



BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

A N O XXIII • N° 46 • 2019

法 律 學 院 學 報



MACAU • 2019

UNIVERSIDADE DE MACAU



ISSN 0873-0854

46

46



UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報



PERIODICIDADE
Semestral

NÚMERO 46, ANO XXIII, 2019

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
Jiang Yiwa (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, Jiang Yiwa 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
António Alegria, Hugo M. R. Duarte Fonseca, Jessica Leão, Jiang Yiwa, Li Yin, Luís Pessanha,
Nelinho Vital, Sten Verhoeven, Xiaobo Zhai e Wang Huating

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

As concessões de jogo em Portugal <i>António Alegria</i>	19
The idea of sovereignty and the constitutional nature of the EU – A benthamic perspective <i>Sten Verhoeven & Xiaobo Zhai</i>	45
Análise do regime do divórcio litigioso em Macau nos últimos vinte anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa <i>Jiang Yiwa</i>	63
A reserva de lei fiscal, o orçamento e a tributação anualizada <i>Luís Pessanha</i>	97

LIÇÕES

O equilíbrio do orçamento na Lei Básica da RAEM à luz da actual Lei de Enquadramento Orçamental de Macau <i>Hugo M. R. Duarte Fonseca</i>	177
--	-----

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

Os deveres de lealdade e de diligência dos administradores de sociedades comerciais <i>Wang Huating</i>	193
Breve apontamento sobre o regime do consentimento informado à luz do Direito de Macau: algumas reflexões a partir dum caso no Interior da China <i>Li Yin, Judy</i>	217

VÁRIA

Notas de Direito Comparado sobre o regime da participação nos adquiridos <i>Jessica Leão</i>	255
Desenvolvimentos legislativos e as reformas do Direito da Família em Timor-Leste <i>Nelinho Vital</i>	291

VIDA DA FACULDADE

Notícia dos Mestrados.....	303
Actividades: Centro de Estudos Jurídicos	313
Actividades: Instituto de Estudos Jurídicos Avançados	317

NOTA DE ABERTURA



Também este Boletim segue a estrutura típica, mas com conteúdos diversos em língua portuguesa e em língua chinesa em algumas das secções, como se poderá constatar das versões respectivas. O que devemos explicar aos nossos Leitores, pois nos deparámos com algumas limitações de recursos, mas também com a urgência de ultimar os trabalhos deste número, em face da projectada adopção de uma nova orientação editorial do Boletim, a anunciar em tempo oportuno.

Assim, na primeira secção, Doutrina, variando os temas, sendo quase uma constante nos últimos números do Boletim, mesmo depois dos números temáticos sobre o jogo, inclui-se mais um estudo, agora sobre “As Concessões de jogo em Portugal”, prosseguindo com outros temas, designadamente sobre a “Análise do regime jurídico do divórcio litigioso em Macau nos últimos 20 anos: ruptura irremediável e divórcio sem culpa”, e “A reserva de lei fiscal, o orçamento e a tributação anualizada”, concluindo com um tema sobre os “Advogados de defesa no âmbito da Lei de supervisão: investigação baseada em questionários e entrevistas”, apenas em língua chinesa.

Já na segunda secção se encontra um texto sobre “O equilíbrio do orçamento na Lei Básica da R.A.E.M. à luz da actual Lei de Enquadramento Orçamental de Macau”, e um outro “Estudo do regime da instrução criminal em Macau”, e também este apenas em língua chinesa, em que além da reflexão crítica avulta a sua intencionalidade didáctica e pedagógica.

Nos Estudos de pós-graduação, por sua vez, encontramos escritos sobre os deveres de lealdade e de diligência dos administradores de sociedades comerciais e o regime do consentimento informado e, apenas em língua chinesa, sobre o recurso aos homens de confiança e prova em processo penal.

Por fim, dois escritos sobre temas de Direito da Família preenchem a secção da Vária, de momentos e origens diferentes, respectivamente, “Notas de Direito Comparado sobre o regime da participação nos adquiridos”, no contexto dos trabalhos preparatórios da aprovação do Código Civil de Macau, aqui recuperado, que de algum modo terá informado os trabalhos legislativos sobre o regime de bens supletivo, e por isso ainda de interesse, com a inclusão dos textos legais desse regime de bens nos sistemas jurídicos francês e espanhol, nessas mesmas línguas, bem assim “Desenvolvimento legislativos e as reformas do Direito da Família em Timor-Leste”, em curso neste momento.

Na Vida da Faculdade, de mais um ano de actividades, destacamos entre os seminários e conferências, primeiro, o Seminário sobre o “Direito da Família nas Ordens Jurídicas de Moçambique, Macau e China”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau, através do Centro de Estudos Jurídicos, e a Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, que decorreu no dia 17 Abril de 2019, em Maputo, em Moçambique, no âmbito da cooperação entre as duas instituições. E, segundo, a “Décima Segunda Conferência Internacional sobre as reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global – Novos desafios e desenvolvimentos na Criminologia Contemporânea e os seus impactos no Direito Criminal”, também organizada pelo Centro de Estudos Jurídicos, em 24 e 25 Outubro de 2019, em Macau.

E concluímos com os nossos agradecimentos aos Autores, aos Tradutores e a todos os nossos Colaboradores, lembrando, mais uma vez, que o nosso trabalho se destina a servir os nossos Leitores!

Macau, 25 de Outubro de 2020

Manuel 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

AS CONCESSÕES DE JOGO EM PORTUGAL

António Alegria*
Ex-Inspetor-Geral de Jogos, Portugal

Resumo: A exploração de lotarias surge pela primeira vez em Portugal no final do século XVIII, por decreto real de D. Maria I, visando coletar recursos para subvencionar o Hospital Real e a Real Casa dos Expostos, alargando-se depois à Real Academia das Ciências.

Contudo, a institucionalização da exploração de jogos e apostas apenas viria a ocorrer no primeiro quarto do século XX com a publicação do Decreto n.º 12 790, de 30 de Novembro de 1926, o primeiro diploma legal da República em que se propôs regulamentar a exploração regular de lotarias e no seguimento, com a publicação do Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927, que criou as zonas de jogo e as condições para a sua concessão com exploração de jogos em casinos.

Palavras-chave: Jogo; lotarias; fortuna ou azar; concessionários; concessões; imposto de jogo; contrapartidas.

1. Lotarias e jogos de casino

O direito de explorar apostas a dinheiro com carácter regular apenas surgiu em Portugal em 1783, quando, por Decreto Real, a Rainha D. Maria I concedeu à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa o direito de explorar anualmente uma lotaria

* Licenciado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Mestre em Economia e Políticas Públicas, Iscte-Instituto Universitário de Lisboa. Membro da SOCILEJ – Sociedade Científica Ibero Latino-Americana para o Estudo do Jogo.

pública em benefício do Real Hospital de S. José e da Real Casa dos Expostos, ambos dependentes daquela instituição. A lotaria viria ainda a beneficiar a Real Academia das Ciências à qual foram então consignados 1/3 dos lucros.

Em 1799 foi extinta a lotaria da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e criadas lotarias reais exploradas diretamente pela Fazenda Pública. A Santa Casa da Misericórdia de Lisboa foi indemnizada, mas em 1804 a lotaria foi restabelecida tendo aquela instituição continuado a sua exploração a par com outras lotarias, quer próprias quer reais.

Progressivamente, desde 1838, em particular desde 1847, data da última lotaria real, a designada lotaria da Santa Casa foi sendo convertida em lotaria nacional, uma vez que o Estado, paulatina mas progressivamente, foi aumentando a parcela que lhe cabia nas receitas. Nos finais do século XIX a lotaria era indistintamente chamada de nacional ou da Misericórdia de Lisboa.

A partir de meados do século, as lotarias foram sendo proibidas na Europa e nos EUA sob invocação de imoralidade dos ganhos dos promotores do jogo, públicos e privados, sendo Portugal o único país europeu que mantinha, sem interrupções, a exploração de uma lotaria do Estado. Foram, entretanto, restauradas na Europa após a 1.^a Grande Guerra, com o propósito de fazer face a tarefas essenciais dos Estados, nomeadamente, no domínio assistencial, com o intuito de evitar o recurso ao agravamento de impostos.

O Decreto-Lei n.º 12 790, de 30 de Novembro de 1926, foi o primeiro diploma legal da República a regulamentar a exploração das lotarias, resolvendo, ao mesmo tempo, a *vexata quaestio* da natureza da exploração de lotarias pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. Diz o diploma: “*As lotarias serão exploradas pela Misericórdia de Lisboa, por conta do Estado, constituindo exclusivo do mesmo Estado e denominar-se-ão lotarias da Misericórdia de Lisboa*”.

À semelhança do ocorrido quanto às lotarias, a necessidade de regulamentação dos demais tipos de jogos surge em consequência de práticas que colocavam em crise a reserva refletida no artigo 264.º do Código Penal de 1886, nos termos do qual, “*Todo o jogador que se sustentar do jogo, fazendo dele a sua principal agência, será julgado e punido como vadio*”.

Com efeito, a incapacidade dos governos para fazer cumprir o que, em matéria de jogo, ia sendo produzido nas sucessivasavas legislações, conduziu a que o Estado-legislador acabasse explicitamente por reconhecê-la no preâmbulo ao Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927 onde, não obstante se reconheça que “*Houve sempre uma proibição legal expressa, a par do jogo campeando nas praias, nas termos e até nas cidades, como Lisboa e Porto (...) foi sempre baldado o esforço no sentido de reprimir em Portugal o jogo de fortuna ou azar*”, razão por que, “*Afigurou-se aos poderes constituídos a necessidade de regulamentar o jogo, como sendo o meio de reduzir ao mínimo os abusos que se estavam cometendo*”.

O dito Decreto n.º 14 643 acabou assim por revogar os artigos 264.º a 269.º do Código Penal e os artigos 1541.º e 1542.º do Código Civil, estabelecendo um regime de jogo lícito que ainda vigora e mantendo, designadamente, o regime especial que suporta a exploração de lotarias pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa.

De acordo com o novo quadro normativo a exploração do jogo passou a ser permitida também em casinos localizados em áreas previamente delimitadas, que o legislador designou de “zonas de jogo”.

Originalmente foram criadas oito zonas de jogo, sendo duas permanentes com localização nos então chamados Estoris e na Ilha da Madeira e seis zonas temporárias, localizadas em Santa Luzia - Viana do Castelo, que veio a transitar para Póvoa de Varzim em virtude de o concurso público haver ficado deserto, Espinho, Curía, Figueira da Foz, Sintra e Portimão-Praia da Rocha¹.

Prevaleceram as zonas de jogo de Estoril, Póvoa de Varzim, Espinho, Figueira da Foz e Madeira e, mais recentemente, em 1969, a designada zona de jogo de Portimão-Praia da Rocha passou a zona de jogo do Algarve². Mais tarde foram ainda criadas as zonas de jogo de Tróia em 1980³, de Porto Santo – Madeira em 1985⁴, de Vidago-Pedras Salgadas também em 1985⁵ e, finalmente, a zona de jogo dos Açores em 1995⁶.

O conceito mantém-se ainda na sua forma original, com evoluções decorrentes de circunstâncias concursais e de alterações legislativas entretanto registadas, a mais recente e marcante das quais deu origem ao novo casino de Lisboa, integrado na zona de jogo do Estoril mediante aditamento ao contrato respetivo.

Em resultado disso, encontram-se atualmente adjudicadas dez zonas de jogo a que correspondem doze casinos e uma sala de máquinas em exploração, perspetivando-se ainda a abertura de um casino em Porto Santo – Madeira e de uma sala de máquinas na ilha do Faial - Açores.

2. Histórico legislativo e contratual das concessões

2.1. Fases legislativas

O Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927, constituiu o marco, o ponto

1 Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927, artigo 3.º.

2 Decreto-Lei n.º 48 912, de 18 de Março de 1969, artigo 3.º.

3 Decreto-Lei n.º 340/80, de 30 de Agosto, artigo 1.º.

4 Decreto Legislativo Regional n.º 12/85/M, de 24 de Maio.

5 Decreto-Lei n.º 372/85, de 19 de Setembro.

6 Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, redação dada pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro.

de partida, para um período de mais 80 anos de concessões de jogo tipificadas por uma dominância ostensiva do Estado sobre uma atividade então entendida como “*mal social*”.

O regime instituído apenas veio a ser alterado pelo Decreto n.º 41562, de 18 de Março de 1958 e mais tarde pelo Decreto-Lei n.º 48912, de 18 de Março de 1969 que, no entanto, mantiveram a tendência fortemente centralizadora da atividade e um rígido controlo da sua exploração e prática.

Durante esse período os contratos de concessão foram, com pontuais exceções, precedidos de concurso público em cujos termos se estabeleciam as condições mínimas a que se vinculavam as empresas concessionárias.

Foi então criado um conjunto de normas que obrigava as concessionárias ao pagamento de um imposto especial sobre o jogo realizado e ainda de contrapartidas, umas genéricas outras específicas, traduzidas na obrigação de financiar e executar infra-estruturas e iniciativas consideradas de interesse e utilidade turística nas regiões sede das zonas de jogo.

Estas obrigações assumiram na estratégia governamental um papel determinante a tal ponto que a própria lei previa que uma obra verificada impossível ou inviável por razão imponderável ou de força maior fosse substituída por outra de igual valor⁷.

Com o Decreto-Lei n.º 274/84, de 9 de Agosto e sobretudo, com o Decreto Regulamentar n.º 56/84, da mesma data, iniciou-se, por assim dizer, a segunda fase legislativa no concernente à disciplina das concessões de zonas de jogo.

Até então e como dito, as obrigações contratuais centravam-se fundamentalmente na execução, pelas empresas concessionárias, de obras de utilidade turística nas regiões sede das zonas de jogo. Com a introdução do novo regime jurídico, passaram a dominar obrigações de natureza pecuniária, identificando-se as obras a financiar com dinheiros da concessão, porém, libertando as empresas concessionárias da sua execução direta⁸.

2.2. A adjudicação de concessões

PÓVOA DE VARZIM – A primeira concessão da zona temporária de jogo de Póvoa de Varzim teve lugar, mediante concurso público, em 11 de Setembro de 1928, no seguimento do Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927, sendo adjudicada por 30 anos à Câmara Municipal local até 30 de Junho 1958.

Veio ainda a ser adjudicada duas vezes, por períodos de 10 anos, em 1958 e 1969, até que, razões de natureza política e administrativa conduziram ao

7 Artigo 40.º do Decreto-Lei n.º 48 912, de 18 de Março de 1969.

8 Artigo 3.º do Decreto Regulamentar n.º 56/84, de 9 de Agosto.

encerramento do casino em 1974.

Em 10 de Junho 1975 o governo adjudicou nova concessão à última empresa concessionária, Sopete – Sociedade Poveira de Empreendimentos Turísticos, SARL, tendo o contrato sido assinado em 3 de Dezembro de 1975 e vigorado até 31 de Dezembro de 1988.

Por força do Decreto-Lei n.º 249/81, de 27 de Agosto, as zonas de jogo de Espinho e Póvoa de Varzim passaram de temporárias a permanentes e foram ampliadas as respetivas condições contratuais.

Em 29 de Dezembro de 1988, desta feita sem recurso a concurso público, foi celebrado novo contrato de concessão com a mesma empresa concessionária, o qual teve início em 1 de Janeiro de 1989 e termo em 31 de Dezembro de 2008.

No entanto e como adiante melhor veremos, pelo Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, houve lugar à revisão do contrato de concessão de 1988 e à outorga de novo contrato de concessão, também este sem concurso público, com a dita Sopete, SARL, entretanto renomeada como Varzim-Sol, SA, sendo o prazo prorrogado até 31 de Dezembro de 2023.

ESPINHO - Por sua vez, a zona de jogo temporária de Espinho foi concessionada pela primeira vez, à Sociedade Espinho-Praia SARL, em 1 de Julho de 1928, no seguimento de concurso público, tendo o contrato vigorado até 30 de Junho 1958.

Foi ainda concessionada à Sociedade Turismo de Espinho, mediante concurso público, em 1 de Julho de 1958 e, em 30 de Junho de 1969, à empresa Crudaspinho – Sociedade de Empreendimentos Turísticos da Costa Verde, SARL, em ambos os casos por períodos de 10 anos tendo, no entanto, o último contrato cessado em 31 de Dezembro de 1973.

Em 3 de Abril de 1974 foi então outorgado, mediante concurso público, o contrato que pela primeira vez adjudicou a zona de jogo de Espinho à Solverde – Sociedade de Investimentos Turísticos da Costa Verde, SARL, que ainda hoje se mantém, o qual teve termo em 31 de Dezembro de 1988.

À semelhança do que ocorrera quanto à concessão de Póvoa de Varzim e por força do mesmo Decreto-Lei n.º 249/81, de 27 de Agosto, a zona de jogo de Espinho passou, de temporária a permanente, com ampliação das respetivas condições, por Apostilha ao contrato.

Em 29 de Dezembro de 1988 teve lugar nova adjudicação à mesma concessionária, Solverde, SARL, pelo período de 20 anos e desta feita sem concurso público, cujo contrato, previsto vigorar até 31 de Dezembro de 2008, foi revisto e prolongado até 31 de Dezembro de 2023 pelo antes mencionado Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro.

FIGUEIRA DA FOZ – A zona de jogo de Figueira da Foz foi adjudicada pela primeira vez em 29 de Junho de 1928, no seguimento de concurso público

e pelo período de 30 anos, a António Sotero de Oliveira. Não obstante ser previsto cessar em 30 de Junho 1958, este contrato foi rescindido em 1937 por incumprimento da obrigação de construção ou compra de um hotel e das condições fixadas pelo Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927.

Apenas em 1948, pelo Decreto n.º 36 890, de 29 de Maio do mesmo ano, se abordou a abertura de novo concurso público e estabeleceu algumas condições para adjudicação desta zona de jogo o que, ainda assim, viria a ocorrer bastante mais tarde, apenas em 28 de Junho de 1958, mediante contrato com a Sociedade Figueira-Praia, SARL, válido até 31 de Dezembro de 1968.

Em 24 de Abril de 1969 foi celebrado novo contrato, ainda como zona de jogo temporária, com a mesma concessionária, Sociedade Figueira-Praia, SARL, válido desta vez até 31 de Dezembro 1988.

Contudo, porque também a zona de jogo de Figueira da Foz foi convertida em zona de jogo permanente, à semelhança do ocorrido por força do Decreto-Lei n.º 249/81, de 27 de Agosto, com as zonas de jogo de Póvoa de Varzim e Espinho, a Sociedade Figueira-Praia, SARL promoveu negociações com o governo, em Dezembro de 1980, propondo nova concessão em que prescindia dos 8 anos que ainda restavam para o termo do contrato em vigor e aproveitava a passagem da zona de jogo de temporária a permanente.

É assim celebrado, em 2 de Julho de 1981, o contrato de concessão da agora zona de jogo permanente da Figueira da Foz, com termo em 31 de Dezembro de 2005.

Entretanto e em alinhamento com o que determinou, para as demais zonas de jogo, o Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, procedeu-se, também aqui, à revisão do contrato de concessão de 1981, com prorrogação do prazo até 31 de Dezembro de 2020.

