ones which cannot subject to foreign investment.¹¹²

The Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries (“Catalogue”), jointly issued by the NDRC and MOFCOM, is meant to further specify and categorize which areas are prohibited, restricted, permitted and encouraged for foreign investment, and therefore “*partly adjust*” and the foreign investment framework to the “*actual situation*” and specific up to date needs of the economy, being the “*basis of the application of relevant policies in directing and examining and approving projects with foreign investment and enterprises*”

112 See article 4 of the FI Guidelines.

*with foreign investment*¹¹³.

The 2017 Revision of the Catalogue (“2017 Catalogue”) sets out the traditional encouraged category and introduces the “Special Management Measures for Foreign Investment Access (Negative List for Foreign Investment Access)” which it divides the listed areas into restricted and prohibited categories, while those not listed are considered as being permitted.

The number of restrictive measures for the entry of foreign investment was reduced from ninety three sectors to sixty three in the 2017 Catalogue, with several industry sectors like services, manufacturing and mining being now more open for foreign investment. There are now only thirty five areas in the restricted category and twenty eight in the prohibited category.¹¹⁴

VI. Introduction to the Variable Interest Entities

The variable interest entity (“VIE”) has long been a popular structure for foreign parties to invest in foreign investment restricted or prohibited sectors in China and for Chinese domestic entities could list offshore on international capital markets.

A VIE refers to a structure where enters into contracts with a PRC operating company and holds the necessary licenses to circumvent restrictions and operate in a foreign investment restricted or prohibited sector.

A VIE structure refers to a structure whereby a wholly or partially foreign owned entity in China (“FI Company”) has control over an operating company (“PRC Company”) that has the approved business scope and holds the necessary licensing to circumvent and operate in a foreign investment restricted or prohibited sector.

Given foreign investors are not able to directly invest in the PRC Company and in order to circumvent the relevant restrictions and prohibitions, the foreign investors enter into several contractual arrangements between the FI Company and the PRC Company in order to obtain *de facto* control over the operation and management of the PRC Company. The profits of the PRC Company flow back to the FI Company allowing foreign investors to consolidate them in their results. For domestic companies in foreign restricted or prohibited industries, without sufficient resources and assets, the VIE structure has been widely used to obtain financing from overseas market through overseas listings.¹¹⁵

113 See article 3 of the FI Guidelines.

114 See 2017 Catalogue.

115 See Maximilian J Chapman, “China’s Variable Interest Entities in Context: Past, Present and Future.

The first well known VIE structure was adopted by the Chinese online media company, Sina Corp. (“Sina”), in its 2000 listing on the NASDAQ stock exchange. Sina used the VIE as a workaround structure to avoid restrictions on foreign direct investment in the value-added telecom services sector and since then, both foreign and Chinese investors alike, such as high-profile Alibaba, Baidu and Tudou, interactive digital media advertising company Focus Media and education services company New Oriental, have replicated the VIE structure in many other sectors of China’s economy where foreign investment is either restricted or prohibited to foreign investors.

Although there is no clear prohibition against the VIE structure in China, there has also been no official approval or the backing of the authorities which are circumvented leaving the VIE structure in a grey area of the Chinese legal system.¹¹⁶ Its inherent flaws and significant risks also include (i) the lower level of protection of the beneficial owners under the relevant contractual arrangement, compared to the level of protection of owning a legal stake in the PRC Company; (ii) the potential conflict of interests between the legal shareholders of the PRC Company and the beneficial owners of the relevant contractual arrangement; and (iii) the level of uncertainty in the enforceability of the relevant contractual arrangements between the PRC Company and the FI Company in the event of a dispute.

As such, despite its popularity and benefits to the Chinese economy, regulators have posed several challenges based on arguments that VIE structures are used to circumvent industry investment regulations, restrictions and controls, as well as potentially entailing price transferring and consequent tax evasion.

VII. Introduction to Chinese Outbound Investment Regulatory Framework

Further to an abrupt and fast short-term drop of foreign exchange reserves and continued depreciation of the RMB in 2016, regulators in China have started implementing regulatory measures to control large outward remittances of foreign exchange to guard against overseas investment risks, irrational investment trends and other unusual conducts from Chinese enterprises going global.