ESTORIL – Como antes foi referido, o Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927, determinou a criação das zonas de jogo permanente dos designados Estoris e da Madeira e no seu seguimento, pelo Decreto n.º 14 722, de 13 de Dezembro de 1927, foram estabelecidas as condições de adjudicação das respetivas concessões, aí se estabelecendo que *“A zona dos Estoris, concelho de Cascais, ficará com duas concessões, uma abrangendo a área compreendida entre S. João do Estoril e a ribeira de Cascais e a outra a área do concelho de Cascais, a oeste da mesma ribeira.”*

Se acaso não se registassem candidaturas aos concursos públicos para qualquer das concessões, permaneceria uma única concessão abrangente da totalidade da área, porém, podendo instalar dois casinos.

Em 27 de Junho de 1928, é celebrado contrato de concessão com a sociedade Estoril Plage, válido por 30 anos, para explorar apenas um casino na área dos Estoris, concelho de Cascais.

Por sua vez, em 28 de Junho de 1958, a Sociedade Estoril-Sol, SARL, entretanto criada com esse fito, candidatou-se e ganhou a concessão, celebrando com o Estado um contrato válido até 31 de Dezembro de 1983 que foi, entretanto, prolongado até 31 de Dezembro de 1986.

Em 17 de Junho de 1985, foi celebrado novo contrato com a mesma empresa concessionária, válido até 31 de Dezembro de 2005, o qual veio a ser integralmente revisto e prorrogado até 2020, em conformidade com o que dispôs o Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro.

LISBOA – A permissão de abertura de um casino em Lisboa integrado na zona de jogo do Estoril foi fonte de muita polémica, debate e oposição, seja naturalmente por parte dos demais concessionários, seja dos *media*, seja mesmo da autoridade reguladora da atividade, então Inspeção Geral de Jogos, que publicamente o deu a conhecer.

Apesar disso, foi estabelecido, pelo Decreto-Lei n.º 15/2003, de 30 de Janeiro, complementado com um Aditamento, de 17 de Outubro do mesmo ano, que o governo português autorizava a exploração de jogos de fortuna ou azar em dois casinos na zona de jogo do Estoril, sendo um localizado no Estoril e outro em Lisboa, este regulado por condições firmadas em contrato de concessão celebrado em 14 de Dezembro de 2001.

ALGARVE – A atual zona de jogo do Algarve começou, como referido, por ser designada zona de jogo de Portimão - Praia da Rocha contrato celebrado em 11 de Setembro de 1928 com a empresa Praia da Rocha, Lda., cujo início reportava a 1 de Julho de 1928 e previa vigorar até 30 de Junho de 1958.

O Decreto n.º 41 562, de 18 de Março de 1958 que alterou o regime jurídico estabelecido pelo Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927, já não considerou a zona de jogo de Praia da Rocha, situação que se manteve até à publicação do Decreto-Lei n.º 48912, de 18 de Março de 1969, em que foi criada a zona de jogo do Algarve.

Por sua vez e não obstante o Decreto n.º 49 463, de 27 de Dezembro de 1969, que estabeleceu as condições de adjudicação da concessão da nova zona de jogo permanente do Algarve, já permitisse que ali pudessem ser explorados dois casinos, localizados em concelhos distintos, pelo Decreto-Lei n.º 134/71, de 8 de Abril, veio a ser estabelecido o alargamento desse número a três casinos e concretizadas as respetivas localizações em Alvor, Vilamoura e Monte Gordo.

Em 16 de Dezembro de 1971 veio então a ser celebrado com a empresa Sointal – Sociedade de Investimentos Turísticos do Algarve, SARL o contrato de concessão da zona de jogo do Algarve, válido até 31 de Dezembro de 1998.

Por Despacho n.º 32/83, de 30 de Março, do Secretário de Estado do Turismo, são reformuladas algumas das contrapartidas antes fixadas e celebrado, em 10 de Maio de 1983, novo contrato de concessão, desta feita, previsto vigorar

até 31 de Dezembro de 2003.

Este contrato viria, no entanto, a ser rescindido pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/94, de 28 de Abril, no seguimento de um processo de inquérito instaurado em 1992, com fundamento num largo espetro de cometimentos infratórios envolvendo profissionais de jogo, cargos de chefia e direção e mesmo a administração da empresa concessionária.

Na mesma medida e por Despacho n.º 38/94, de 25 de Maio, foi determinada a constituição de uma Comissão Administrativa que, em representação e por mandato do governo, geriu os três casinos integrantes da zona de jogo até à abertura de concurso público e à adjudicação da concessão, o que veio a ocorrer por força da Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/95, de 14 de Setembro, com adjudicação, em 29 de Janeiro de 1996, de nova concessão válida até 31 de Dezembro de 2017, à empresa Solverde, SA, já concessionária da zona de jogo de Espinho.

Também no presente caso, aproveitando o estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, houve lugar à integral revisão dos termos do contrato e à sua prorrogação até 31 de Dezembro de 2023.

MADEIRA – FUNCHAL – Como supra referido, no seguimento do Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927, que determinou a criação das zonas de jogo permanente dos designados Estoris e da Madeira, veio o Decreto n.º 14 722, de 13 de Dezembro de 1927, estabelecer as condições de adjudicação das respetivas concessões, aí se dizendo que *“A Ilha da Madeira, cidade do Funchal, ficará também com duas concessões, uma abrangendo a área a oeste da ribeira de S. João e a outra, situada na área a este mesma ribeira.”*. Também aqui se estabeleceu que, se acaso não houvesse concorrentes a qualquer das concessões, permaneceria uma concessão abrangente da totalidade da área, porém, podendo instalar dois casinos.

É assim celebrado, em 21 de Junho de 1928, o primeiro contrato de concessão com a Companhia de Turismo da Madeira, válido por 30 anos, portanto até 30 de Junho de 1958, o qual viria, não obstante, a ser interrompido em 1932 em razão do incumprimento das obrigações contratuais por aquela empresa concessionária.

Pelo Decreto n.º 21 804, de 29 de Outubro de 1932, foi determinada a abertura de concurso público para adjudicação do que restava cumprir do prazo antes contratado, a quem apresentasse a melhor proposta de uma renda fixa. Depois de sucessivas iniciativas administrativas e concursais na procura de alternativa para a exploração da zona de jogo, apenas em 21 de Abril de 1964, foi adjudicada a exploração da zona de jogo à Sociedade Comercial Semira, Lda. e, em 15 de julho do mesmo ano, celebrado contrato de concessão com a ITI – Sociedade de Investimentos Turísticos da Ilha da Madeira, SARL, previsto vigorar até 31

de Dezembro de 1989. Entretanto, em 18 de Março de 1968 foi celebrado novo contrato e prorrogado o prazo da concessão até 31 de Dezembro de 2003.

Por Resolução n.º 162/85, de 12 de Dezembro, o Governo Regional da Madeira autorizou a subconcessão da zona de jogo à empresa Casino Med (Madeira), Inc. com sede no Panamá, medida esta que viria a ser revertida pela Resolução n.º 1648/88, de 15 de Dezembro, com retoma da exploração pela empresa concessionária ITI – Sociedade de Investimentos Turísticos da Ilha da Madeira, SARL.

À semelhança das medidas adotadas para as zonas de jogo do continente, pelo Decreto Legislativo Regional n.º 19/96/M, de 12 de Agosto, o contrato de concessão foi prorrogado até 31 de Dezembro de 2013 e pela Resolução n.º 1673/2005, de 12 de Maio, do Conselho do Governo Regional, determinada nova prorrogação daquele prazo até 2023.

MADEIRA - PORTO SANTO – A zona de jogo de Porto Santo foi criada pelo Decreto Legislativo Regional n.º 12/85/M, de 24 de Maio, tendo a sua exploração sido adjudicada por concurso público, por um período de 50 anos, à empresa ITI – Sociedade Investimentos Turísticos da Ilha da Madeira, SA, que não veio a cumprir nenhuma das obrigações estabelecidas e conduziu à qualificação do ato como ineficaz, pelo governo regional.

Pela Resolução n.º 121/2004, de 28 de Janeiro, do Governo Regional, foi então adjudicada nova concessão, por 30 anos, à Sociedade Imobiliária e Turística do Campo de Baixo, SA, cujo contrato veio a ser celebrado em 16 de Junho de 2004, sem que algo chegasse até hoje a tomar forma.

TRÓIA - A zona de jogo permanente de Tróia foi criada pelo Decreto-Lei n.º 340/80, de 30 de Agosto e por Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/81, de 17 de Março, adjudicada a sua exploração às empresas Torralta – Clube Internacional de Férias, SARL e Soberana – Investimentos Imobiliários, SARL, acto este inconsequente para qualquer das empresas referenciadas, uma vez que, nunca veio a ser celebrado o respetivo contrato de concessão.

Em 23 de Julho de 1981, foi sim celebrado contrato com a empresa Delphinus – Sociedade de Turismo e Diversões Tróia, SARL, válido, segundo escrito, até 31 de Dezembro do 25.º ano posterior ao início da exploração.

Mas também aqui não foi longo o percurso, sendo o contrato de concessão rescindido por Resolução do Conselho de Ministros de 25 de Setembro de 1986, motivado por incumprimento das obrigações contratuais.

Em 23 de Junho de 1988 veio, entretanto, a ser celebrado novo contrato de concessão, desta feita com a empresa CHT - Casino Hotel de Tróia, SA, com validade prevista nos mesmos termos, até ao dia 31 de Dezembro do 25.º ano posterior ao início da exploração. Idênticos motivos conduziram também à sua rescisão em 29 de Julho de 1993.

Até que, em 6 de Abril de 2000, veio a ser desenhado um contrato de investimento, envolvendo entidades públicas e privadas e dentro desse contexto, sem concurso público, foi adjudicada a concessão da exploração de um casino em Tróia à empresa Grano Salis – Investimentos Turísticos, Jogo e Lazer, SA, integrante do grupo Imoareia – Sociedade Imobiliária, SA.

Por imposição expressa do Decreto-Lei n.º 83/2005, de 21 de Abril, a Grano Salis – Investimentos Turísticos, Jogo e Lazer, SA vendeu a totalidade do capital social à empresa Amorim Turismo, SGPS, SA., que assegurou a construção do casino e a sua exploração até à presente data. Registaram-se, entretanto, evoluções quanto à titularidade do capital e naturalmente quanto ao domínio da empresa concessionária que, não obstante, continua a assegurar a exploração.

VIDAGO – PEDRAS SALGADAS - Por sua vez, a zona de jogo de Vidago – Pedras Salgadas foi criada pelo Decreto-Lei n.º 372/85, de 19 de Setembro, tendo a sua exploração sido adjudicada, no seguimento de concurso público e com as condições estabelecidas pelo Decreto Regulamentar n.º 73/86, de 23 de Dezembro, à empresa Sovipe – Sociedade de Desenvolvimento Turístico de Vidago e Pedras Salgadas, SA, pelo período de 25 anos.

O incumprimento das condições preliminares do contrato de concessão conduziu a que o mesmo viesse a ser rescindido por Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/91, de 31 de Janeiro, ainda antes de se haver iniciado a exploração.

Pelo Decreto Regulamentar n.º 59/91, de 18 de Outubro, foram fixadas novas condições mínimas de adjudicação e autorizado novo concurso público que nunca se veio a concretizar.

Foi por fim o Decreto Regulamentar n.º 30/99, de 20 de Dezembro, que veio estabelecer, uma vez mais, condições mínimas e a abertura de novo concurso público que conduziram, por força da Resolução do Conselho de Ministros n.º 165/2001, de 22 de Novembro, à adjudicação à empresa Solverde, SA, pelo período de 25 anos, da exploração da zona de jogo de Vidago-Pedras Salgadas, cujo casino veio a ser instalado na cidade de Chaves.

AÇORES – A ideia da criação da zona de jogo dos Açores provinha já da década de 20, dos tempos da legalização da atividade em Portugal, contudo, apenas pelo Decreto n.º 26 860, de 3 de Agosto de 1936, foi concedida uma autorização especial à empresa Terra Nostra, sediada em Ponta Delgada, para explorar jogos de fortuna ou azar em regime de concessão especial, no lugar designado por Vale das Furnas, concelho de Povoação. Esta permissão não teve concretização vindo, não obstante, a ser confirmada pelo Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro e mais tarde, pelo Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, que lhe deu nova redação.

Apenas pelo Decreto Legislativo Regional n.º 30/1999/A, de 25 de Agosto, entretanto alterado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 12/2000/A, de 20 de Maio, foi determinada a abertura de concursos públicos para exploração de um

casino na ilha de S. Miguel e salas de jogos em máquinas e salas de bingo nas ilhas Terceira e do Faial.

Foi então celebrado com a empresa Asta Atlântica – Sociedade de Turismo e Animação, SA um contrato de concessão para explorar, pelo período de 30 anos, um casino na ilha de S. Miguel e jogos em máquinas e jogo do bingo na ilha Terceira.

Da mesma forma, foi celebrado com a empresa HTA – Hotéis, Turismo e Animação dos Açores, SA, um contrato para exploração de jogos em máquinas e jogo do bingo na Ilha do Faial.

Apenas a concessão de jogo da ilha do Faial não teve ainda concretização por incumprimento da empresa adjudicatária, encontrando-se hoje em funcionamento um casino localizado em Ponta Delgada, na ilha de S. Miguel e uma sala de máquinas na ilha Terceira.

2.3. Os contratos de concessão

2.3.1. O prazo e o teor contratual

O volume e natureza das condições que suportaram a adjudicação das concessões de jogo em Portugal conduziu desde a primeira hora a contratos de longa duração que justificassem para os adjudicatários o investimento realizado e que assegurassem ao Estado interlocutores idóneos e capazes de instalar e explorar jogos de fortuna ou azar de forma sustentável, assim contribuindo para os retirar das ruas e convertê-los numa atividade contributiva.

Como antes dissemos a propósito do histórico legislativo e contratual, a generalidade dos contratos de concessão outorgados na primeira fase da atividade eram previstos vigorar durante 30 anos, entre 1928 e 1958, como se determinou no artigo 15.º do Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927. Desde então foram-se registando novos contratos e renovações ou prorrogações dos existentes, porém, sempre por períodos dilatados, em alinhamento com as mencionadas razões, de constância, equilíbrio, segurança e sustentabilidade da atividade.

Nem sempre se utilizou neste domínio a terminologia apropriada, recorrendo-se por vezes indiscriminadamente e de forma pouco rigorosa à expressão prorrogação, a propósito do prolongamento das concessões.

A título de mero exemplo, mas que reflete muito do que a propósito foi sendo escrito ao longo das várias leis legislativas e contratuais, diz o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, sustentado no que estabelece o artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, “*É autorizada a prorrogação dos prazos dos actuais contratos de concessão das zonas de jogo do Algarve, Espinho, Estoril, Figueira da Foz e Póvoa de Varzim, nos termos e condições do presente diploma (...)*”.

Isto sugere abordagens diferenciadas quanto à prorrogação das concessões, à prorrogação dos contratos ou à prorrogação dos prazos respectivos. O termo prorrogação deve significar para todos os casos, prolongamento de algo, portanto, alargamento do prazo de algo, contudo, o prolongamento da concessão não quer dizer que se mantenha o contrato, pelo menos com o mesmo teor. E se o teor é alterado, ou se trata de novo e distinto contrato ou da renovação do existente mediante introdução de novas ou alteradas condições.

No caso e melhor veremos adiante, manteve-se a concessão relativamente a qualquer das mencionadas zonas de jogo e às respectivas concessionárias e prolongou-se o *prazo* da sua vigência, porém, com novas condições contratuais que justificaram a outorga de contratos novos.

2.3.2. A formação do capital social

A adjudicação da generalidade das concessões iniciais foi suportada por concurso público dirigido a cada uma das zonas de jogo em que, preliminarmente, se definiam as condições base de candidatura. Com efeito, estabelece o artigo 6.º do Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927, que “*O exclusivo do jogo (...) só poderá ser concedido, por meio de concurso, (...)*”.

Estas sociedades estavam ainda obrigadas, nos termos do mesmo artigo, a serem constituídas “*(...) sob a forma de sociedade anónima de responsabilidade limitada, tendo no país a sua sede social.*”. E acrescentava o artigo 18.º que “*O exclusivo da exploração de jogo de fortuna ou azar, só poderá ser concedido a sociedades (...) com o capital mínimo de: 1000 contos – ouro, para as zonas permanentes e 250 contos – ouro, para as zonas temporárias.*”, sobre as quais impedia também a obrigação prevista no artigo 20.º de “*(...) entregar 10% do capital estabelecido no artigo 18.º, em ações completamente liberadas e sem desembolso para ele, ao Estado, que ficará por esta forma interessado nos lucros da sociedade e com todos os direitos de accionista detentor dessa cota parte de acções;*”.

Como se verifica, a simples condição de adjudicatárias da exploração de jogos de fortuna ou azar impunha a essas sociedades um conjunto de requisitos que, no limite, atribuía ao Estado uma participação *pro bono* no respetivo capital social e ainda, como determinava o parágrafo único do dito artigo 20.º, de participar na gestão mediante integração “*Na gerência das empresas concessionárias de jogo, nas zonas permanentes, um representante do Estado, pago por elas e nomeado pelo Ministro do Interior.*”.

Com exclusão do que precede, este regime veio a manter-se com algumas variantes no Decreto-Lei n.º 48 912, de 18 de Março de 1969 que, no artigo 7.º, determinou a mesma condição de adjudicação das concessões em regime de exclusividade e mediante concurso público, a empresas constituídas sob a forma

de sociedade anónima de responsabilidade limitada “...cujo capital não seja inferior a 40 000 000\$00 e a 60 000 000\$00, conforme se trate da zona de jogo do Estoril ou de qualquer das outras, ou a entidades de reconhecida solvabilidade que se obriguem a constituí-las no prazo de sessenta dias, a contar da data da adjudicação da concessão.”.

Contudo, mantendo embora e como dito, a previsão da concessão por concurso público e a exigência da forma da sociedade, pela primeira vez se cria, no parágrafo 2.º do mesmo artigo, um regime de exceção que permite ao governo, “... em casos devidamente justificados (...) adjudicar a concessão independentemente de concurso público”.

Também o Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, manteve, nos artigos 9.º e 10.º, idênticos regimes de exceção e acrescentou no n.º 2 do artigo 6.º uma norma que dispensa a exigência de que as empresas concessionárias sejam constituídas sob a forma da sociedade anónima quando a exploração e prática de jogo forem autorizadas a bordo de aeronaves ou navios registados em Portugal, mas a operar fora do território nacional. Nestes casos, a exploração apenas pode ser autorizada a empresas proprietárias ou afretadoras dos navios ou aeronaves nacionais ou a empresas concessionárias das zonas de jogo, com permissão daquelas.

Este diploma veio ainda introduzir alterações quanto à realização do capital ao estabelecer no artigo 17.º, n.º 1, que “Os capitais próprios das sociedades concessionárias não poderão ser inferiores a 30% do activo total líquido, devendo elevar-se a 40% deste a partir do sexto ano posterior à celebração do contrato de concessão (...)”, no n.º 2 que “Pelo menos, 60% do capital social serão sempre representados por acções nominativas ou ao portador, em regime de registo (...)” e no n.º 3 que “A aquisição, a qualquer título, da propriedade ou posse de acções que representem mais de 10% do capital ou de que resulte, directa ou indirectamente, alteração do domínio das concessionárias (...)” carece de autorização do Governo.

Esta rigidez ou grau de exigência quanto à formação do capital já se havia antes manifestado com a publicação do Decreto-Lei n.º 274/84, de 9 de Agosto, preparatório da abertura de concurso para a nova concessão da zona de jogo do Estoril, que teria início em 1 Janeiro de 1987. Com efeito, estabelecia aquele diploma que o capital social da nova concessionária não poderia ser inferior a 800 000 contos, devendo estar integralmente realizado no momento da assinatura do contrato de concessão. E ainda que, pelo menos 51% do capital social devia ser representado por acções nominativas pertencentes a portugueses de origem, ou naturalizados há mais de 10 anos, ou a pessoas coletivas portuguesas em que igual percentagem do respetivo capital pertencesse a portugueses naquelas condições.

Aspeto de assumida pertinência relacionado com a formação do capital

social das empresas concessionárias prendeu-se sempre e necessariamente com a sua detenção. Esta matéria foi tratada desde a primeira hora e até à década de 80, acautelando a titularidade do capital em mãos portuguesas. Com a adesão de Portugal à Comunidade Económica Europeia, hoje União Europeia e a entrada das empresas em bolsa, era previsível e natural a alteração das regras e o acentuar da dispersão do capital social.

O legislador de 1927 curou apenas de assegurar, no Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro, a adjudicação das concessões em regime de exclusividade, a localização da sede social em Portugal e que os órgãos sociais das empresas concessionárias seriam exclusivamente integrados por cidadãos portugueses originários, nada dizendo quanto à eventualidade da transmissão de participações sociais ou sequer de cessão da exploração.

Já o Decreto-Lei n.º 48 912, de 18 de Março, fazia prever a possibilidade de transferência, não do capital social, mas da exploração direta do jogo, condicionado embora a prévia autorização do Conselho de Ministros. Digamos que omitindo embora a possibilidade de venda de participações sociais, este diploma deixava em aberto a eventualidade de cedência da exploração a terceiros.

Por sua vez o Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, previa no artigo 15.º a possibilidade de cedência da posição contratual, também mediante prévia autorização do Conselho de Ministros ou do Ministro da tutela consoante estivesse em causa a exploração do jogo ou as demais atividades contratualizadas e admitia no artigo 17.º seguinte, a possibilidade de alienação de capital, subordinando-a embora a autorização governamental sempre que estivesse em causa “*A aquisição, a qualquer título, da propriedade ou posse de acções que representem mais de 10% do capital ou de que resulte, directa ou indirectamente, alteração do domínio das concessionárias por outrem, pessoa singular ou colectiva (...)*”.

Mas já no anterior e mencionado Decreto-Lei n.º 274/84, de 9 de Agosto, se previa obrigatória a comunicação “*(...) de todas as transferências entre vivos da propriedade de acções nominativas.*” e ainda a prévia autorização da tutela sempre que “*(...) da transmissão resulte alteração do domínio (...)*” da empresa concessionária.

Refira-se ainda e no contexto, uma particularidade curiosa que envolvia a possibilidade de se promover a expropriação de bens que ao tempo fossem considerados indispensáveis à realização dos fins concessionados e das respetivas obrigações contratuais.

Estabelecia a propósito o artigo 24.º do Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro, que “*Às sociedades a quem for adjudicado o exclusivo do jogo em cada zona é concedido o direito de expropriar os terrenos e prédios indispensáveis (...)*”. Não se tratava pois aqui de promover a expropriação, como antes sugerimos, mas simplesmente de a executar com força de lei.

Este regime surge já atenuado pelo legislador de 60 quando prevê no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 48 912, de 18 de Março de 1969, não o direito de expropriar mas sim o direito de “(...) *requerer nos termos da legislação em vigor a declaração de utilidade pública urgente da expropriação dos imóveis indispensáveis à realização dos fins (...)*” da concessão e ainda mais atenuado pelo legislador de 80 quando no artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, determina, por um lado que “*A celebração do contrato de concessão confere utilidade pública aos empreendimentos nele previstos para efeitos de expropriação (...)*” e ainda que “*(...) o Governo poderá autorizar (...) a posse administrativa dos bens a expropriar.*”.

O regime evoluiu pois desde o normativo original, condicionando o processo de expropriação ao reconhecimento e qualificação prévios como ato de utilidade pública.

2.3.3. A resolução dos contratos

O Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927, não previa expressamente a resolução dos contratos como resultado do arbítrio das partes ou mesmo de particular penalização, embora estivesse naturalmente acautelada essa eventualidade, designadamente, através de mecanismos como o previsto no artigo 23.º, de acordo com o qual, “*Durante o período da concessão é defeso ao Estado alterar zonas, criar outras, impor obrigações diferentes das que estão estabelecidas (...)*”. Esta postura veio, contudo, a ser corrigida nas iniciativas legislativas que lhe seguiram nas décadas de 60 e 80, que passaram a integrar claras referências à resolução contratual por razões de incumprimento ou de cometimento infratório.

O Decreto-Lei n.º 48912, de 18 de Março de 1969, bem expressa essa possibilidade quando as empresas concessionárias cometerem alguma das infrações previstas no artigo 52.º, designadamente:

- Quando, sem autorização, transferirem para outrem a exploração das actividades que constituírem objecto da concessão;
- Quando não for elevado o capital nos termos do artigo 8.º ou não constituírem ou integrarem os depósitos a que estiverem obrigadas;
- Quando decorrerem mais de cento e oitenta dias de mora nos casos previstos na alínea b) do artigo anterior;
- Quando não cumprirem as obrigações assumidas nos contratos de concessão;
- Quando abandonarem sem causa legítima a exploração do jogo ou de outras actividades que constituírem objecto da concessão.”

Estabelece, por sua vez, o artigo 119.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, que são susceptíveis de determinar rescisão dos contratos de concessão, nomeadamente:

- “
- A sonegação de receitas dos jogos;
 - A inobservância do disposto no artigo 17º quanto ao capital social e aos capitais próprios em geral;
 - A não constituição ou integração dos depósitos ou garantias a que as concessionárias se encontrem obrigadas;
 - O decurso de mais 180 dias, nos casos previstos na alínea c) do artigo 122º;
 - A cessão, abandono ou deficiente exploração do jogo ou de actividades essenciais que constituam obrigações contratuais;
 - A violação reiterada da legislação do jogo;
 - A inexecução continuada das obrigações contratuais assumidas pela concessionária;
 - A constituição em mora da concessionária, por dívidas ao Estado, relativas a contribuições ou impostos, ou à segurança social.”

Com a publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro e as consequentes outorgas de novos contratos de concessão, vem a ser introduzida nos clausulados contratuais uma outra condição, segundo a qual, *“A modificação anormal das circunstâncias em que as partes fundaram a vontade de contratar, resultante de acto soberano ou de alteração de lei ou regulamento que afecte com gravidade o equilíbrio contratual, dará à parte lesada o direito de modificação deste contrato segundos juízos de equidade.”*

Dito desta forma, fica por conhecer o real alcance do preceito, porventura só perceptível em caso de litigância, em presença de divergentes argumentarias, mas que permite desde logo imaginar a resolução contratual como possível limite, se para tanto houver causa.

Embora em contexto moderado, esta cláusula veio em diversos momentos a ser invocada pela Associação Portuguesa de Casinos, em particular a partir de meados da década 90, em razão da quebra generalizada das receitas dos jogos de casino, então atribuída a dois fatores qualificados de determinantes - a oferta ilícita de jogo online, não colmatada com medida legislativa ou ação repressiva do Estado e uma suposta concorrência desleal da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa através da oferta de novas modalidades de aposta. Invocavam as empresas concessionárias que se tratava de casos evidentes de modificação anormal das circunstâncias em que as partes haviam fundado a vontade de contratar, resultantes, no primeiro caso de omissão e no segundo caso de desajustada ação legislativa.

Com efeito e quanto à oferta ilícita de jogo online, registavam-se desde o início da década de 90 fortes indícios de tal prática, tendo mesmo sido providenciado um estudo que identificou algumas centenas de *sites* nacionais e estrangeiros através dos quais era oferecido jogo de fortuna ou azar no território português.

A pressão exercida pela dita associação empresarial conduziu a que, no final de 2001 e à margem da iniciativa governamental, a Inspeção-Geral de Jogos partisse para a redação de um projeto de lei visando regulamentar o que então designou de “*jogos interativos*”. Submetido no início de 2003, este trabalho foi praticamente ignorado até 2005, altura em que o governo da época determinou a criação de um grupo de trabalho que estudasse a problemática associada à oferta de jogo online. Este grupo veio a ser integrado, entre outros, por representantes da associação de concessionários das zonas de jogo, da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa e da Inspeção-Geral de Jogos, contudo, do trabalho desenvolvido nada resultou, tendo o processo sido arquivado.

Apenas em 2009, foi constituído novo grupo de trabalho visando o mesmo objetivo, integrado desta feita apenas por representantes da tutela, da Inspeção de Jogos e da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa. Concluídos os trabalhos em 2010, foi no seu seguimento constituída nova equipa com vista a redação do respetivo projeto de lei, o qual foi concluído e submetido ao Governo no início de Junho do mesmo ano. Por ter coincidido com ato eleitoral e tendo o partido do governo que o determinou perdido as eleições, este documento foi, também ele, inconsequente.

Por fim, em 2012 e face à persistente pressão dos operadores de jogo, determinou o Governo a constituição de um outro grupo de trabalho que veio, três anos depois, a produzir o Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril, que aprovou então o regime jurídico dos jogos e apostas online ainda em vigor e permitiu a atribuição de um conjunto de licenças para explorar a atividade.

Por outro lado e quanto à invocada concorrência desleal da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, uma de entre as novas modalidades de aposta oferecidas por aquela instituição suscitava particular reação da Associação Portuguesa de Casinos, a lotaria instantânea, vulgo designada de “*raspadinha*”.

Argumentavam os concessionários que a “*raspadinha*”, pelas suas características, era tecnicamente semelhante aos jogos oferecidos nos casinos e que, por essa razão, a sua exploração pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa era ilegítima ou mesmo ilegal.

Em suporte disto, arguíam ainda os operadores dos casinos que o ciclo da aposta não respeitava o estabelecido para as lotarias tradicionais, cujo sorteio ocorria semanas ou mesmo meses após o início da oferta pública, altura em que se conhecia então a combinação premiada, enquanto no caso da “*raspadinha*”, o

conhecimento do resultado ocorria praticamente em simultâneo ou no momento imediato à realização da aposta, portanto, em tudo semelhante ao que ocorre e caracteriza os jogos de casino, facto este que lhe retira a condição de “*jogo brando*” ou “*jogo social*” propalada pela operadora. Esta circunstância suportou a invocação de concorrência desleal que, por desajustada ação legislativa do Estado, contribuía, também ela, para a modificação anormal das circunstâncias em que as partes haviam fundado a vontade de contratar.

A designada “raspadinha” foi criada pelo Decreto-Lei n.º 314/94, de 23 de Dezembro, que atribuiu à Santa Casa da Misericórdia de Lisboa a sua exploração.

Embora invocada, como descrito, a cláusula que prevê a alterações de circunstâncias no decurso dos contratos de concessão nunca, de forma expressa e até à data, constituiu mecanismo de suporte às alterações legislativas ou contratuais que se vieram a registar no domínio dos jogos de fortuna ou azar.

2.3.4. As obrigações contratuais

2.3.4.1. Natureza e tipologia das obrigações

As obrigações fixadas para a adjudicação das concessões de jogo evoluíram em Portugal ao longo dos tempos sem função das políticas centrais, muito influenciadas por sinais do exterior e de algumas evidências internas de desagregação social, de alguns interesses regionais e das muitas necessidades locais.

O histórico das concessões de jogo evidencia, desde a primeira hora, uma opção clara da Administração por diversificar os tipos e condições contratuais, conjugando obrigações de natureza estritamente pecuniária com o apetrechamento e requalificação das zonas de jogo e das regiões onde as mesmas haviam sido implantadas.

Contudo e à medida que se sucediam os concursos e os contratos, evoluía também a regulamentação ordenadora e aqueles que haviam sido à partida os grandes motivos da permissão e ordenação da atividade, como a construção dos casinos, a construção de hotéis que servissem os seus eventuais clientes e, da mesma forma, a requalificação das zonas urbanas envolventes, visando dignificar as áreas de implantação e assegurar-lhes efetiva qualidade turística, começavam a estar preenchidos e havia que diversificar as opções, acautelando igualmente o interesse público, mas recorrendo a outros instrumentos.

O Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927, começou por instituir um regime misto que impunha às empresas concessionárias obrigações de natureza patrimonial traduzidas, como dito, na construção dos edifícios dos casinos, de hotéis e outros equipamentos acessórios e obrigações de natureza estritamente financeira, cumpridas com a entrega de contrapartidas pecuniárias e com o

pagamento de impostos⁹.

Entre o enunciado de obrigações e a título de mero exemplo, dado o exaustivo da matéria, prevê o artigo 20.º do dito diploma, designadamente, a preparação e submissão dos projetos e cadernos de encargos, a aquisição dos terrenos e a construção dos casinos, assim como dos hotéis impostos pelos contratos das zonas de jogo permanente, o pagamento dos encargos com o funcionamento do Conselho de Administração dos Jogos e da Secretaria do Jogo, que eram órgãos estatais de supervisão, para além da entrega ao Estado, no fim de cada concessão, de todo o mobiliário e utensilagem dos casinos “...em perfeito estado de conservação e devidamente reparado”.

Não fazendo embora referência a obrigações estruturadas de promoção turística, este diploma apontava já deliberadamente nesse sentido ao obrigar, no artigo 14.º, as empresas concessionárias “*A promover a vinda de excursões de turismo a Portugal e a desenvolver lá fora uma propaganda intensiva das nossas belezas naturais, monumentos e principais estâncias climatéricas, hidrológicas e de repouso*”.

Por sua vez, pelo exclusivo da concessão, o Estado impunha o pagamento de uma verba anual fixa, por períodos quinquenais e determinava, pela exploração dos jogos, o pagamento de um imposto de jogo calculado, nos jogos bancados, mediante aplicação de uma taxa variável sobre o capital em giro inicial de cada banca e nos jogos não bancados, mediante aplicação de uma taxa única de 25% sobre a receita cobrada dos pontos – *cagnotte*. Era ainda devido o pagamento de um imposto único de 25% sobre a receita cobrada pelas entradas nos casinos.

Este regime manteve-se sem alterações de monta até aos anos 60, época em que, como referido, as zonas de jogo se encontravam já relativamente estabilizadas e a generalidade dos equipamentos associados ou derivados das concessões estavam instalados.

Mas aquando da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 48912, de 18 de Março de 1969, impedia ainda sobre a generalidade das empresas concessionárias um volume muito significativo de obrigações que envolviam obras de construção e manutenção de equipamentos, então já derivados dos planos de ordenamento e requalificação urbana e turística das regiões, obrigação esta decorrente dos novos contratos.

9 Tratando-se embora de uma norma transversal à generalidade das zonas de jogo, que visava fundamentalmente estabelecer um regime base para as concessões, aquele diploma apresentava algumas particularidades curiosas e algo estranhas ao contexto, que espelham, ainda que pequenos, alguns dos interesses instalados, como seja a previsão do pagamento das despesas de manutenção de um clube de *dancing* de luxo em Lisboa, obrigação esta que retratava um conceito ainda primitivo da Administração mas, também então, muito subordinado aos modelos e exigências da classe dominante.

Diga-se a propósito que a tipologia dos contratos concessão e o derivado volume de obra atingiu tal ponto que conduziu as empresas concessionárias a diversificarem a sua atividade e a criarem empresas dirigidas à realização das respetivas obrigações contratuais.

Era pois comum a criação de holdings para gerir empresas ou participações em empresas de construção civil a fim de fazer face às obrigações de obra e à sua manutenção, empresas de transporte para os respetivos materiais, de seguros para responder à exigências de garantias contratuais, de publicidade e *marketing* em função das obrigações de promoção turística das regiões, de espetáculos e animação visando as obrigações diárias de entretenimento nos casinos e mesmo de natureza bancária para fazer face às exigências de ordem financeira.

Mas com o andar dos tempos foram sendo reformuladas algumas das obrigações originais, nomeadamente a que reportava à propriedade dos bens afetos às concessões que, com os novos contratos e a progressiva apropriação dos bens pelo Estado, passaram a obrigar, no artigo 14.º daquele diploma, já não a construir, mas *“A efectuar, sempre que forem necessárias, obras de conservação, reparação e beneficiação dos bens imóveis e móveis afectos às concessões, bem como à substituição destes, conforme lhes for determinado (...)”*.

E, da mesma forma, a oferta turística passou a merecer maior realce e delimitação mais estruturada, mediante introdução de obrigações como *“(...) fazer executar, diariamente, no casino, (...) programas de atracções, variedades e diversões, nacionais ou estrangeiras, de bom nível artístico.”*, *“(...)promover e organizar anualmente exposições, espectáculos e provas desportivas, segundo o programa e calendário a submeter (...) à aprovação da Direcção-Geral do Turismo (...)”*, *“(...) colaborar nas iniciativas oficiais que tiverem por objecto fomentar o turismo na área da zona ou na região de turismo em que se situa a concessão.”* e *“(...) realizar, de harmonia com as directrizes e instruções da Direcção-Geral do Turismo, (...) a propaganda da zona no estrangeiro”*.

A publicação e entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, veio acentuar os contornos desta abordagem e imprimir uma outra força às obrigações antes apontadas, quantificando-as mediante imposição às empresas concessionárias que afetassem ao seu cumprimento uma verba de valor não inferior a 3% das receitas brutas do jogo apuradas no ano anterior. E inovou ao introduzir no artigo 14.º uma nova condição, de acordo com a qual, quando se verificar alteração das circunstâncias e *“(...) alguma das obrigações contratuais das concessionárias não possa ser cumprida ou seja aconselhável para o desenvolvimento turístico a execução de realizações não previstas, pode o membro do Governo da tutela impor ou admitir a respectiva substituição ou alteração, em termos de equivalência de valor.”*

Evoluiu-se também e por sua vez, da expressão *“bens a entregar ao Estado*

no fim de cada concessão” usada no primeiro diploma, para a referência a “*bens reversíveis ou revertidos para o Estado no final da concessão*”, usada no Decreto-Lei n.º 48912 e reiterada após no artigo 19.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 422/89, em que se fala expressamente em “*bens do Estado*”, por cuja utilização se fixou uma renda aos concessionários.

Foram pois muitos e diversificados os tipos de obrigações a que, ao longo dos tempos, foram sendo subordinadas as entidades concessionárias das zonas de jogo. As características e estágio de desenvolvimento de cada uma das zonas de jogo, num país matizado de norte a sul por evidentes e significativas assimetrias regionais, conduziram a alguma diversidade no estabelecimento das condições base dos contratos de concessão e, nessa medida, no direcionamento das receitas do jogo, seja para a construção de equipamentos de lazer como piscinas, pavilhões desportivos, campos de golfe e outros espaços desportivos, seja em obras de requalificação urbana, seja mesmo na construção de bairros sociais.

Este foi o espectro dominante de obrigações contratuais até, praticamente, ao final do século XX.