On 6 December 2016, the NDRC, SAFE, MOFCOM, the People’s Bank of China (PBOC) held a joint press conference and issued a press release stating that that the Chinese government had observed some irrational investment activities in real estate, hotels, movie studios, entertainment industry, and sports clubs in

¹¹⁶ See Serena Y. Shi “Dragon’s House of Cards: Perils of Investing in variable Interest Entities Domiciled in the People’s Republic of China and Listed in the United States”.

dictating that outbound transactions involving these sectors and those outside the investors' main line of business, overseas investments by limited partnerships, overseas investments by small parent companies with large subsidiaries, overseas investments by enterprises established hastily or rushing to go global, among others, would be subject to additional scrutiny by the Chinese regulators.

Potential risks associated with certain investments were highlighted and, as part of its internal review process, it was set that provincial MOFCOM authorities would have to seek consent of the central MOFCOM before issuing a certificate for the completion of the approval or filing process for any outbound investment that, among others: (i) falls within one of above mentioned sectors; (ii) exceeds a certain deal value threshold; (iii) is not related to the core business of the investor; (iv) is made by a limited partnership; (v) is made in an offshore target with an asset value greater than that of the investor's own value; or (vi) is conducted by a newly-established entity which has no business substance.

On 18 August 2017, China's State Council, together with other regulatory bodies, issued the Opinions on Further Guiding and Regulating the Directions of Overseas Investments ("OI Guidelines") which provide the most important clarification on Chinese outbound investments since the market uncertainty and abrupt decline in Chinese outbound investments that followed the above mentioned measures.

Significantly, the Guidelines officially formalized previously published piecemeal regulations and classified overseas investments into three main categories of investments: (i) encouraged¹¹⁷; (ii) restricted¹¹⁸; and (iii) prohibited¹¹⁹.

The guidelines do not specify whether an investment that does not belong to one of these sectors should be permitted for overseas direct investment and it is also unclear whether any restricted investments, previously subject to close scrutiny of the PRC regulators and that are not specifically mentioned in the guidelines are subject to rejection by relevant PRC regulators, as was the case in practice before the guidelines were issued.

However, the sectors in each category reflect the current national economic and social policies and are consistent with previous positions of the authorities, which support competent enterprises that: (i) actively engage in outbound investment projects which promote the 'One Belt, One Road' strategy; (ii) deepen cooperation in international production capacity; (iii) promote the transfer of quality domestic production capacity, equipment, and applicable technologies overseas; (iv) enhance China's technology R&D, production, and manufacturing

117 See section III of the OI Guidelines.

118 See section IV of the OI Guidelines.

119 See section V of the OI Guidelines.

capacity; (v) help resolve the country's energy shortage problems; (vi) promote industrial upgrade; and (vii) protect the image of China as a responsible overseas investor.

VIII. Introduction Chinese Outbound Investment Restrictions and Approvals

The Guidelines “encouraged” sectors for “*Qualified and capable*” Chinese companies include, among others: (i) to actively engage in the “One Belt One Road” investments and related infrastructure and connectivity; (ii) investments that export China's quality production capacity, equipment and technical standards; (iii) investments that strengthen cooperation with overseas high-tech and advanced manufacturing companies – Chinese companies are encouraged to establish overseas research and development centers; (iv) prudent participation in resources exploration and development; (v) expanding agricultural cooperation with foreign countries by carrying out mutually beneficial and win-win investments in agriculture, forestry, animal husbandry and fishery; (vi) investing in commercial, cultural, logistical and other services sectors in an orderly manner; (vii) qualifying financial institutions establishing branches and service networks abroad.¹²⁰

The “restricted” sectors for overseas investments that are not aligned with China's national development, macroeconomic, international cooperation and foreign policies, include a, among others (i) investments in real estate, hotels, film studios, entertainment, sports clubs etc.; (ii) establishing equity investment funds or investment platforms outside China without specific industrial projects; (iii) carrying out investments using outdated production equipment that does not meet the technical requirements of the destination country; (iv) investments that do not meet the environmental protection, energy consumption and safety standards of the destination country; (v) investments in sensitive countries/regions with no diplomatic relations with China or that are in a state of war or chaos¹²¹