Com o virar do século, registou-se também uma viragem na estratégia do Estado e no formato das obrigações impostas às concessionárias, expressos no Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, que determinou o prolongamento até 31 de Dezembro de 2020, dos contratos de concessão das zonas de jogo de Estoril e de Figueira da Foz e até 2023, dos contratos de concessão das zonas de jogo de Vilamoura, do Sotavento e do Barlavento Algarvios, do Estoril, de Espinho e de Póvoa de Varzim.

O mesmo diploma fixou para cada concessionária a respetiva contrapartida inicial e a correspondente forma de pagamento, determinou o destino dessas verbas e estabeleceu para a concessionária da zona de jogo de Figueira da Foz, a partir da outorga do novo contrato, o pagamento de uma contrapartida anual correspondente a 30% das receitas brutas dos jogos, não podendo ser inferior aos valores fixados em instrumento próprio.

Esta contrapartida serviu de matriz para as que vieram a ser determinadas nos novos contratos também celebrados com as demais concessionárias beneficiárias e realizava-se, designadamente, da seguinte forma:

- “a) Através do pagamento do imposto especial sobre o jogo, nos termos da legislação em vigor;*
- b) Através do pagamento das importâncias que couberem à concessionária para compensação do Estado pelos encargos com a Inspeção-Geral de Jogos, nos termos legalmente estabelecidos;*
- c) Através da dedução dos encargos com animação e promoção turística do Casino, prevista no artigo 5.º;*

d) Através do pagamento das verbas previstas nas alíneas h) e i) do artigo 1.º do Decreto Regulamentar n.º 81/80, de 17 de Dezembro;
e) Através do pagamento da diferença entre o total da contrapartida anual e o somatório dos valores apurados nos termos das alíneas anteriores.”

Estas deduções, referenciadas para a empresa concessionária da zona de jogo de Figueira da Foz, não divergem sobremaneira e como dito, das que vieram a ser estabelecidas para as demais empresas concessionárias salvo as respeitantes a especificidades locais. Um caso relewa, contudo, quanto às concessões de Estoril, Póvoa de Varzim e Espinho, cujas contrapartidas preveem ainda:

“
(...) dedução, até 50% (...) dos encargos com a aquisição, renovação ou substituição do equipamento de jogo, designadamente da aquisição no mercado nacional ou estrangeiro de máquinas electrónicas, bem como com os projectos de execução de obras de modernização e ampliação do actual casino.”

Justifica-se esta referência em virtude de se tratar, na nossa perspetiva, de uma medida de matriz eminentemente política e algo sinuosa, uma vez que não envolvia condição que se impusesse por particular especificidade ou necessidade das zonas de jogo ou das regiões onde as mesmas se localizam. Independentemente dos motivos que a geraram, o estabelecimento de tal obrigação e a fórmula definida para a sua realização acarretaram maior complexidade à regulação da atividade e uma inquestionável dificuldade ao exercício do seu controlo e fiscalização, ao deixarem ao arbítrio e estrito domínio das empresas concessionárias a administração do tipo e volume da despesa dedutível, assim como das fontes de fornecimento dos materiais e equipamentos e das bases de negociação dos mesmos.

Com a introdução do dito mecanismo de dedução da despesa à contrapartida anual passou a registar-se, como se compreende, em puro frenesim, um volume majorado de transações, seja decorrentes da aquisição, reparação e substituição equipamentos e utensílios de jogo, seja igualmente em razão do volume de obra, pois todos as mencionadas concessionárias desencadearam, a partir de então, elaborados processos de aplicação ou reformulação dos espaços dos casinos.

Digamos que o formato então introduzido de realização das contrapartidas anuais e a inovadora partilha da despesa que, desde a década de 20, sempre o Estado havia imposto como parte do preço do contrato e, por isso, imputava exclusivamente às concessionárias, foi ora e neste caso, ponderado em perda, entendemos nós, com penalização significativa para a receita pública expectável.

2.4. Benefícios fiscais

A exploração dos jogos de fortuna ou azar foi, como vimos dizendo e desde a sua permissão, sujeita a tributação especial significativamente agravada comparativamente às demais atividades económicas, facto que determinou, de algum modo, a isenção das entidades concessionárias do pagamento de outros impostos gerais ou locais.

Este princípio ficou latente no Decreto n.º 14643, de 3 de Dezembro de 1927, nomeadamente quando no artigo 21.º começou por estabelecer para as concessionárias a isenção do pagamento da contribuição predial rústica e urbana na aquisição dos terrenos ou edifícios destinados à atividade, assim como a dispensa, no parágrafo único do artigo 24.º, do pagamento dos direitos alfandegários devidos pela importação de bens com o mesmo destino. E com maior e mais exata precisão, no artigo 44.º onde se estabelece que *“O exercício da industria do jogo de fortuna ou azar nos casinos legalmente autorizados não está sujeita a quaisquer contribuições ou impostos estabelecidos ou a estabelecer quer para o Estado quer para os corpos ou corporações administrativas, ficando apenas obrigados ao pagamento do imposto sobre o jogo (...)”*.

O legislador de 60 manteve o mesmo tipo de abordagem e tratamento desta matéria, começando também, no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 48912, de 18 de Março de 1969, por isentar de sisa as aquisições de prédios necessários ao exercício da atividade e de contribuição predial os que viessem a reverter para o Estado no termo das concessões, e após, no artigo 34.º, reduzindo as obrigações fiscais ao pagamento do imposto de jogo.

Reiterando embora o mesmo entendimento e dispensando as concessionárias de qualquer outra tributação geral ou local, além do imposto de jogo, o Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, vem inovar no n.º 3 do artigo 84.º, quando sujeita ao regime tributário geral as atividades das empresas concessionárias que não decorram das obrigações da concessão e inova ainda quando, no n.º 2 do anterior artigo 53.º, as isenta do pagamento do imposto de jogo relativamente às bancas e máquinas cujo capital em giro inicial não chegue a ser utilizado, por falta de jogadores, até ao termo da partida.

2.5. Nota final

Conforme fomos dizendo e estabelece o Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro, terminam em 31 de Dezembro de 2020, os contratos de concessão das zonas de jogo de Estoril e de Figueira da Foz e na mesma data de 2023, os contratos de concessão das zonas de jogo de Vilamoura, do Sotavento e do Barlavento Algarvios, de Espinho e de Póvoa de Varzim.

Em razão disso, presume-se estarem planeadas ou mesmo firmadas as condições base dos futuros concursos e contratos de concessão e, porventura, em curso abordagens negociais nesse sentido.

A natureza da atividade, a envolvente de problemática social que integra, a exigência de proteção dos menores e de grupos vulneráveis de jogadores, a reavaliação das regras de publicidade e promoção pública dos jogos e apostas, o presumível ou expectável volume da receita, assim como as prioridades para a sua aplicação, o imperativo de prevenção da fraude e do branqueamento de capitais e, muito importante, a revisão do modelo de regulação e fiscalização da atividade justificariam, porventura, entendemos nós, uma ampla e prévia discussão pública da matéria. Porém, um olhar atento facilmente concluirá que longe vive tal ideia, talvez porque politicamente inoportuna.

Referências

Alegria, A. “Os jogos de azar – Regulação e Problemática Social”, Edições Ex Libris, 2014

Pinheiro, J “A Lei do Jogo”, Almedina, 2006

Lei e Regulamentos:

Código do Penal de 1886

Decreto n.º 12 790, de 30 de Novembro de 1926

Decreto n.º 14 643, de 3 de Dezembro de 1927

Decreto n.º 21 804, de 29 de Outubro de 1932

Decreto n.º 26 860, de 3 de Agosto de 1936

Decreto n.º 36 890, de 29 de Maio de 1948

Decreto n.º 41 562, de 18 de Março de 1958

Decreto n.º 49 463, de 27 de Dezembro de 1969

Decreto Legislativo Regional n.º 30/1999/A, de 25 de Agosto

Decreto Legislativo Regional n.º 12/2000/A, de 20 de Maio

Decreto Legislativo Regional n.º 12/85/M, de 24 de Maio

Decreto Legislativo Regional n.º 19/96/M, de 12 de Agosto

Decreto-Lei n.º 48 912, de 18 de Março de 1969

Decreto-Lei n.º 134/71, de 8 de Abril

Decreto-Lei n.º 340/80, de 30 de Agosto

Decreto-Lei n.º 249/81, de 27 de Agosto

Decreto-Lei n.º 274/84, de 9 de Agosto

Decreto-Lei n.º 372/85, de 19 de Setembro.

Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro (versão original)

Alterações:

- Decreto-Lei n.º 98/2018, de 27 de Novembro (12ª versão)
- Lei n.º 49/2018, de 14 de Agosto (11ª versão)
- Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro (10ª versão)
- Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro (9ª versão)
- Decreto-Lei n.º 64/2015, de 29/04 (8ª versão)
- Decreto-Lei n.º 114/2011, de 30/11 (7ª versão)
- Lei n.º 64-A/2008, de 31 de Dezembro (6ª versão)
- Decreto-Lei n.º 40/2005, de 17/02 (5ª versão)
- Lei n.º 28/2004, de 16 de Julho (4ª versão)
- Decreto-Lei n.º 10/95, de 19/01 (3ª versão)
- Declaração de 30 de Dezembro de 1989 (2ª versão)

Decreto-Lei n.º 314/94, de 23 de Dezembro

Decreto-Lei n.º 275/2001, de 17 de Outubro

Decreto-Lei n.º 15/2003, de 30 de Janeiro,

Decreto-Lei n.º 83/2005, de 21 de Abril

Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de Abril

Decreto Regulamentar n.º 81/80, de 17 de Dezembro

Decreto Regulamentar n.º 56/84, de 9 de Agosto

Decreto Regulamentar n.º 73/86, de 23 de Dezembro

Decreto Regulamentar n.º 59/91, de 18 de Outubro

Decreto Regulamentar n.º 30/99, de 20 de Dezembro

Despacho n.º 32/83, de 30 de Março, do Secretário de Estado do Turismo

Despacho n.º 38/94, de 25 de Maio, do Secretário de Estado do Turismo

Resolução n.º 162/85, de 12 de Dezembro, do Governo Regional da Madeira

Resolução n.º 1 648/88, de 15 de Dezembro, do Governo Regional da

Madeira

Resolução n.º 121/2004, de 28 de Janeiro, do Governo Regional da Madeira

Resolução n.º 1 673/2005, de 12 de Maio, do Conselho do Governo

Regional da Madeira

Resolução do Conselho de Ministros n.º 69/81, de 17 de Março

Resolução do Conselho de Ministros n.º 10/91, de 31 de Janeiro

Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/94, de 28 de Abril

Resolução do Conselho de Ministros n.º 107/95, de 14 de Setembro

Resolução do Conselho de Ministros n.º 165/2001, de 22 de Novembro

THE IDEA OF SOVEREIGNTY AND THE CONSTITUTIONAL NATURE OF THE EU — A BENTHAMIC PERSPECTIVE

Sten Verhoeven

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Macau

Xiaobo Zhai,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: This article aims to demonstrate how Bentham's theory of sovereignty can be used to improve our understanding of the constitutional nature of the EU. According to Bentham, sovereignty is constituted by people's general obedience. He distinguishes between operative sovereignty and constitutive sovereignty. Whereas the latter is the supreme power by the exercise of which operative sovereignty is created and conferred, operative sovereignty is the supreme power by the exercise of which business is done. Bentham's theory allows him to explain the sovereignty of irregular political entities, in his time, the Holy Roman Empire, the United Dutch Provinces, and the Helvetic Confederacy. Although these were constituted by sovereigns, they have their own operative sovereignty because they are habitually obeyed by the subjects. Applied to the EU, this entails that although the Member States have constituted the EU, the EU is more than the pooled sovereignty of the Member States and has its own operative sovereignty. Finally, the article demonstrates that although the EU is an operative sovereign in its own right, this does not entail that it is unlimited by law. The EU's competence is limited by the foundational treaties, but this does not affect its operational sovereignty. Bentham introduced the distinction between laws in populum, laws directed at the subjects, and laws in principem, laws addressing the powers and competence of the sovereign, which are ultimately enforced by the public opinion. Consequently, operative sovereignty may well be limited by laws in principem. The article concludes that in accordance with Bentham's theory of

sovereignty and his distinction between laws in populum and laws in principem, the EU is a legally limited operative sovereign.

Key Words: EU, Sovereignty, Political Society, Disposition to Obedience

This article aims to demonstrate how Bentham's theory of sovereignty can be used to improve our understanding of the constitutional nature of the EU, a new and autonomous legal order,¹ which has eluded classification. We will advance and demonstrate the thesis that according to Bentham's theory of sovereignty, the EU is an operative sovereign that is legally constituted and limited. Consequently, we will argue that the EU legal order should not be regarded as derived from the pooled sovereignty of the Member States, but possessing its own sovereignty in the areas of competence that have been conferred upon it.

Section one of the article will first introduce Bentham's distinction between the operative sovereign and the constitutive sovereign; Bentham's theory of operative sovereignty focuses upon the disposition or habit of the people's obedience to the supreme authority, which is not limited to the state as typically understood. This section will argue that the supreme law-maker in the EU is such an operative sovereign, and that the EU is a political society in Bentham's sense in which the subjects, including the Member States, are disposed to obey the authority possessed and exercised by the law -maker in the EU in its areas of competence.

The second section will look into the exact structure of operative sovereignty in the EU and inquire whether the roles of the Member States undermine the operative sovereignty in the EU by elaborating upon the internal dynamics of the EU's legal order. Although the Member States are sovereign states in themselves, they are not sovereigns in the EU. In this respect, the role of the Member States within the EU is a complex one. Member States are involved in the constitutional operation of the EU in three types of capacity. First, they are constitutive sovereigns by means of having collectively decided to create the EU. Second, as members of the Council of the EU, the Member States participate in the EU law-making process, but they do not possess the law-making power exclusively, but only conjunctively with the European Parliament and European Commission.² Furthermore, the Council of the EU, although comprised of the Member States, is legally a separate entity.³ Third, Member States act as subordinate powerholders that implement EU law through their

1 ECJ, *Costa v. E.N.E.L.*, Case 6/64, Judgment, 15 July 1964, [1964] ECR 585.

2 At least in the ordinary legislative procedure: Article 294 Treaty on the Functioning of the European Union.

3 It is one of the institutions of the EU: Article 13 (1) Treaty on European Union; Article 16 Treaty on European Union.

national legislature and executive, and apply EU law through their national courts, as required by the principle of sincere cooperation.⁴ In addition, the European Court of Justice has the power to annul EU laws made by these EU institutions.⁵ As a result, we will defend that the operative sovereignty within the EU resides conjunctively with the EU institutions and not the Member States, thereby reinforcing the conclusion of section one that the EU is an operative sovereign in its own right.

Finally, in the third section, we will argue that the EU, as an operative sovereign, is also a constitutional sovereign, that is a legally limited sovereign. We will start by examining the nature of the norms that have the EU as subject. These norms are distinguished into norms that constitute the EU and norms that limit the power of the EU. The former, the constitutive norms, create the EU as the result of the exercise of the constitutive sovereignty of the Member States, but in this creating process the Member States do not stand above or impose limits upon the operative sovereignty of the EU. The latter, the limitative norms, can be characterized as norms that limit the operative sovereignty of the EU. Although the EU is a sovereign which is subordinate to nobody, it is bound by these norms which are applied and enforced by the European Court of Justice. In this way, the European Court of Justice becomes the supreme arbiter of the EU, which raises the question how the European Court of Justice, as an institution of the EU, can be held accountable for its interpretation and application of primary and secondary EU law. Drawing on Bentham's theory of laws *in principem*, we will demonstrate that the binding force of limitative norms ultimately depends on the tribunal of public opinion.

1. Bentham's description of a sovereign and the sovereign in the EU

Bentham developed a sophisticated theory of sovereignty, one which can adequately explain the irregular structure of sovereignty in political entities, such as the Holy Roman Empire, the United Dutch Provinces, and the Helvetic Confederacy. Therefore, his theory of sovereignty is potentially useful for improving our understanding of the constitutional nature of the EU, whose exact classification has puzzled many.

1.1. Bentham's notion of an operative sovereign

For Bentham sovereignty is a notion which is intrinsically associated

4 Article 4 (3) Treaty on European Union; Article 291 (1) Treaty on the Functioning of the European Union; K. Lenaerts and P. Van Nuffel, *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 688.

5 Article 263 Treaty on the Functioning of European Union.

with his idea of a state or political society. In his *Preparatory Principles*, a state is defined as ‘a number of persons accustomed or agreed to act in all things as a certain person or persons shall command’.⁶ In *Fragment on Government*, Bentham writes that a number of persons are in a political society when they ‘are supposed to be in the habit of paying obedience to a person, or an assemblage of persons, of a known and certain description (whom we may call governor or governors)’.⁷ Since the existence of a sovereign is the defining characteristic of a state or political society, Bentham also identifies what a sovereign is, that is ‘a person, or an assemblage of persons’ called ‘governor or governors’. In *Limits*, Bentham writes, ‘by a sovereign I mean any person or assemblage of persons to whose will a whole political community are (no matter on what account) supposed to be in a disposition to pay obedience: and that in preference to the will of any other person’.⁸ The sovereignty Bentham has in mind in these passages is that of operative sovereignty, which he distinguishes from constitutive sovereignty. Constitutive sovereignty is the supreme power by the exercise of which operative sovereignty is created and conferred. Operative sovereignty refers to the supreme power by the exercise of which obedience of individuals are called for and business is done.⁹ In Bentham’s view, the efficient cause of a sovereign’s power is the ‘supposed’ disposition or habit of subjects to obey, whereas the efficient cause of the power of all subordinate power-holders is the command or permission of the sovereign himself.¹⁰ A sovereign is therefore by definition effective. Constitutive power is different from operative power in that it does not give directions, nor does it reward or punish. Furthermore, operative sovereignty is the constantly exercised political and legal authority, whereas constitutive sovereignty is exercised at special moments.

Bentham’s operative sovereign has two related meanings. The first refers to the entire state apparatus, that is ‘the total assemblage of the persons by whom the several political operations ... come to be performed’.¹¹ This is the

6 Bentham, *Preparatory Principles*, ed. Douglas G. Long and Philip Schofield (Oxford, 2016), 434.

7 Bentham, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government (Comment/Fragment hereafter)*, ed. JH Burns and HLA Hart (London, 1977) 428.

8 Bentham, *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence (Limits hereafter)*, ed. Philip Schofield (Oxford, 2010), 42.

9 *The Works of Jeremy Bentham* (Bowring hereafter), published under the superintendence of his executor, John Bowring (Edinburgh, 1838-1843), vol. 9, 127; Bentham, *First Principles Preparatory to Constitutional Code*, ed. Philip Schofield, (Oxford, 1989), 6.

10 *Limits*, 42, 150n.

11 Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation (IPML hereafter)*, ed. JH Burns and HLA Hart (London, 1970), 196.

meaning Bentham has in mind when he writes that a sovereign is a governor or an assemblage of governors,¹² or that sovereign power, when exercised by rule, is divided into the legislative and the executive branches,¹³ or that several public trusts (including legislative, executive, and judicial) form subordinate branches of the sovereign power.¹⁴ The second meaning is the supreme branch or department of the state apparatus, that is some one person, or body of persons, whose office it is to assign and distribute to the rest their several departments, to determine the conduct to be pursued by each in the performance of the particular set of operations that belongs to him, and even upon occasion to exercise his function in his stead.¹⁵

In this sense, Bentham says that, in England, the sovereignty resides in a body made of King, Lords, and Commons.¹⁶ To use the word ‘sovereign’ to denote both the entire state apparatus and its supreme branch is potentially confusing, especially considering that it is an ‘evident’ truth for Bentham that ‘to impede or misdirect the operations of the sovereign may be to impede or misdirect the operations of the several departments of government’.¹⁷ In the end, for Bentham, all the powers of the various branches of the political state are derived from, or liable to be controlled by, the supreme branch. In what follows, a sovereign refers to the supreme branch of an operative sovereign, unless otherwise indicated.

1.2. The relative nature of an operative sovereign

A sovereign is constituted by the people’s disposition to obedience. This thesis leads to a disconformity between Bentham’s views and absolutist notions of sovereignty. According to Bentham, absolutist notions of sovereignty are too crude and simplistic to account for various real arrangements of sovereignty which are often highly sophisticated and refined. Bentham’s theory concerns facts or possibilities, and it aims to make sense of, and to do justice to, the complex reality of sovereignty in history.¹⁸ The people’s disposition to obedience is by nature ‘a

12 *Comment/Fragment*, 428.

13 *IPML*, 263.

14 *IPML*, 264.

15 *IPML*, 200; also *Preparatory Principles*, 84: ‘The supreme power in a state is that person, or those persons acting in a body, whose commands touching any matter all the rest of the persons in the state are in the habit of observing or enforcing, himself or themselves being commanded by none.’ For a brief discussion, see Schofield, *Utility and Democracy*, 225.

16 Bentham, *Constitutional Code*, vol. 1, ed. F Rosen and JH Burns (Oxford, 1983), 104.

17 *IPML*, 196.

18 See also Schofield, *Utility and Democracy* (Oxford, 2006), 230; Fred Rosen, *Bentham and Representative Democracy* (Oxford, 1983), 44.

term of relation':¹⁹ there is no explicit and determinate line between its presence and absence since it is relative to the fields of act, place, and time.²⁰ According to Bentham, if the time, the population, and the number of points of duty are given, a sovereign exists among the population when the number of acts of obedience is greater than that of acts of disobedience.²¹ A sovereign, even if omniscient,²² is by no means omnipotent and absolute.

Furthermore, sovereignty, in proportion to the scope and permanence of the disposition to obey or habit of obedience, may 'admitt of innumerable modifications' and be liable to 'much diversity and continual fluctuation'.²³ Being relative to place (the territoriality of the sovereign) and time is a plain feature of sovereignty.²⁴ However, and more importantly, Bentham advances that sovereignty is relative to the types of act regarding which subjects will obey the sovereign; with regard to different sorts of act, a man can be both superior and inferior, a sovereign and a subject, at the same time.²⁵ It follows from the idea of relative sovereignty that one person or set of persons may be sovereign in some cases, while another is as completely so in other cases.²⁶ Corresponding to the compartmentalized fields of human behavior, there may be more than one sovereign for the same people.

The truth of this unconventional view of Bentham's is made clear by real history. Bentham's abstract philosophy is highly sensitive to history and he especially emphasizes the value of concrete examples for building and understanding a theory: 'I rejoice always when I get hold of an example. By examples we are enabled to feel our way', when the abstract theory eludes our grasp.²⁷ The Holy Roman Empire, the United Dutch Provinces, and the Helvetic Republic are three examples that Bentham frequently and typically appeals to when developing his theory of sovereignty.²⁸ For the subjects in the different

19 *Comment/Fragment*, 261, 432-3. Oren Ben-Dor's *Constitutional Limits and the Public Sphere: A Critical Study of Bentham's Constitutionalism* (Oxford, 2000) has a chapter 'The Relativity and Plurality of Sovereignty', but it his use of the idea of 'relative' is rather different from mine.

20 *Comment/Fragment*, 432-3.

21 *Comment/Fragment*, 429-30.

22 *Comment/Fragment*, 484.

23 *Limits*, 92, 44n.

24 *Limits*, 42; *Comment/Fragment*, 434, 484.

25 *Limits*, 91-2.

26 *Limits*, 42.

27 *Comment/Fragment*, 204.

28 *Limits*, 42, 53; *IPML*, 200; *Comment/Fragment*, 489. For the constitutional details of the Holy Roman Empire, see Peter Schröder, 'The Constitution of the Holy Roman Empire After 1648: Samuel Pufendorf's

member or local political units, there might be more than one sovereign, none of which is absolute or exclusive.²⁹ The subjects in each member unit live under the sovereign of that unit in some cases, but they meanwhile live under a common sovereign together with the subjects of other member units in other cases of common concern.³⁰ This situation is described by Bentham as ‘sovereignties within sovereignties’.³¹ We will designate the sovereign of the member unit ‘member-sovereign’. A member-sovereign, in Bentham’s eyes, is an *imperium in imperio*. Contrasted with ‘the current notions’ of sovereignty, an *imperium in imperio* is irregular, but Bentham sees nothing monstrous within it. The people’s subjection to the member-sovereign and to the common sovereign, and the member-sovereigns’ subjection to the common sovereign, are respectively confined to particular fields of acts. The member-sovereigns and the common sovereign are sovereign or supreme only with reference to some fields of acts. Another illustration of this theory is American federalism, in which, according to Bentham’s description, a number of state-legislatures are ‘as to this or that point, or any number of points, supreme: not subordinate with relation to the [central] Legislature’; or in which there are ‘a number of Republics, each independent: in each of them the authority of the Legislature supreme, but agreeing to stand as to certain specified points, one or more, subordinate to a Central Legislature, the members of which shall be deputed from the several thus Confederated States’.³² As a corollary of the plurality of sovereigns, there might be more than

Assessment in his *Monzambano*, *The Historical Journal* 42 (1999), 961-83. Other examples that Bentham also mentions are the Roman Commonwealth (*IPML*, 200, 196) and the Achaean league (*Comment/Fragment*, 489). As to the Roman Commonwealth, see also Hart, *Essays on Bentham* (Oxford, 1982), 227; and Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic* (Oxford, 1999).

29 *IPML*, 200.

30 *Limits*, 53.

31 Bowring, vol. 4, 353. Besides, Bentham writes that the multitude of sovereigns over the same people, ‘may be consider’d as composing all together but one sovereign’. (*Limits*, 42, 91-2). Hart cannot understand ‘why, as Bentham states, they [the member sovereigns] may be considered as composing one sovereign although they never act together and their respective legislative powers are not derived from any law defining their scope.’ (Hart, *Essays on Bentham*, 233) Hart’s puzzle is not concerned with situations like the Swiss Cantons, the Dutch Provinces, or the United States of America, in all of which the Cantons or Provinces or States compose a collective sovereign by acting together in the field of action which is outside the authority of each Canton or Province or State. As to the German Empire, what Bentham means is, perhaps, that the German states are subject to the Emperor in some sorts of act or dimensions, perhaps cultural or spiritual, and thereby in these particular aspects, the German Empire as a political society does exist. It is unlikely that Hart is denying the statehood of the republic of Switzerland, the Netherlands, the German Empire, and the United States of America. So exactly what Hart is really puzzling about here is not easy to detect.

32 Bowring, vol. 9, 644-5. Bentham uses the word ‘federative’ interchangeably with ‘confederate’.

one source of law for the same individuals, who may thus live under more than one system of law. Bentham's view is that, depending upon people's disposition to obedience regarding different spheres of human action, there may be several distinct sovereigns on the same territory or for the same people, and therefore there may be more than one legal system operating within a particular political community, and directing the different actions of the same people or of different peoples on the same territory.

1.3. Operative Sovereignty and the EU

In light of Bentham's notion of operational sovereign, can the EU be regarded as such, similar to federated entities in line with the Holy Roman Empire, the United Dutch Provinces, and the Helvetic Republic? It is uncontested that the Member States of the EU have operational sovereignty, since they are independent states. However, those states have set up a legal person, the EU, which is based on its own legal system, separate from the legal systems of the Member States.³³ Furthermore, the Member States have bestowed the EU with its own competences, most of which are shared, but some of which are exclusive.³⁴ Furthermore, once the EU has acted in the field of a shared competence, the Member States lose the power to act to the extent the EU has acted.³⁵ In addition, due to the primacy of EU law, Member States will have to give priority to their obligations under EU over their national law, when the EU rule has direct effect.³⁶ Consequently, above the Member states of the EU is a separate entity, with its own legal system that has priority over the legal system of the Member States and with its own competence that has been conferred by the Member States upon the EU. Therefore, the EU, a special body, with its own powers over the Member States, may potentially constitute an operative sovereign. Whether this is the case depends on the obedience of the subjects of the EU.

The subjects of the EU are in the first place its Member States, since they derive rights and duties from the Treaty of Lisbon. The Member States have the guarantee that the EU can only exercise the powers which have been explicitly

33 Article 47 Treaty on European Union.

34 Articles 3-4 Treaty on the Functioning of the European Union.

35 Article 2 (2) Treaty on the Functioning of the European Union; ECJ, Case 22/70, *Commission v. Council (ERTA)*, 31 March 1971, [1971] ECR 263.

36 ECJ, Case 6/64, *Costa v. E.N.E.L.*, 15 July 1964, [1964] ECR 585; ECJ, C-573/17, *Criminal proceedings against Daniel Adam Popławski*, [EU:C:2019:530], para 53-68; Declaration (No. 17), annexed to Lisbon Treaty, concerning primacy, [2010] OJ C83/344.

or implicitly bestowed upon it,³⁷ and that these powers can only be exercised on the basis of the principle of subsidiarity and proportionality³⁸. The Member States have a duty to implement and enforce EU measures and to cooperate loyally with the EU.³⁹ Since the relationship between the EU and the Member States is one between different public authorities, similar to that between federated entities and the federal level, habitual obedience of the subjects is not secured through the use of police or military powers, but through legal means. In this regard, EU law provides for an action by the European Commission when a Member State does not comply with its obligations under EU law.⁴⁰ In such case, the European Commission may bring an action before the European Court of Justice to compel the Member State to cease its infringement of EU law. If after the judgment, the Member State continues to infringe EU law, the European Court of Justice may impose a lump sum or fines.⁴¹ Furthermore, habitual obedience is evidenced by the continued membership of the Member States in the EU. Unlike states, since the EU does not have its own police or military forces, it cannot coerce the member states to remain part of the EU. The Treaty of Lisbon even provides in its Article 50 for a procedure of leaving the EU. Hence, a Member State, which refuses to continue to obey the EU may always opt to leave it, such as is the case with the United Kingdom.

Besides the Member States, natural and legal persons are equally subject to EU law, unlike other international organisations. Although most of the time EU rules will be incorporated in the national law of the Member States, the EU legal system has established direct bonds with individuals. Firstly, primary EU law gives certain rights to nationals of Member States: each national of a Member State is equally a European citizen, with *inter alia* the prohibition of discrimination on the basis of nationality,⁴² the right to freely move and reside in other Member States,⁴³ and to vote and stand candidate for municipal elections and elections of

37 Article 5 (1)-(2) Treaty on European Union; ECJ, Case 22/70, *Commission v. Council (ERTA)*, 31 March 1971, [1971] ECR 263.

38 Article 5 (3)-(4) Treaty on European Union; Protocol (No. 2), annexed to the Lisbon Treaty, on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, [2010] OJ C83/206.

39 Article 4 (3) Treaty on European Union; Article 291 (1) Treaty on the Functioning of the European Union.

40 Article 258 Treaty on the Functioning of the European Union. Member States may also bring actions for infringement of EU law: Article 259 Treaty on the Functioning of the European Union.

41 Article 260 Treaty on the Functioning of the European Union.

42 Article 18 Treaty on the Functioning of the European Union; direct effect: ECJ, Case C-85/96, *Martinez Sala v. Freistaat Beieren*, 12 May 1998, [1998] ECR I-2691.

43 Article 21 Treaty on the Functioning of the European Union; direct effect: ECJ, Case C-413/99,

the European Parliament⁴⁴. In addition, economically active persons also benefit from the freedom of movement to work or establish themselves in other Member States.⁴⁵ Goods, services and capital (and payments) of economic actors may also move freely between the Member States.⁴⁶ All these freedoms have direct effect and can therefore be relied upon immediately by individuals.⁴⁷ Apart from these freedoms, the Charter of Fundamental Rights protects the rights of EU citizens against the EU (and the Member States acting within the scope of EU law).⁴⁸ Primary EU law equally provides for obligations primarily in the field of competition⁴⁹ and permits the EU to impose sanctions upon individuals and companies in the field of external action, for instance when they have links with terrorist organisations.⁵⁰ Secondly, secondary EU law equally creates rights and obligations for individuals. EU Regulations are directly applicable and do not require any transposition by the Member States, unless this is required.⁵¹ They

Baumbast and R. v. Secretary of State for the Home Department, 17 September 2002, [2002] ECR I-7091.

- 44 Article 22 Treaty on the Functioning of the European Union; implemented by: Council Directive 93/109/EC of 6 December 1993, laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and stand as a candidate in elections to the European Parliament for citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals, [1993] OJ L329/34; Council Directive 94/80/EC of 19 December 1994, laying down detailed arrangements for the exercise of the right to vote and stand as a candidate in municipal elections for citizens of the Union residing in a Member State of which they are not nationals, [1994] OJ L368/38.
- 45 Articles 45 and Article 49 Treaty on the Functioning of the European Union.
- 46 Goods: Article 28 and Articles 34-35 Treaty on the Functioning of the European Union; services: Article 56 Treaty on the Functioning of the European Union; capital and payments: Article 63 Treaty on the Functioning of the European Union.
- 47 Persons: ECJ, Case 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, 4 December 1974, [1974] ECR 1337; goods: ECJ, Case 26/62, *Van Gend en Loos NV v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 5 February 1963, [1963] ECR; services: ECJ, Case 33/74, *Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, 3 December 1974, [1974] ECR 1299; capital and payments: ECJ, Joined Cases C-163/94, C-165/94 and C-250/94, *Sanz de Lera and Others*, 14 December 1995 [1995] ECR I-4821.
- 48 Article 6 (1) Treaty on European Union; the EU has a general obligation to respect human rights, including those in the Charter: ECJ, Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P, *Kadi and Al Barakat International Foundation*, 3 September 2008, [2008] ECR I-6351, para. 284. For the duty of Member States to respect fundamental rights when applying EU law: ECJ, Case 222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15 May 1986, [1986] ECR 1651.
- 49 Articles 101-102 TFEU; ECJ, Case 127/73, *BRT v. SABAM and NV Fonior*, 27 March 1974, [1974] ECR 51; ECJ, Case 155/73, *Sacchi*, 30 April 1974, [1974] ECR 409.
- 50 Article 75 Treaty of the Functioning of the European Union; Article 215 (2) Treaty of the Functioning of the European Union.
- 51 Article 288 Treaty on the Functioning of the European Union; ECJ, Case 34/73, *Fratelli Variola S.p.A.*

therefore may directly create rights and duties for individuals. More complicated is whether individuals may derive rights and obligations from Directives, the most common means of EU legislation, since Directives only state the objectives that the Member States have to achieve, but give the Member States the discretion on how to achieve these objectives.⁵² Nonetheless, Directives can be directly relied upon by individuals against Member States when the Member States have failed to timely or correctly implement them.⁵³ Consequently, individuals are also subjects of the EU law, which in certain competences acts as the law of their operative sovereign.

2. Structure of the operative sovereignty of the EU

Sovereignty, according to Bentham, can be divided or distributed among different branches, and shared conjunctively by different bodies.⁵⁴ The holders of different branches of the sovereignty are not sovereigns in and by themselves: they each constitute part of a conjunctive sovereign. Bentham illustrated this point in his explanation of an institutional arrangement which anticipated the American judicial review, which was only articulated twenty-seven years later by John Marshall in *Marbury v. Madison*. That arrangement gives judges the power to annul the legislator's acts, and thereby, according to Bentham, transfers 'a portion of the supreme power' to the judges. Some might suggest that this arrangement transfers at once the supreme authority from the legislator to the judges, but Bentham disagrees, and argues that 'this would be going too far on the other side', because what is transferred is a negative power and the transfer is done upon reasons given, which is widely different from and much inferior to the positive power of making a law. In the power distribution represented by this arrangement, Bentham claims, sovereignty is not reposed in any one body of persons: the constantly exercised power of legislating is possessed by the legislator, the occasionally exercised power of judging the legislator and of executing the

v Amministrazione italiana delle Finanze, [1973] ECR 981. IF the Regulation has direct effect, i.e. is clear and precise and not leaving any margin of discretion for the authorities, it may also be invoked by individuals against other individuals: ECJ, Case C-253/00, *Antonio Muñoz y Cia SA en Superior Fruiticola SA tegen Frumar Ltd en Redbridge Produce Marketing Ltd.*, [2002] ECR I-7289.

52 Article 288 Treaty on the Functioning of the European Union.

53 ECJ, Case 41/74, *Van Duyn v. Home Office*, 4 December 1974, [1974] ECR 1337; however an incorrectly or untimely implemented Directive cannot be invoked against other individuals: ECJ, Case 152/84, *Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*, 26 February 1986, [1986] ECR 723; ECJ, Case C-91/92, *Faccini Dori v. Recreb Srl*, 14 July 1994, [1994] ECR I-3325.

54 *Comment/Fragment*, 485; *IPML*, 263-264n; *Limits*, 91-2.

judgment, is possessed by the judiciary. ‘The sovereignty’, points out Bentham, ‘would not be exclusively in either: it would be conjunctively in both.’⁵⁵

Whereas Bentham in the first place considered habitual obedience to various sovereigns for different parts of human activities, the EU is not similar in this respect. The EU was set up by states which have operative sovereignty over human activities in their territories. The Member States through the exercise of their own operative sovereignty nevertheless decided to collectively bestow operative sovereignty on another entity for certain areas of human activities. In return, they are extensively involved in the functioning of the EU, this involvement, however, does not necessarily undermine the operative sovereignty of the EU. This would only be the case if the Member States would have the sole decision-making power which they exercise collectively and by consensus. In such instance, the operative sovereignty of the EU would merely be a chimera, a thin veil behind which the Member States would hide the collective exercise of their operative sovereignty.

The role of the Member States in the EU is important, but this by no means undermines the operative sovereignty of the EU. The Member States are represented in two institutions of the EU: the European Council and the Council.⁵⁶ The European Council decides by consensus, but can in principle not take any legislative action;⁵⁷ rather it is a body in which the Member States set out political guidelines, appoint important EU functionaries, and, on occasion, settle political disputes between themselves.⁵⁸ However, legally binding decisions are made by the Council, in principle according to the ordinary legislative procedure.⁵⁹ Yet, in the legislative procedure, the Council is only one institution in the process of law-making and has to act together with the Commission and the European

⁵⁵ *Limits*, 91n; see also *Comment/Fragment*, 488.

⁵⁶ Article 15 (2) Treaty on European Union; Article 16 (2) Treaty on European Union.

⁵⁷ Article 15 (1) Treaty on European Union. The European Council generally makes non-binding resolutions, but may on occasion make binding decisions, especially in the area of the Common Foreign and Security Policy: Article 22 (1) Treaty on European Union (‘decisions of the European Council shall be implemented’). See also: Article 26 Treaty on European Union.