The “prohibited” sectors include, among others (i) investments involving exporting core military industrial technology and products without the approval of the Chinese government; (ii) investments involving exporting technology, crafts and products that China prohibits from being exported; (iii) investments in gambling and lewd industries; (iii) investments prohibited by international treaties to which China is party; and (iv) other investments that endanger or may endanger China's national interests and national security.¹²²

120 See section III of the OI Guidelines.

121 See section IV of the OI Guidelines.

122 See section V of the OI Guidelines.

Moreover, the Guidelines outline the following core overseas investment principles¹²³:

- For overseas investments by Chinese companies, the market will play a decisive role in the allocation of resources and the Chinese government will also better fulfil its role. Under the government's guidance, Chinese companies will make their own decisions and accept responsibility for profits, losses and investment risks.
- The Chinese government will continue to make policy reforms for overseas investments, improve related government functions and primarily use a filing-based system for supervising overseas investments (rather than a pre-approval system).
- Chinese companies should take into account the circumstances of the investment destination and its actual needs, and focus on mutually beneficial cooperation with foreign governments and companies.
- Emphasis will be placed on risk prevention, legal compliance as well as prior, interim and post investment supervision.

The Guidelines also outline policy measures relating to Chinese overseas investments, stating that the Chinese government will adopt different policy approaches for each category of overseas investment. Importantly, the Chinese government intends to (i) provide more favorable and convenient tax, foreign exchange, insurance, customs and other services for encouraged overseas investments; (ii) support the development of relevant services such as legal, arbitration, accounting, tax, valuation, investment consulting and risk assessment; (iii) strengthen authenticity and compliance reviews of overseas investment to prevent non-genuine investments; (iv) establish a foreign investment blacklist regime and penalize illegal overseas investment activities; (v) establish an overseas investment capital regime for state-owned enterprises; (vi) improve the overseas investment auditing regime for SOEs and safeguard the security of foreign state-owned assets; and (vii) encourage Chinese companies to obtain in-depth understanding of overseas investment policies, regulations and international practices, improve their overseas investment decision-making, financial management, legal and regulatory compliance, risk assessment, risk management and accountability systems, strengthen supervision and management of their overseas subsidiaries, comply with laws and regulations of the investment destination and strengthen guidance and supervision of investments in high risk countries and regions, provide timely warnings about significant political,

¹²³ See section II of the OI Guidelines.

economic and social risks and put in place preventive measures.¹²⁴

Furthermore, the Guidelines need to be interpreted together with the existing regulatory regime in China governing outbound investment by Chinese investors. An outbound investment by a Chinese privately-owned enterprise has to be either approved by or filed with the National Development and Reform Commission (NDRC) and the Ministry of Commerce (MOFCOM) at either central or local level, depending on the nature and size of the transaction and the jurisdiction where the funds are to be invested. In the case of an outbound investment by a Chinese state-owned enterprise (SOE), the SOE may also need additional approval from the State-owned Assets Supervision and Administration Commission (SASAC).

In addition to the above generic regulatory regime applicable to Chinese investors, regulated entities in China are subject to additional approval or filing procedures with their respective regulators in China, e.g. in an outbound acquisition by a Chinese bank, the bank needs to obtain the approval of the CBRC, as the regulator for the banking sector in China. Furthermore, if a Chinese investor is a PRC listed company and if the proposed outbound transaction is of such a size that it would constitute a “major assets restructuring” transaction for the listed investor under PRC law, then the Chinese investor would need to go through additional regulatory procedures and approvals under the applicable listing rules.

Finally, in respect of the regulatory control over the remittance of funds by a Chinese investor for outbound investment purposes, the formal position is that a Chinese investor who intends to remit an amount above a predefined threshold out of China is required to engage in a “conversation or consultation” with the relevant branch of SAFE before it can remit funds offshore.