⁵⁸ Article 15 (1) Treaty on European Union; more specifically: Article 68 Treaty on the Functioning of the European Union; Article 121 (2) Treaty on the Functioning of the European Union; Article 148 (1) Treaty on the Functioning of the European Union; Article 22 (1) and Article 26 (1) Treaty on European Union; Article 31 (2) Treaty on European Union; Article 48 Treaty on the Functioning of the European Union; Article 83 (2)-(3) Treaty on the Functioning of the European Union; Article 86 (1) Treaty on the Functioning of the European Union; Article 87 (3) Treaty on the Functioning of the European Union.

⁵⁹ The major exception to the ordinary legislative procedure is the Common Foreign and Security Policy, where the European Parliament and the Commission have a reduced role. The European Court of Justice equally does not jurisdiction over this competence: Article 24 Treaty on European Union.

Parliament. It is the Commission that has the sole right to initiate law-making procedure by presenting a proposal to the European Parliament. If the European Parliament has approved the proposal by simple majority, the Council has to adopt it by a qualified majority of votes. If in the first reading the Council does not accept the proposal, as accepted by the European Parliament, both the Council and the European Parliament must in a second or third reading pass the proposal. If there is no simple majority in the European Parliament in favour of the proposal, or the qualified majority of votes cannot be reached in the Council, the proposal will not be adopted.⁶⁰ From this brief overview, it is clear that the Member States, through the Council, do not have the sole sovereignty in making laws, but have to share this power with the Commission, the initiator of the legislative process, and the European Parliament. Hence, the law-making branch of sovereignty is exercised by the Council, European Parliament, and the Commission conjunctively. In any event, the Council cannot be equated with the Member States, but is a separate EU institution.⁶¹ This is evidenced by the possibility of the Member States to bring a legal action against the Council, both of which can be supported by other Member States.⁶²

The Member States are equally involved in the implementation and enforcement of EU law through their administration and courts. Although the Member States have a certain discretion in implementing and enforcing EU law, at least for Directives,⁶³ they are under an obligation to faithfully and loyally execute EU law.⁶⁴ In this regard, Lenaerts and Van Nuffel refer to the relation between the Member States and the EU as *Vollzugsföderalismus*, i.e. executive federalism.⁶⁵ When they fail to implement or execute EU law adequately, the Commission may start an action against them for their infringement of EU law.⁶⁶ In addition, every individual or legal person may ask a national tribunal or court for a preliminary ruling on the issue whether EU law has been correctly transcribed into national legal systems.⁶⁷ If the European Court of Justice finds that this is not the case, the national court will have to apply EU law due to its primacy. Consequently,

60 Article 294 Treaty on the Functioning of the European Union.

61 Article 13 (1) Treaty on European Union; Article 16 Treaty on European Union.

62 Article 263, para. 2 Treaty on the Functioning of the European Union; Article 265, para. 1 Treaty on the Functioning of the European Union.

63 Article 288 Treaty on the Functioning of the European Union.

64 Article 4 (3) Treaty on European Union; Article 291 (1) Treaty on the Functioning of the European Union.

65 K. Lenaerts and P. Van Nuffel, *European Union Law*, London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 688.

66 Article 258 Treaty on the Functioning of the European Union.

67 Article 267 Treaty on the Functioning of the European Union.

in exercising their power to implement and execute EU law, the Member States act as subsidiary authorities under the supervision of the Commission and the European Court of Justice.

Finally, with regard to the branch of the judiciary, it is the European Court of Justice which has the sovereignty, as the principal judicial body of the EU. The European Court of Justice settles all legal disputes between the EU institutions, between the EU institutions and the Member States. Furthermore, although EU law is applied by national courts and administrations in situations involving individuals and legal persons, the European Court of Justice guarantees the consistency of EU law in the different Member States through the mechanism of the preliminary ruling. It also hears appeals on points of law from the General Court, which focuses on annulment procedures launched by individuals.⁶⁸ Hence, it is the European Court of Justice which has the final authority in the judicial branch.

To conclude, the overview of the three different functions traditionally associated with sovereignty, that is, the legislative, executive and judicial function, demonstrates that the operative sovereignty of the EU is conjunctively exercised by the European Parliament, Council, Commission and the European Court of Justice, with the Member States playing an important role in all three branches, but not the exclusive or even primary role.

3. The EU as a limited operative sovereign

Although the previous sections have demonstrated that the EU is an operative sovereign, the EU was constituted as an entity with various legal limitations: it has to respect primary EU law, i.e. the treaties upon which it was founded, which includes the cardinal principle of conferral of powers and the fundamental rights of individuals, and it also has to respect the rule of law.⁶⁹ Consequently, two issues arise. Firstly, since the Member States have created the EU, with all its limitations, and have the power to amend the EU treaties,⁷⁰ should they not be considered the operative sovereign, considering they have the power to terminate the EU, or less drastically to change the EU? Secondly, if the EU is nonetheless the operative sovereign, how can it be limited by law? For Bentham law was characterized by sanctions to guarantee the obedience of its subjects. However, an operative sovereign cannot sanction itself for its infractions against the limitations imposed on it, which raises the question whether constitutional law is law.

⁶⁸ Article 256 (1) Treaty on the Functioning of the European Union.

⁶⁹ For the values on which the EU is founded: Article 2 Treaty on European Union.

⁷⁰ Article 48 Treaty on European Union.

Bentham's theory on sovereignty hints at answers to these conundrums. In the course of writing *Limits*, Bentham introduced the distinction between laws *in populum* and *in principem*. The ordinary sort of laws, i.e. laws having inferiors as passible subjects, is termed laws *in populum*. Laws *in principem* are 'laws to which no other persons in quality of passible subjects can be assigned than the sovereign himself', and they are classified as the 'transcendent class of laws'.⁷¹ Laws *in principem* therefore 'prescribe to the sovereign what *he* shall do: what mandates *he* may or may not address to *them* [the subjects]; and, in general, how he shall or may conduct himself towards them'.⁷² The distinctiveness, or 'the essential and characteristic feature' of laws *in principem* consists in 'the quality of the parties who are respectively bound by them'. They are addressed to, and impose obligations on, the sovereign: 'either the sovereign himself who issues them, (the sovereign for the time being) or to his successors, or (what is most common) to the one as well as to the other.' For the sovereign-issuer himself, laws *in principem* may be termed *pacta regalia* or royal covenants; for his successors, recommendatory mandates.⁷³ On laws *in principem* 'the people found what are called their liberties'.⁷⁴ They comprise 'privilèges réservés ou accordés à la masse originaire de la nation: comme liberté de conscience, liberté de culte, droit de port d'armes, droit de confédération, etc'.⁷⁵ 'In this respect they are like treaties with foreign powers ... They are a sort of treaties with the people.'⁷⁶ Bentham's examples of laws *in principem* include: the Magna Carta, the Bill of Rights, the American charters by the British Parliament, the Act of Union; the Act of Mediation of 1738 imposed on Geneva by Bern, Zurich and France, which served as the constitution of Geneva until 1782, the Treaties of Westphalia of 1648, part of which served as the constitution of the Holy Roman Empire until 1805; the arrangement regulating the relation between the *Pays d'Etats* and the central government under the *Ancien Régime* in France.⁷⁷ Laws *in principem* are law, although their sanction is different from the sanction of laws *in populum*. They have binding force from moral and religious sanction and they therefore can be effectual. The sovereign as the maker or the covenantor, and the moral and religious sanction as the guarantee of its binding force, combine

71 *Limits*, 86, 256.

72 *Limits*, 86.

73 *Limits*, 86-90, also 256.

74 *Limits*, 252-6.

75 Uc xxxiii 79, quoted in JH Burns, 'Bentham on Sovereignty: an Exploration', in *Bentham and Legal Theory*, published by *Northern Ireland Legal Quarterly* (1973), ed. MH James, 144.

76 *Limits*, 38; 39.

77 *Limits*, 93, 266-7; *Comment/Fragment*, 488-489.

to make directives *in principem* laws: ‘without the covenantor, there would be no law at all; without the guarantee ... none that *can be* effectual. The law, then, may in strictness be consider’d as the work of both: and, therefore, in part, of either’.⁷⁸ Since religious sanctions are not likely in contemporary polities, moral sanction is the more likely sanction, which is manifested through public opinion.

Bentham’s distinction between laws *in populum* and laws *in principem* have generated much debate and he has not always been clear regarding whether laws *in principem* are laws. Despite this, some tentative extrapolations may be drawn from the notion of laws *in principem*. First, from the examples adduced by Bentham, it is clear that the creators of a constitution of a polity may not be the operative sovereign thereof. The Treaties of Westphalia of 1648 had constitutional significance for the Holy Roman Empire, but this does not entail that the parties to these agreements, which included France, Spain, the Dutch Republic, and Sweden, were the operative sovereign of the Holy Roman Empire. More contemporary examples strengthen this point: Switzerland, the United States, Germany, ... were all the results of confederations and federations between sovereign entities, but this does not entail that these entities are the operative sovereign in these states. Similarly, although the EU was created by the Member States, it does not lead to the conclusion that they are therefore the operative sovereign. Second, the existence of laws *in principem* do not undermine the existence of an operative sovereign in a given polity. Hence, although the EU is a limited sovereign, it still has operative sovereignty in certain competences. Third, the guarantee of respect for laws *in principem* lies ultimately with the censure of public opinion. At first glance, this seems not the case in the EU, in which the European Court of Justice plays a crucial role in guarding against overstepping EU law by the institutions and the Member States. EU acts that are not based on primary EU law will be annulled so that there is a legal sanction against violating the laws *in principem* of the EU. Yet, this raises the perennial question: ‘sed quis custodiet ipsos custodes’? The European Court of Justice is the supreme arbitrator, but how can this supreme arbitrator held in check the interpretations which would undermine the political compromises upon which the EU was founded? In the end, this can only be the public opinion of the European citizens. Through their Member States or through the European Parliament that represents them, the public may put pressure in order for them to propose amendments to the Treaties and to counter judgments of the European Court of Justice which are deemed to have unduly applied EU law.

78 *Limits*, 90.

4. Conclusion

The paper has demonstrated that according to Bentham's theory on sovereignty and his distinction between laws *in populum* and laws *in principem*, the EU is a political society created by its Member States and maintained by its subjects' disposition to obey its laws made by its own institutions. Although the Member States of the EU have created the EU, and may also terminate it, they do not have operative sovereignty above the EU. Therefore, it is not the Member States that collectively have sovereignty. Rather, by giving up and pooling their sovereignty, they have constituted a new operative sovereign with its own powers and competences. In return, the Member States play an important role in the functioning of the EU, but have to share their power with other institutions, which conjunctively form the operative sovereign. Although the EU has its own operative sovereignty, it does not follow that it is not legally limited. In line with Bentham's notion of laws *in principem*, the EU is limited by its own laws, the binding force of which finally depends upon the tribunal of public opinion.

ANÁLISE DO REGIME JURÍDICO DO DIVÓRCIO LITIGIOSO EM MACAU NOS ÚLTIMOS VINTE ANOS: RUPTURA IRREMEDIÁVEL E DIVÓRCIO SEM CULPA

Jiang Yiwa*

Assistente Eventual, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: De acordo com a lei, ambos os cônjuges têm direitos e deveres iguais dentro do casamento, que incluem os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência, podendo qualquer dos cônjuges pedir a dissolução do casamento se o outro violar culposamente aqueles deveres. Embora a Lei da Família (Livro IV do Código Civil de Macau) de Macau não preveja, de forma expressa, o direito ao divórcio, podemos subentender esse direito pela conjugação dos artigos 25.º, 38.º e 41.º da Lei Básica de Macau que consagram o direito à liberdade de todos os cidadãos. O divórcio litigioso encontra-se regulado entre os artigos 1635.º a 1648.º do Código Civil de Macau, que prevêm os requisitos para o mesmo, a culpa de um dos cônjuges ou a ruptura da vida em comum, o que significa que se uma das partes não tiver violado os seus deveres conjugais nem se verifique qualquer outra razão como a ruptura da vida em comum devido a circunstâncias cruciais (ex.: a separação de facto por 2 anos consecutivos), a outra não pode recorrer ao divórcio litigioso para dissolver o casamento, podendo somente divorciar-se por mutuo consentimento, o que muitas vezes não se verifica. Situação esta que conflita com os princípios de uma sociedade governada pelo Direito em que a liberdade constitui um dos seus princípios basilares. Para que se constitua um sistema equilibrado, são necessárias normas que balancem tanto

* Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutoranda em Direito Público pela mesma Faculdade. Actualmente é Assistente Eventual da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e também Coordenadora do Programa de Introdução ao Direito de Macau da mesma Faculdade. Principais áreas de pesquisa: Direito Ambiental, Direito Administrativo, Direito Processual Administrativo, Direito da Família, Direito das Sucessões e Direito Fiscal. Advogada inscrita em Macau. O presente artigo foi originalmente escrito em Inglês, em Agosto de 2019, com tradução para a língua portuguesa feita por Helena Lopes, estudante do Mestrado em Direito em Língua Portuguesa.

a liberdade individual, como o objectivo de protecção da instituição família.

Palavras-Chave:

Casamento; liberdade, divórcio; ruptura; divórcio litigioso; divórcio litigioso sem culpa; Código Civil de Macau; Lei Básica de Macau.

Parte I. Breve Introdução ao Regime do Divórcio Litigioso em Macau

Um provérbio tradicional chinês diz que é preferível derrubar dez templos, do que destruir um casamento. A importância atribuída aos valores familiares por detrás desta frase, constitui o alicerce fundamental do Confucionismo que defende uma forte protecção (quase obstinada e conservadora) à cultura tradicional chinesa, no que toca à relação estabelecida entre um homem e uma mulher, pelo casamento. Na verdade, o casamento enquanto sistema que consiste em estabelecer relações especiais entre duas pessoas é a personificação da emoção, dos princípios éticos¹ e da eficácia de relações jurídicas duradouras. Nas sociedades modernas regidas pela lei, o efeito directo do casamento consiste em estabelecer restrições e protecção legal aos cônjuges no casamento. Qualquer violação dos deveres legais e direitos terá as correspondentes consequências previstas na lei. Desde que observados os requisitos legais, todos têm a liberdade de contrair matrimónio. Ambos os cônjuges têm iguais direitos e obrigações. Devem amar, assistir, respeitar, cooperar e serem

1 No campo da sociologia, o relacionamento entre as pessoas pode ser dividido em relacionamento de nível primário e relacionamento de nível secundário. O relacionamento de nível primário ocorre dentro de um grupo primário, relativamente pequeno e multifuncional e é um relacionamento emocional e pessoal. A família é o grupo de nível primário mais comum. A manutenção das relações de nível primário é baseada principalmente em hábitos, costumes, ética, moralidade e consciência de grupo. Quando surgem conflitos, o processo pode não resolver o problema de forma eficaz. Mas é precisamente porque a normalidade das relações familiares geralmente depende do ajuste interno da ética e da moralidade, logo, quando a relação é constituída e dissolvida, a intervenção do poder estatal torna-se necessária apenas para regular tais relações e proteger a parte vulnerável de forma adequada. As relações de nível secundário ocorrem em grupos sociais secundários. Os membros reúnem-se para determinados fins específicos. Eles relacionam-se uns com os outros, por meio de regras e regulamentos claros. Quando surgem disputas, é mais provável que sejam resolvidas através do processo. Portanto, algumas pessoas também consideram os direitos no âmbito do direito da família (incluindo os direitos dos cônjuges) como um tipo de direito que goza de uma protecção fraca, e de difícil reparação. Vide Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, I, pp.155 ss, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Manuel Trigo, Lições de Direito da Família e das Sucessões, vol. I, pp.173 ss, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016; David Popenop, Sociology, pp.172 ss, China Renmin University Press, 1999; Zhan Wei, The Legal Philosophy of Marriage and Family Harmony, in Hebei Law Science, pp. 47 ss, 2009, n.º 5.

leais um ao outro. Uma vez casados, devem manter a integridade e harmonia do casamento. Contudo, é também inegável que, sob os princípios da igualdade e da liberdade, cada um dos cônjuges pode livremente decidir pela dissolução do casamento. A liberdade de divórcio é um princípio legal universal, adoptado pela generalidade dos países². Uma vez que rachaduras irreparáveis surgem na vida comum, nenhum dos cônjuges tem a obrigação de relutantemente preservar a relação, contra a sua própria vontade. A protecção conferida pelo direito de requerer o divórcio inclui igualmente a protecção do direito e a liberdade de cada um dos cônjuges de casarem de novo, após o divórcio.

No entanto, a liberdade não pode existir isoladamente, pois não se trata de uma liberdade pessoal e egoísta. A liberdade deve ser exercida, respeitando os limites da igualdade e da justiça³. Isto é, o limite da liberdade é a justiça. Para garantir a justiça, a liberdade nunca pode existir sem limites. Ela está sempre acompanhada de responsabilidade e limitações⁴. Portanto, por detrás da liberdade

-
- 2 Divórcio é parte integrante da relação familiar. É o casamento que cria o divórcio, com o intuito de resolver problemas da vida familiar, e todos gozam do direito de contrair novo matrimónio, depois do divórcio. Quanto aos fundamentos, procedimentos e a eficácia do regime jurídico do divórcio, parte da discussão centra-se no equilíbrio entre a liberdade, a equidade e a justiça em causa, especialmente quando a implementação do regime de divórcio sem culpa tem se popularizado gradualmente em vários países, a discussão sobre a sua relevância legal e social torna-se mais proeminente. Na sociedade moderna, pese embora poucas pessoas discordem do princípio da liberdade de divórcio, há diferentes opiniões sobre se e como limitar tal liberdade. Ver Yang Da Wen, *Marriage and Family Law*, China Renmin University Press, 2001; Xia Yin Lan, *Research on Divorce Equity Mechanism*, in *Journal of China Women's College*, Volume 16, N.º 5, 2004, pp. 30 ss; *Freedom and Restriction of Divorce*, China University of Political Science and Law Press, 2007; *The American Modern Marriage and Family System*, China University of Political Science and Law Press, 1999; Zhang Xian Yu, *The Evaluation and Enlightenment of the Reform of Contemporary Foreign Divorce Law*, in *China Legal Science*, N.º 3, 1991, pp. 106 ss; William Josiah Goode, *The Change Of Divorce Patterns Around The World* (translated by Chen Yi Jun), in *Sociological Research*, N.º 3, 1993, pp. 105 ss; *And Family Sociology* (traduzido por Wei Zhang Ling), Laureate Press, 1988.
 - 3 Ver Edmund Burke, Chiang Ching, Wang Rui Chang, *Freedom and Tradition*, traduzido por Wang Tian Cheng, Laureate Press, 2004, pp. 113 ss. Ao mesmo tempo, sob a premissa de garantir que cada indivíduo possa gozar do direito de liberdade e da igualdade, os fortes têm a responsabilidade de dar aos fracos uma compensação básica, para que tenham a oportunidade de participar na competição social. Apenas quando os princípios da liberdade e da diferença são combinados, podemos dizer que uma sociedade é justa. Veja John Rawls, *Justice Theory*, traduzido por Li Shao Jun, Du Li Yan, Zhang Hong, Laureate Press, 2003 (Ver através: iRead eBooks).
 - 4 Friedrich August Von Hayek apontou que a responsabilidade é parte integrante da liberdade, o que pode ajudar as pessoas a determinar os deveres e, portanto, determinar se a sanção é aplicável ou não, o que constitui uma limitação à liberdade de acção das pessoas. Ver Hayek, *Principle of Free Order* (volume 1), traduzido por Deng Zheng Lai, SDX Joint Publishing

de divórcio, ainda existem pressupostos legais que precisam ser preenchidos. O ponto de partida para limitar a liberdade de divórcio através da lei, é proceder à uma análise cuidadosa, especialmente quando estiverem em causa os efeitos sociais do divórcio, o direito individual absoluto de liberdade torna-se ainda mais perigoso. Por isso, o princípio contra o divórcio precipitado é basicamente o foco das leis de divórcio em quase todos os países. Quase todos os países procuram um equilíbrio entre a liberdade e o limite, conforme as suas próprias tradições jurídicas e normas sociais.

Por razões históricas, a profunda influência do Direito Português⁵ pode ser vista por toda a parte no sistema jurídico de Macau. Contudo, o Direito de Macau tem princípios e normas específicas, concebidas para se adequarem às condições locais pois, antes do regresso de Macau à China Continental, foi iniciada a reforma das leis de Macau, efectuada de forma sistemática, pelo que várias leis de Macau divergiram das de Portugal. Todavia, em termos gerais, a relação de maternidade (ou de irmandade) entre o Direito de Macau e o Direito Português é bastante óbvia. O regime legal do divórcio litigioso serve como exemplo.

O actual Código Civil de Macau entrou em vigor em 1 de Novembro de 1999. Até então, aplicava-se o Código Civil Português de 1966. Comparado com o direito pretérito, o Código Civil de Macau, após o regresso à China Continental, foi alterado para um sistema que mais se adequava à realidade de Macau. No entanto, no que toca ao regime jurídico do divórcio, não se verificou uma alteração estrutural em relação às disposições do direito pretérito. Não existe o chamado sistema de ruptura como procedimento para o requerimento do divórcio⁶ no actual regime do divórcio de Macau, onde se adopta um sistema

Company, 1997, pp. 89 ss.

5 Relativamente à história do sistema jurídico de Macau, a relação entre o Direito de Macau e o Direito Português, a sua origem histórica e situação actual, consultar António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, escrito por António Manuel Hespanha, traduzido por Chao Im Peng / Cheong Weng Chon, Fundação Macau; *The Selection of Studies in Humanities and Social Sciences of Macau. History*, (Editores-in-Chief: Wu Zhi Liang, Lin Fa Qin, He Zhi Hui), Social Sciences Academic Press (China), 2010; Tong Io Cheng, *The Way Of Legal Development In Macao: Exploring The Legal Ideal Of One Country, Two Systems In the Puzzlement Of Post-Colonialism In Macao*, in *Collection Of Legal Development Seminars Of Four Places Across The Taiwan Straits In 2014*, pp. 213 ss., Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica; Liu De Xue, *Considerações sobre as estratégias da reforma jurídica de Macau e do desenvolvimento do Direito no contexto do princípio “um país, dois sistemas”*, *Revista da Administração*, N.º 102, pp. 997 e ss., 2013; Wei Shu Jun, *From Legal Culture to Rule Of Law Culture: Changes of Macao’s Legal Culture Before and After the Return*, in *Journal of China Executive Leadership Academy Pu Dong*, Volume 11, N.º 5, pp.126 ss., 2017.

6 Antes de requerer o divórcio, o casal deve estar separado por um certo período de tempo. Somente após o período da separação, caso não houver esperança de continuar o casamento, um

de divórcio dualista, o divórcio por mútuo consentimento e o divórcio litigioso, que estão em conformidade com o disposto no Código Civil Português^{7 8}. Os

dos cônjuges pode requerer o divórcio. O período de separação funciona, neste sistema, como fundamento do pedido de divórcio.

- 7 Código Civil Português (versão chinesa), traduzido por Tong Io Cheng etc., Peking University Press, 2009; e: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.
- 8 No passado, o divórcio foi proibido por gerações. O Catolicismo proibiu o divórcio em muitos países, ou forçou o governo a repeti-lo quando as políticas do governo. A lei portuguesa não permitia o divórcio até 1910. O Código Civil Português de 1867 apenas permitia a divisão de tarefas entre marido e mulher. Somente em 1910 o regime de divórcio foi introduzido. (Ver Diário do Governo, n.º 26, de 4 de Novembro de 1910, a lei do divórcio promulgada em 3 de Novembro, que foi considerada a lei do divórcio mais liberal daquela época. Paralelamente, Portugal tornou-se também o segundo país a permitir o divórcio consensual em 1910 no continente europeu, após a Noruega (1909). Embora este regime tenha sido criticado como retrógrado em 1940, por causa da imposição de que o casamento católico não podia ser dissolvido, o facto é que em 1910 o sistema foi um pioneiro. A Lei do Divórcio Portuguesa de 1910 permitia que o divórcio fosse requerido por factores subjectivos ou objectivos. Caso se tratasse de um factor subjectivo, era necessário identificar o cônjuge culpado, por adultério, ofensa grave, abandono da casa de morada da família por não menos que três anos, etc. O pedido de divórcio podia ser feito a qualquer momento após o casamento e não havia exigência legal da duração mínima do casamento ou do tempo mínimo de separação, mas o demandante devia requerer a regulação do exercício do poder parental para os filhos menores. Pelo contrário, se a base do divórcio litigioso fosse um factor objectivo, não era necessário identificar a culpa. Por exemplo, o facto de um dos cônjuges se separar por dez anos consecutivos com o consentimento do outro, ou não ter notícias há pelo menos quatro anos. Neste caso, a possibilidade de intentar a acção de divórcio era mais restrita do que no anterior e exigido um tempo mínimo de duração do casamento. O Código Civil Português, promulgado em 1966, manteve a previsão de que o casamento religioso não podia ser dissolvido, após a alteração do Código Civil em 1940. Ao mesmo tempo, eliminou os factores objectivos dos fundamentos da dissolução do casamento civil. Passou a permitir que o divórcio fosse requerido apenas por factores subjectivos claramente prescritos pela lei. É um típico sistema de divórcio sanção. Esta situação perdurou até à promulgação do Decreto n.º 261/75, de 27 de Maio de 1975, que reabriu a porta ao processo de divórcio por motivos objectivos e passou a permitir a dissolução dos casamentos católicos. Dois anos depois, o Código Civil Português de 1966 foi submetido a outra reforma (Reforma de 1977, DL n.º 496/77, de 25 de Novembro) e mais uma vez acolheu os factores objectivos e subjectivos como fundamentos para requerer o divórcio. Em 1998, após a promulgação da Lei n.º 47/98, o tempo limite para intentar a acção de divórcio foi alargado. Ao mesmo tempo, foi consagrado que o divórcio deveria ser declarado no processo de divórcio se o réu não tivesse imposto qualquer objecção e a separação de facto tivesse durado um ano. De facto, desde a Reforma do Código Civil em 1977, tem havido uma tendência para diminuir o “divórcio de drama/tragédia” em Portugal, o que evidencia a importância de factores objectivos no processo de divórcio. Com a influência e referência dos sistemas jurídicos de outros Países Europeus e a convergência e substituição de várias teorias no âmbito do Direito Civil Português, a Lei n.º 61/2008, promulgada em 2008, finalmente acolheu o regime de divórcio sem culpa. Cf. Eduardo dos Santos, *Do Divórcio, Suas Causas, Processo e Efeitos*, 2ª Edição, ELCLA, Almedina & Leitão, Lda., 1998, pp. 61 ss;

mesmos consistem igualmente nos dois regimes paralelos de divórcio comumente adoptados pela maioria dos países. Por uma questão de limitação do tema e do espaço, o presente artigo debruça-se principalmente sobre as questões jurídicas relativas ao divórcio litigioso.

Tradicionalmente, o modelo de divórcio em Portugal e em Macau pode ser caracterizado em três modalidades: 1) modelo sanção; 2) modelo ruptura do casamento⁹ e 3) modelo remédio; e, cada modelo tem seus próprios defensores¹⁰.

A culpa é a palavra-chave no modelo de divórcio-sanção. Em geral, acredita-se que o divórcio é a sanção pela culpa de um dos cônjuges. É uma sanção imposta pela lei ao cônjuge culpado, pela violação culposa dos deveres conjugais. O objectivo desta sanção é penalizar a parte culpada e proteger os direitos e interesses legítimos da outra parte, através do processo de divórcio. De acordo com esta teoria, como penalização ao cônjuge culpado, o divórcio litigioso só pode ser interposto pela parte não culpada.

O segundo modelo é o modelo de divórcio-constatação da ruptura do casamento. Segundo esta teoria, o foco do processo de divórcio não são as palavras e os comportamentos dos cônjuges, mas sim o facto de ambos os cônjuges estarem na situação de impossibilidade de manterem o casamento e a vida em comum estiver terminada. Esta situação pode ser causada por qualquer um dos cônjuges ou, em alguns casos, pelo cônjuge que requer o divórcio. Ou seja, não importa qual dos cônjuges é responsável ou se há culpa, o único factor objectivo a ser considerado no processo de divórcio é a impossibilidade de manter a vida em comum. Entretanto,

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Fêria de Almeida, E Foram Felizes Para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Coimbra Editora, 2010, pp. 92 ss..

9 Em Portugal, denomina-se teoria da punição (divórcio-sanção), teoria do alívio (divórcio-remédio) e teoria da ruptura do casamento (divórcio-constatação da ruptura do casamento). Outros chamam de doutrina da culpa, do propositalismo e da ruptura dos princípios legais do divórcio. Veja Tao Yi, Ming Xin, Divorce: Single Breakdown Or Mixed Doctrine, in Chinese Journal of Law, No. 6, 1999, pp. 30 ss; Xue Ning Lan, the Equity Mechanism in the Legislation of No-Fault Divorce, in China Law Network, <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?Id=12553> (10/07/2019).

10 Ver Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Jorge Duarte Pinheiro, O Direito da Família Contemporâneo, Almedina, 2016; Eduardo dos Santos, Do Divórcio, suas Causas, Processo e Efeitos, 2ª Edição, ELCLA, Almedina & Leitão, Lda., 1998; Antunes Valera, Direito da Família, Vol. I, 5ª Edição, revista e actualizada, Livraria Petrony, Lda. Editores, 1999; Fidélia Proença de Carvalho, O Conceito de Culpa no Divórcio - Crime e Castigo, em Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões, Vol. I, Coimbra Editora, 2004; Eva Dias Costa, Da Relevância da Culpa nos efeitos Patrimoniais do Divórcio, Almedina, 2005.

muitas vezes, tanto a nível doutrinário como legislativo, defendem que a teoria da ruptura irremediável não pode ser interpretada de forma abstracta, mas tem que se analisar concretamente factos objectivos que podem provar a “ruptura”. Assim, a adopção desta teoria significa colocar a dimensão objectiva do divórcio litigioso num ponto mais elevado, afirmando o direito de cada um dos cônjuges de buscar a felicidade como um direito individual independente, protegido pela lei. Se o cônjuge já não consegue continuar a obter a felicidade na relação conjugal, esse cônjuge tem a legitimidade de requerer o divórcio. Desta forma, qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio como demandante, ainda que seja o responsável (parcial ou integralmente) pelo fracasso do casamento¹¹.

De acordo com o entendimento do modelo do divórcio-remédio, o divórcio em si não é considerado como bom, mas pode ser considerado como um acto necessário em caso de crise irreversível na vida conjugal, sendo utilizado portanto como um remédio legal para um casamento insustentável. Portanto, quando a vida em comum não é mais possível no processo de divórcio não há necessidade de identificar e sancionar a parte culpada (às vezes pode não haver sequer comportamento culposo ou parte culpada), apenas determina qual parte não é responsável pela crise e insustentabilidade da relação conjugal, principalmente para proteger a chamada “parte inocente no casamento” e para lhe conferir legitimidade para requerer o divórcio com fundamento nas palavras e comportamentos da outra parte¹². Em termos gerais, esta teoria de divórcio-remédio não é uma motivação legislativa independente e, muitas vezes, está numa posição não dominante no regime jurídico do divórcio.

Em Portugal, divórcio litigioso foi introduzido no ordenamento jurídico em 1910. Após várias alterações, a tendência mais constante consiste na eliminação das implicações trágicas do sistema. O actual regime jurídico português do divórcio litigioso foi estabelecido com base na Lei 61/2008, que introduziu modificações significativas no Código Civil Português de 1966, cujo regime do divórcio se manteve quase semelhante até a reforma de 2008. A teoria do divórcio nos círculos académicos é basicamente chamado de modelo misto do divórcio litigioso (até a alteração da lei em 2008). Face a este enquadramento histórico e dado que várias partes do Código Civil de Macau são profundamente influenciadas pelo Código

11 Ver Diogo Leite de Campos, *Lições do Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, 2005, pp. 271 e ss.

12 As perspectivas legislativas variam de país para país. Mas, de modo geral, a teoria do remédio não é um impulso legislativo independente. Muitas vezes não desempenha um papel dominante no sistema do divórcio litigioso e a teoria da ruptura e da sanção pode coexistir ou ser independente. E na lei do divórcio dos países do sistema romano-germânico, a sanção por culpa, o remédio e a ruptura da vida em comum são as três principais razões para o divórcio. Ver Li Zhi Min (edição), *Comparative Family Law*, Peking University Press, 1988.

Civil Português de 1966, podemos também encontrar em Macau as características do denominado modelo misto.

As disposições do Código Civil de Macau relativas ao divórcio litigioso encontram-se previstas nos artigos 1635.º a 1648.º.

O artigo 1635.º (Violação culposa dos deveres conjugais) permite a qualquer um dos cônjuges requerer o divórcio com o fundamento de que a outra parte violou culposamente os deveres conjugais¹³. A acção de divórcio aqui é directamente dirigida ao cônjuge (réu) ou à parte culpada, que não tem o direito de requerer o divórcio. Portanto, a intenção original da lei é sancionar a parte culpada. Se a base legal para o divórcio litigioso é o artigo 1635.º, a “culpa por violação dos deveres conjugais” é exigida como um dos requisitos, a ser provado pelo autor, cuja falta ira conduzir à perda da acção. Portanto, a culpa tem que ser provada perante o tribunal, tratando-se como a causa legal do pedido do divórcio litigioso. Neste caso, temos um sistema jurídico de divórcio litigioso de culpa ou de responsabilidade.

Contudo, a lei também estipula que a violação deve ser grave ou reiterada, comprometendo a vida em comum do casal. Daqui se depreende que a parte sancionatória do divórcio litigioso em Macau também exige o vector objectivo da “ruptura da vida em comum”.

Além disso, o artigo 1637.º estabelece que o processo de divórcio também pode ser instaurado quando se constate uma de três situações de ruptura da vida em comum. Entre elas, a alínea b) (cônjuge ausente e sem notícias há mais de três anos) e c) (alteração das faculdades mentais do outro cônjuge há mais de três anos, sendo impossível continuar com a vida em comum devido à sua gravidade) são consideradas manifestações da doutrina do divórcio remédio no Código Civil de Macau. Na verdade, isso pressupõe que a causa do remédio é a ruptura da vida em comum. Desde que o casamento é afectado pelas razões objectivas constantes das alíneas b) e c), sendo a finalidade original do casamento e da constituição da família impedida ou destruída, é necessário socorrer as partes interessadas. Nestes dois casos, a culpa não afecta o direito de requerer o divórcio litigioso, dependendo apenas de o cônjuge que se pretende divorciar invocar o facto da ausência ou a alteração das faculdades mentais¹⁴. Mas mesmo assim existem diferenças entre os dois. A acção de divórcio com fundamento na alínea b) do artigo 1637.º inclui

13 No caso do Código Civil de Macau, os deveres conjugais não são conceitos abstractos, tendo critérios muito específicos, incluindo respeito mútuo, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência (artigo 1533.º). Entre eles, os conteúdos dos deveres de cooperação e assistência são regulados de forma concreta (pelos artigos 1535.º e 1536.º, respectivamente).

14 De acordo com a segunda parte do artigo 1640.º, n.º 2, do Código Civil de Macau, apenas o cônjuge que invoca o desaparecimento da outra parte ou a alteração das suas capacidades mentais tem legitimidade de intentar a acção de divórcio ao abrigo desta cláusula.

a ideia de remédio como princípio fundamental e a sanção como suplementar. Se o motivo do divórcio litigioso for o desaparecimento de um dos cônjuges, sem que se saiba do seu paradeiro por mais de três anos, e existe culpa de um dos cônjuges (a causa do desaparecimento pode não estar relacionada com o cônjuge ou pode ser por culpa de um ou de ambos os cônjuges), o Tribunal deve declarar a parte culpada no julgamento do divórcio litigioso. A principal consequência de tal declaração é a de que, para o único ou principal culpado, poderia ser objecto de sanção durante a partilha de bens por divórcio¹⁵. No entanto, se o fundamento para a acção de divórcio for a alínea c) do artigo 1637.º, o Código Civil de Macau não exige a declaração da culpa¹⁶ ¹⁷, que é uma simples e pura personificação do princípio do remédio.

Além do mais, a separação de facto¹⁸ por dois anos consecutivos referida no artigo 1637.º, alínea (a) do mesmo Código é igualmente uma base legal para a ruptura da vida em comum. A separação “de facto” é um conceito legal. De acordo com as disposições do artigo 1638.º, n.º 1, entende-se que há separação de facto quando os cônjuges não mais têm comunhão de vida e ambos ou um deles não tem mais o propósito de a reestabelecer. Assim, forma-se a situação de ruptura da vida em comum dos cônjuges ao nível objectivo. Esta é geralmente considerada o principal critério para a ruptura da vida em comum nos processos de divórcio.

15 Ver artigo 1639.º, artigo 1638.º, n.º 2, artigo 1642.º, n.º 1, e artigo 1645.º do Código Civil de Macau.

16 No entanto, enquanto garante a liberdade de divórcio do demandante e o direito de reconstituir família com outras pessoas, para o réu, na acção em que é requerido o divórcio litigioso devido às alterações significativas das suas faculdades mentais, os legisladores também consideram a protecção e o equilíbrio dos direitos do mesmo. Verificamos também que o artigo 1647.º do Código Civil de Macau estabelece claramente que, se o pedido de divórcio for apresentado com fundamento no artigo 1637.º, alínea c), o requerente deve compensar a outra parte pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento.

17 Alguns académicos acreditam que, embora que não haja requisitos para o julgamento da culpa no Código, as excepções não são necessárias. Por exemplo, a mudança séria da faculdades mentais de um dos cônjuges pode ser provocada por outro outro cônjuge. Ver Jorge Duarte Pinheiro, O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais, in Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 368; Miguel Teixeira de Sousa, O Regime Jurídico do divórcio, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 91.