Although in general these measure have increased deal uncertainty and raised concerns among Chinese buyers and foreign sellers in transactions that fall into the restricted areas, the Guidelines made clear that continued support will be given to China’s ‘Go Global’ policy and ‘One Belt One Road’ strategy with authorities likely reigning in overzealous investments in non-strategic areas, while strategic investments by Chinese companies that fall in line with China’s broader strategy likely to continue to grow under more favorable policies and efficient procedures where Chinese companies are incentivized to place greater emphasis on cost-benefit analysis, due diligence, risk management and legal compliance in making and managing overseas investments.

124 See section VI of the OI Guidelines.

VIDA DA FACULDADE

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Janeiro — Dezembro 2018)**



**Notícia dos Mestrados
Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa**

Nome	Área	Supervisor	Título da Tese	Data
Chen Juanjuan	Ciências Jurídicas	Prof. Jiang Chaoyang	A study on perfection of Macau legal system of the right to know	11/04/2018



**Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa —
Direito da União Europeia, Direito Internacional e
Direito Comparado**

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wu Shuwen	Prof. Sten Verhoeven	The Role of China in Strengthening the UN Collective Security System	06/06/2018
Cheok Ka Man	Prof. Tu Guangjian	A legal Study of Passenger Rights and Civil Liability under The International Liability Regime	01/08/2018
Wang Shaoshan	Prof. Du Li	Research on Parallel Import of Trademarks in E-Commerce	14/09/2018



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Hao Siyu	Prof. Hsiao I-HSUAN	Evolution of the Digital Contracts in the European Union	08/10/2018
Zhou Yunchong	Prof. Sten Idris Verhoeven	Comparison of Substantive Standard of Antimonopoly Regulation of M&A between China and European Union	08/10/2018



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional dos Negócios

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Hong Shanling	Prof. Augusto Teixeira Garcia	Independent Guarantee – Balance between the Efficiency and the Risk of Fraud	8/1/2018
Zhang Chenguang	Prof. Tu Guangjian	Judicial Interferences in International Commercial Arbitration: An Assessment of Legislation and Practice of China	13/6/2018
Yang Boyuan	Prof. John Shijian Mo	The Enforceability of China-Made Ad Hoc Arbitration Awards in China	13/6/2018
Liu Jia	Prof. Ramaswamy, Muruga Perumal	A Utilitarian Assessment of Bilateral Investment Treaties of People’s Republic of China and their Prospective Development	16/7/2018
Wang Kai	Prof. Ramaswamy, Muruga Perumal	Consumer Protection in Electronic Commerce Transactions	16/7/2018



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Feng Ruohan	Prof. Hsiao, I-Hsuan	Conflict and Coordination between Trademark Restriction and Public Health – A Study on the Case of Australian Tobacco Pain Packaging Act	16/7/2018
Zhu Shizhang	Prof. Du Li	Conflict of legal Parentage in the Transnational Surrogacy	9/8/2018
Guo Xinyan	Prof. Alexandr Svetlicinii	The Application of Non-Market Economy Concept in the WTO Regime: the Case of China	16/8/2018
Shen Miaoyu	Prof. Hsiao, I-Hsuan	The Study on Geographical Indication Protection of Teas in China	23/8/2018
Peng Qiong	Prof. Fernando Miguel Dias Simões	Research on Multi-party Arbitration Related Legal Issues in International Commercial Arbitration	7/9/2018
Hu Maoyu	Prof. Muruga Perumal Ramaswamy	Investment Climate, Foreign Investment and Protection against Expropriation in BRICS	29/10/2018
Tian Sinong	Prof. Rostam J. Neuwirth	The Regulatory Challenges of P2P Lending in China	12/11/2018
Wei Muxian	Prof. Muruga Perumal Ramaswamy	A Study of Corporate Social Responsibility and Its Legal Recognition in China	15/11/2018
Yang Fan	Prof. Alexandr Svetlicinii	Ancillary Obligations of the e-commerce platforms in China: a consumer protection view	16/11/2018



ACTIVIDADES

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS



7 Março 2018 - Seminário Direito do Consumidor – Diálogos Entre Brasil e Macau

Data	Oradores	Comunicações
7 Março 2018	Claudia Lima Marques	Desafios nacionais e internacionais da defesa do consumidor
	Tong Io Cheng	Desenvolvimento legislativo do Direito do Consumidor de Macau - Direito do Consumidor de Macau
	Augusto Teixeira Garcia	O regime jurídico das cláusulas contratuais gerais em Macau
	Wong Hon Neng	Papel do Conselho de Consumidores de Macau
	Wei Dan	Trinta Anos do Direito do Consumidor de Macau
	Fabiana Ramos	Resolução de Conflitos de Consumo
	Sandra Montenegro	A mediação em conflitos de consumo
	Adalberto Pasqualotto	Rotulagem de alimentos: o direito a uma informação esclarecedora
	Gerson Branco	Falência e fresh start nas relações de consumo
	Tula Wesendonck	A responsabilidade civil pelos danos decorrentes do uso do medicamento Sifrol
	Diógenes Carvalho	Credit consumer protection: a Behavioral Economics approach
	Amanda Flávio de Oliveira	Direito do Consumidor e liberdade econômica

10 - 11 March 2018 - Conference on The 5th Cross-strait Forum on Financial LawAffairs, China” – Speaker: Mr. Sun Jin and Mr. Yang Shu

10 Abril 2018 - Seminário Direito Penal Económico na Era Compliance

Data	Oradores	Comunicações
10 Abril 2018	Anabela Miranda Rodrigues	"Direito Penal Económico na Era Compliance" under the Research Circle of Laws of Sino-Portuguese Speaking Countries

6 September 2018 - “Public or Private Enforcement? A Comparative Perspective”

Date	Speaker	Presentations
6 Setembro 2018	Alan Uzelac	Human Rights Aspects of Civil Enforcement under the Case Law of the ECHR
	C. K. Van Rhee	The enforcement of judgments and other enforceable instruments in the Netherlands: A semi-private approach
	Peter C. H. Chan	Challenging Issues in Enforcing Civil Judgments in the Context of Globalization
	Luis Pinto	Enforcement procedure in Macau
	Fu Yulin	Remedies in Civil Enforcement of Mainland China
	Wang Wei	Reflection on enforcement jurisdiction

10 Outubro 2018 - Colóquio sobre “O Registo do Estado Civil Perante Novos Desafios: Ampliação da Tipicidade Registral”

Data	Oradores	Comunicações
10 Outubro 2018	Paula Nunes Correia	Breve apresentação do Tema: “O Registo do Estado Civil perante Novos Desafios: Ampliação da Tipicidade Registral”



Data	Oradores	Comunicações
10 Outubro 2018	Ana Paula Costa Ferreira	O Direito da Família e o Registo Civil em Portugal - a sua evolução recente
	Paula Marina Oliveira Calado Almeida Lopes	Novas Famílias - Filiação e a Procriação Medicamente Assistida - Reflexos Registais
	Emília de Fátima Ferreira da Rocha Ramos de Paiva	O procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil no ordenamento jurídico português. Da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março à Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto

23 Outubro 2018 - Seminário sobre “O Direito das Sociedades no Contexto da China, Macau e Moçambique”

Data	Oradores	Comunicações
23 Outubro 2018	Miguel Quental	Um breve olhar sobre as alterações ao Código Comercial introduzidas pela Lei n.º 16/2009 quase 10 anos depois: do pouco que se fez e do muito que ficou por fazer
	Almeida Machava	A Reforma do Direito Comercial Moçambicano, um exercício oportuno ou oportunista?
	Wang Wei	O procedimento de mudança de sexo e de nome próprio no registo civil no ordenamento jurídico português. Da Lei n.º 7/2011, de 15 de Março à Lei n.º 38/2018, de 7 de Agosto
	Ângelo Patrício Rafael	A governança “verde” na governança corporativa: a experiência da China
	Ho Chi Un	Modernização do direito societário de Macau no contexto da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau
	Hugo Fonseca	A interpretação do contrato de sociedade comercial enquanto pressuposto do ente societário como domínio relacional



Data	Oradores	Comunicações
23 Outubro 2018	Alcides Nobela	Arbitragem Comercial: Um contributo para um sistema electrónico de Resolução de litígios
	Augusto Teixeira Garcia	Dever de lealdade dos sócios
	Teodoro Waty	Do Abuso das maiorias accionárias

25-26 Outubro 2018 – “Décima Primeira Conferência Internacional sobre «As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global» - Concessões de jogos e outras experiências jurídicas de licenciamento de jogos

Data	Oradores	Comunicações
25 Outubro 2018	Ricardo Siu Joey P. U. Sou	Análise das práticas de concessões de jogos nos casinos em Macau na perspectiva da economia institucional
	Licínio Lopes	Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: concursos e renovações na perspectiva portuguesa e europeia
	João Pacheco Amorim	O regime de concessão de exploração dos jogos de fortuna ou azar em casino no ordenamento jurídico de Macau: concessões e subconcessões
	Luis Pessanha	Um novo olhar sobre as concessões de jogo em Macau
	Almeida Machava	Modelos de exploração de jogos em África: O caso da África do Sul e de Moçambique
	Alcides Nobela	Imposto Especial sobre o Jogo: Considerações sobre o princípio da legalidade tributária – O caso de Moçambique e de outras jurisdições



Data	Oradores	Comunicações
25 Outubro 2018	Matthieu Escande	Modelos de exploração de jogos de casinos em França e o caso do Mónaco
	Inês Nolasco Antunes	Macau vs. Europa: a experiência do Chipre
	Huang Guihai	Regime de licenciamento de jogos em casino: A experiência da Nova Zelândia
26 Outubro 2018	Kathryn R.L. Rand Steven Andrew Light	A exploração e o licenciamento dos casinos comerciais e tribais nos EUA: Perspectivas jurídica e política comparadas
	Kathryn R.L. Rand Steven Andrew Light	Apostas desportivas e o Indian gaming: Questões sobre a integração das apostas nos casinos tribais nos EUA
	António Alegria	Promotores de jogo (junkets) e a prestação de serviços de jogo: uma perspectiva comparada
	Iau Teng Pio	Análise e perspectivas de desenvolvimento dos promotores de jogo e dos seus colaboradores em Macau
	Sandra Carrilho	Responsabilidade das concessionárias e subconcessionárias de jogo: breve análise
	Júlio Anjos	Responsabilidade civil das concessionárias e subconcessionárias vis-à-vis as operações dos promotores de jogos
	Nuno Sardinha da Mata	O futuro próximo das concessões para exploração de jogos de fortuna ou azar em Macau - o enigma, a esfinge e os sinais dos céus



13 November 2018 - “Regional Law Forum – Current Problems in Public Law”



Publicações

Boletim da Faculdade de Direito n° 36 e 37, em Língua Chinesa
Boletim da Faculdade de Direito n° 36, 41 e 43 em Língua Portuguesa

Colecção de Textos Jurídicos

- Estudos de Direito do Jogo de Macau, Série I, versão em Língua Chinesa, Portuguesa e Inglesa, Coordenador: Wang Wei, publicado em 2018.
- Direitos da Criança e da Mulher, versão em Língua Portuguesa, Coordenadores: Wang Wei e Orquídea Massarongo Jona, publicado em 2017.

Colecção de Clássicos Jurídicos de Língua Portuguesa

- Teoria Geral da Relação Jurídica -Vol II, versão em Língua Chinesa, de Manuel Augusto Domingues de Andrade, tradução de Ng Kei Kei, publicado em 2018.

ACTIVIDADES INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS

05/03/2018 - Seminar: Environmental Impact Assessment (EIA) in the International Water Law

23/03/2018 - Seminar: Local Protectionism and Centralized Judicial Control System: An Empirical Perspective

26/03/2018 - Seminar: International Investment Law and China's BIT Re-gime at the Darkest Time

25/04/2018 - Seminar: What Makes Hong Kong an Internation Arbi-Tration Centre?

26/04/2018 - Seminar: The Developing World of Arbitration in the Asia Pacific

27/04/2018 - Seminar: Stephen Chow Sing Chi's Movies and China's Qing Dynasty Trial

23/05/2018 - Seminar: The Dilemma and Path of Commercial Arbitration Reform in the Mainland



Publicações

Macau Law Review, Vol. 36

Macau Law Review, Vol. 37

Macau Law Review, Vol. 38