18 A separação de facto ocorre quando os casais param de ter a vida comum, sem se divorciarem. Normalmente é usada como um passo inicial nos processos de divórcio, ou como um estado temporário para os casais obterem perspectivas sobre o casamento, a fim de determinar se o processo de divórcio será realizado. A separação pode ser decidida unilateralmente por um dos cônjuges saindo da casa morada da família, ou mesmo sem sair da residência, mas simplesmente deixando de ter o relacionamento de casados como anteriormente. Estar separado por um determinado período de tempo é um dos requisitos para que a separação de facto seja legalmente decretada em muitos países.

Ao mesmo tempo, ao julgar se há uma separação de facto, a lei também consagra factores subjectivos, ou seja, a intenção de não mais viverem juntos. Portanto, associa a ruptura irremediável do casamento na combinação do subjectivismo e do objectivismo (sem determinação da culpa). Obviamente é importante ressaltar que, num processo de divórcio iniciado pela separação de facto, se uma ou ambas as partes provocaram a separação de facto culposamente, o tribunal também deve declarar quem é o culpado. Conforme mencionado supra, tal declaração pode directamente conduzir à desvantagem da principal ou da única parte culpada quando se trata da partilha dos bens por divórcio.

Portanto, o divórcio por separação de facto por dois anos consecutivos pode constituir uma forma de sanção, de natureza patrimonial, para a parte culpada¹⁹. Acreditamos que as disposições legais reflectem o dualismo da ruptura irremediável do casamento no regime jurídico de divórcio de Macau. Se o artigo 1637.º, alínea a) for invocado por um dos cônjuges para requerer o divórcio com fundamento na separação de facto por dois anos, na ruptura da vida em comum e não intenção de restabelecer a comunhão, se os cônjuges, durante o processo de divórcio, não fizerem o requerimento para a determinação da culpa, ele traduz-se na doutrina da ruptura sem responsabilidade; caso contrário, é a doutrina da ruptura com responsabilidade.

Daqui se depreende que o princípio legislativo do divórcio litigioso em Macau adopta a doutrina do sincretismo (ou mista). Com três fundamentos teóricos: 1) a ruptura da vida em comum; 2) o insucesso na prossecução dos objectivos do casamento e por isso o divórcio como remédio; e 3) a violação culposa dos deveres conjugais. Isso significa que a base legal para que as partes intentem o divórcio pode ser mista, e isto está em conformidade com as leis na maioria dos países do sistema romano-germânico, tendo, no entanto, as suas características únicas em Macau.

Parte II. A Análise de Dados de Divórcio e Casos em Macau

2.1. Liberdade de Divórcio como um Princípio Básico?

No actual sistema jurídico da Região Administrativa Especial de Macau, as leis relativas ao casamento e à família incluem principalmente a Lei Básica de Macau, o Código Civil de Macau, a Lei de Bases da Política Familiar, tratados

¹⁹ De acordo com a primeira parte do artigo 1640.º, n.º 2, do Código Civil de Macau, qualquer dos cônjuges tem legitimidade para iniciar o processo de divórcio.

internacionais, entre outros.²⁰ Entre elas, a Lei Básica de Macau contem normas transversais, tipificadas e normas autónomas sobre os direitos básicos dos residentes²¹. No seu artigo 25.º, está previsto o princípio da igualdade que estipula que todos os residentes de Macau são iguais perante a lei sem discriminação. O artigo 38.º também consagra que os residentes de Macau gozam da liberdade de casamento e do direito de constituir família. Simultaneamente, o artigo 41.º prevê, em termos gerais, que os mesmos residentes gozam de outros direitos previstos e garantidos pela lei.

Não existe nenhuma disposição na lei de Macau que profiba o divórcio, contudo, significa isso que a liberdade de divórcio é um princípio básico explicitamente definido no Direito da Família de Macau? Alguns autores acreditam que, uma vez que a Lei Básica de Macau prevê claramente no artigo 38.º que os residentes de Macau têm a liberdade de contrair matrimónio e constituir família, a liberdade de dissolver o casamento decorre deste artigo. Ou seja, desde que cumpram os requisitos legais, os cônjuges que desejam se divorciar não devem ser obrigados a continuar a relação conjugal²², isto é, devem gozar da liberdade de divórcio. Ao mesmo tempo, há quem considere que o direito à liberdade previsto no artigo 72.º do Código Civil de Macau pode aplicar-se a todas as formas de liberdade em geral. Embora não haja nenhuma disposição neste artigo que regule directa e claramente o direito à liberdade de dissolver o casamento, o seu parágrafo 9.º pode ser usado como base legal do princípio da liberdade de divórcio²³. A mesma lógica pode ser utilizada para interpretar os artigos 25.º e 41.º da Lei Básica de Macau como base legal do princípio da liberdade de divórcio.²⁴

Para se livrar do relacionamento conjugal e dar ao cônjuge que não tem intenção de continuar esse relacionamento o direito de buscar a felicidade²⁵.

20 A precedência legal do Direito da Família em Macau, incluindo as alterações da precedência legal em diferentes períodos (antes e depois do Regresso à China Continental), Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit, pp.30 ss.

21 Ver Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Macau*, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2012, pp. 52 ss.

22 Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., Pp.103 ss.; Xia Yin Lan, *An Analysis of the Family Law of Macao's Civil Code*, in *Perspectivas do Direito*, N.º 8, 2000, pp. 21 ss.

23 O artigo 72.º, n.º 9, do Código Civil de Macau dispõe que o direito à liberdade deverá ser ser sujeito a restrições de curto prazo, apenas voluntariamente, dependendo das razões de tais restrições.

24 Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., Pp.104 e ss.; José Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa*, CEJJ, 2013, pp. 92 ss.

25 Ver Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina,

Vemos que o princípio da liberdade de divórcio não está directa e claramente definido na Lei Básica²⁶, no Código Civil ou outras leis de Macau. Pese embora o sistema de divórcio de Macau garanta aos residentes a liberdade e o direito de requerer o divórcio dentro de um âmbito limitado devido à existência do regime de divórcio culposo, a liberdade de divórcio não está totalmente concretizada²⁷.

Não há dúvida de que, através da alteração do regime jurídico de divórcio em diferentes períodos, podemos verificar que a expressão específica das regras de divórcio demonstrou plenamente as diferentes políticas do governo em diferentes períodos relativamente à liberdade de divórcio. A prática da liberdade de divórcio modifica-se frequentemente quando a relação entre o governo e a sociedade se altera. O governo torna isso possível ao intervir e regular as acções dos cônjuges através da lei. Porém, desnecessário se torna dizer, pois também se constata a mesma realidade em todo o mundo, que a liberdade de divórcio foi procurada, enriquecida e invocada pela maioria dos indivíduos como tipo de liberdade com importância suprema²⁸.

2.2. Análise de Dados de Divórcio em Macau

De acordo com estatísticas oficiais²⁹, a população permanente de Macau aumentou gradualmente de cerca de 300.000 no início dos anos 90 para cerca de 670.000 em 2018. Em quase 30 anos (1990 a 2018), a população duplicou (339.000 para 667.000). Em 1990, o governo registou 95 casos de divórcio, o que representava uma proporção baixa do total da população permanente na época. No primeiro ano após regresso de Macau a mãe-pátria (2000), a população total

2012, pp.104 e ss.

- 26 Com efeito, a Constituição Portuguesa estipula, no seu artigo 36.º, n.º 2, que as condições e efeitos da celebração e dissolução do casamento devem ser fixadas por lei. Embora o princípio da liberdade de divórcio não tenha sido apresentado directa e explicitamente, ele pode ser entendido de acordo com o significado revelado nas disposições legais. Na China Continental, a admissão do divórcio pela lei está também incluída no artigo 37.º da Constituição chinesa (a liberdade pessoal dos cidadãos chineses é inviolável).
- 27 Talvez seja por esta razão que os estudiosos não incluíram o princípio da liberdade de divórcio como um princípio básico do Direito da Família de Macau. Ver Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., pp. 61 ss.
- 28 Mesmo sob a perspectiva de garantir a liberdade do casamento, a liberdade de divórcio deve ser protegida ao máximo. Pode a restrição da liberdade de divórcio, a impossibilidade de terminar a relação conjugal existente e a busca do próximo casamento ser considerada como uma restrição directa e substancial da liberdade de casamento mencionada na Lei Básica?
- 29 Ver: <https://www.dsec.gov.mo/Statistic.aspx?NodeGuid=7bb8808e-8fd3-4d6b-904a-34fe4b302883>.

permanente era de cerca de 430.000. Naquele ano, ocorreram 1.222 casamentos e 369 divórcios. Entre eles, 127 novos processos judiciais de divórcios foram instaurados neste ano e os restantes foram divórcios por mútuo consentimentos³⁰. Em 2001, a população permanente de Macau não aumentou significativamente, totalizando 436,300 mil pessoas. Houve 348 divórcios registados naquele ano, dos quais 116³¹ foram divórcios litigiosos que deram o seu primeiro passo nos Tribunais (Tribunal de Primeira Instância). Em 2004, foram registados 1.737 casamentos em Macau (162 homens e 116 mulheres recasados) e ocorreram 475 divórcios, dos quais 167 novos casos judiciais. Em 2005, Macau registou 1.734 casamentos (178 homens recasados e 149 mulheres recasadas). No mesmo ano, ocorreram 573 divórcios, dos quais 149 foram casos novos.

Até 15 de Outubro de 2013, os processos de divórcio foram conduzidos pelo juízo cível do Tribunal Judicial de Base. O Juízo Especializado de Família e de Menores só começou a funcionar em 16 de Outubro de 2013³². De acordo com os dados oficiais de 2013, o número total de casamentos foi de 4.153 (a proporção de homens e mulheres recasados foi de 13,9% e 11,3%, respectivamente, 0,9% menos e 0,7% mais que em 2012) e o número total de divórcios foi de 1.172, dentre os quais 187 novos casos de divórcio litigioso. No segundo ano após o funcionamento do Juízo de Família e de Menores (2014), a população permanente de Macau registou cerca de 640.000 pessoas e o número total de casamentos foi de 4.085 (a proporção de homens e mulheres recasados foi de 15,4% e 12%, respectivamente, um incremento de 0,2 e 0,1% em relação a 2014). O número total de divórcios foi 1.308 dos quais 231 novos casos de divórcio litigioso naquele ano. O número total de casamentos em 2015 foi de 3.719 (a proporção de homens e mulheres recasados foi de 14,1% e 11,4%, respectivamente, um aumento de 1,3 e 0,6% em relação a 2013). O número total de divórcios foi de 1.168, dos quais 212 foram novos casos de divórcio litigioso³³.

Nos últimos três anos (2016, 2017 e 2018), o número de casamentos em Macau manteve-se em cerca de 3.800³⁴ e o número de divórcios permaneceu

30 Os dados estatísticos dos casos anuais na página eletrónica dos Tribunais de Macau, Ver: <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2000>.

31 Ver <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2001>.

32 Veja o Regulamento Administrativo n.º 23/2013, de 15 de Outubro, https://bo.io.gov.mo/bo/i/2013/42/regadm23_cn.asp.

33 Fonte: Página eletrónica do Instituto de Estatística e Censos de Macau e de Tribunais de Macau.

34 A proporção de homens e mulheres recasados em Macau em 2015 foi de 15,4% e 12,0%, respectivamente, mais 1,3% e 0,6% em relação a 2014. Em 2016, os homens recasados (631) e mulheres recasadas (522) representavam 16,2% e 13,4% % recasados, um aumento de 0,8 e 1,4% em relação a 2015. Homens (662) e mulheres (562) representaram 17,0% e 14,5% respectivamente em 2017, um aumento de 0,8 e 1,1% em relação a 2016. Homens recasados (635)

em cerca de 30 a 40 por cento do número total de casamentos³⁵, sendo a maioria divórcios por mútuo consentimento (mais de 90 por cento do número total de divórcios). Em termos globais, os casos de divórcio em Macau continuam a aumentar, com os casos de divórcio em 2018 a aumentar dezasseis vezes mais do que em 1990. Mesmo comparando os dados de 2018 com os dados do segundo ano (2003) após o regresso de Macau quando o jogo foi legalizado, os casos de divórcio aumentaram cerca de 3,5 vezes³⁶; note-se que as estatísticas não incluem casais que estavam em processo de divórcio litigioso, ou com processo de divórcio em situação inactiva ou, aqueles que estavam separados de facto com menos de 2 anos, a esperar até chegar a 2 anos completos, para obter legitimidade para iniciar um processo de divórcio. Como podemos constatar supra, independentemente da duplicação da taxa de divórcio, os dados estatísticos também mostram que os divórcios litigiosos representam uma proporção muito baixa, pois quase 90% dos divórcios são conseguidos através do divórcio por mútuo consentimento. Porquê? Vários factores têm que entrar na explicação.

Em primeiro lugar, o processo de divórcio é relativamente simples quando ambos concordam com o divórcio, ou seja, o divórcio por mútuo consentimento. Os casais que desejam divorciar-se e reúnem os requisitos legais para o divórcio por via consensual podem dissolver o seu casamento num período relativamente curto e por meio de procedimentos simples mesmo sem recorrer ao Tribunal, poupando tempo, dinheiro, além de poder proteger ao máximo a privacidade das partes³⁷.

contabilizado por 16.5% em 2018, descida de 0,5% em relação a 2017. As mulheres recasadas (586) representaram 15,3%, um aumento de 0,8%. (Fonte dos dados: Página electrónica dos Tribunais de Macau e página electrónica do Instituto de Estatísticas e Censos de Macau).

35 Fontes dos dados: <https://www.dsec.gov.mo/PredefinedReport.aspx?ReportID=1>

36 É anotado que a liberalização do jogo trouxe oportunidades para o desenvolvimento económico de Macau, mas o trabalho intensivo e o regime de turnos exigidos pela indústria do jogo e do turismo têm um impacto directo no tempo da duração do casamento. Ao mesmo tempo, com a melhoria do nível de consumo e o aumento do custo de vida em Macau, cada vez mais mulheres em Macau aderiram ao mercado de trabalho e mais famílias com ambos os cônjuges trabalhadores. Este é também uma das razões da falta de comunicação entre marido e mulher e da contradição entre os cônjuges. Ver *People's Daily News* de 24 de Setembro de 2013 (*Marriage Attitude Changed, Divorce Rate in Macau*) <http://hm.people.com.cn/n/2013/0924/c230533-23019550.html> (01/07/2019). As estatísticas mostram que existiram 440 divórcios em Macau em 2003 e 1544 divórcios em 2018. Fonte: Página electrónica de Tribunais de Macau e Página electrónica do Instituto de Estatísticas e Censos de Macau. Além disso, acreditamos que, embora os dados oficiais sobre o divórcio estejam bem documentados, existem de certeza, casos de divórcios sem sucesso devido a dificuldades jurídicas, e os factores que levam à ruptura familiar não foram eliminados. Portanto, embora os casais não estejam autorizados a divorciarem-se nos termos da lei, eles estão numa relação de “ter sonhos diferentes na mesma cama”, em situação de separação ou conflito, que não constam nas estatísticas oficiais do divórcio.

37 Em Macau, se o marido e a mulher concordarem com o divórcio, podem recorrer ao Tribunal.

A segunda razão reside na ineficiência da via judicial. Na verdade, a ineficiência dos tribunais de Macau na resolução dos litígios não é surpreendente e este problema não poderia ser resolvido da noite para o dia. É verdade que, após o regresso de Macau, especialmente com o rápido desenvolvimento da indústria do jogo e do turismo, a estrutura económica e o ambiente social de Macau sofreram enormes mudanças, resultando num aumento substancial do número de processos judiciais e no aumento das dificuldades de julgamento. Além disso, o número de juízes é relativamente baixo, a complexidade dos casos é realidade, a forma de resolução de disputas é quase predominantemente judicial e o número de casos em atraso aumentam a cada ano. Diante de dificuldades práticas e as reclamações do público,³⁸ estabelecer processos judiciais rápidos e económicos, com base no equilíbrio entre a justiça e a eficiência, é umas das mais importantes tarefas na reforma do sistema judicial de Macau. Mas essas não são as únicas duas razões.

Além disso, a ineficiência do processo de divórcio litigioso, a aceitação de casos, o julgamento e a conclusão dos casos não têm sido promovidos de forma eficaz. Para apurar as causas, por um lado, os processos de divórcio litigioso são condicionados pela estrutura e funcionamento do próprio tribunal. Por outro lado, do ponto de vista do direito substantivo, é o próprio conteúdo do regime jurídico de divórcio não é propriamente propício para o surgimento e tratamento de litígios? Dito doutra forma, existe alguma suspeita de que as disposições do Código Civil de Macau relativas ao divórcio litigioso limitam excessivamente a liberdade de divórcio? É vantajoso para os cônjuges que se pretendam divorciar escolher a via judicial para forçar a outra parte a aceitar a dissolução do casamento? Não causará isto apenas problemas psicológicos às partes, mas também atrasará o processo de divórcio e limitará a taxa de sucesso?

A declaração de divórcio feita pela Conservatória do Registo Civil tem os mesmos efeitos que a decisão do tribunal. No entanto, apenas na ausência de filhos menores do casal, a Conservatória do Registo Civil pode tratar do divórcio. Embora a lei também estabeleça certas condições para o requerimento do divórcio por mútuo consentimento (após pelo menos um ano de casamento, o acordo deve abranger três questões principais: prestação de alimentos, exercício do poder parental e utilização da casa morada da família). No entanto, os cônjuges que se pretendem divorciar por esta via não precisam de revelar a causa do divórcio e, desde que insistam na intenção de divorciar, podem geralmente dissolver o relacionamento conjugal rapidamente e com a máxima protecção da privacidade pessoal, evitando assim a guerra prolongada. Para mais informações, consulte os artigos 1628.º a 1634.º do Código Civil de Macau.

38 Nos últimos anos, nas cerimónias de abertura de Anos Judiciais em Macau, tem-se ouvido vozes a dizer que a melhoria da eficiência dos processos judiciais deveria ser o foco da reforma judicial de Macau. Por exemplo: Discurso do Dr. Sam Hou Fai, Presidente do Tribunal da Última Instância de Macau, na cerimónia de abertura do Ano Judicial de Macau 2017-2018 (<http://www.court.gov.mo/uploads/attachment/92/pdf/1508385892rrvre.pdf>).

2.3. Casos e Análise de Divórcios Litigiosos em Macau

Com base num número limitado de casos litigiosos, o divórcio litigioso em Macau pode ser fundamentado em dois principais tipos de motivos: a culpa baseada na violação dos deveres conjugais e a ruptura da vida em comum. Este último inclui três aspectos: 1) separação de facto por dois anos consecutivos; 2) ausência sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a 3 anos; e 3) a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de 3 anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum. A seguir, o foco da análise será limitada à culpa baseada na violação culposa dos deveres conjugais e a separação de facto.

2.3.1. Separação de facto: Elementos Subjectivos e Objectivos

É uma manifestação de ruptura irremediável que a separação de facto dure por mais de dois anos e que o divórcio litigioso seja requerido por via judicial. Enquanto os requisitos legais subjectivos e objectivos não forem preenchidos, como uma excepção peremptória, o tribunal não tem o poder discricionário para decidir sobre pedidos de divórcio³⁹. Sobre este ponto, não há objecções nos círculos jurídicos de Macau. No entanto, na prática existem opiniões diferentes sobre a identificação de requisitos legais do divórcio litigioso desta natureza⁴⁰.

Tomemos o acórdão n.º 457/2015 como exemplo. Em primeira instância, o autor propôs acção de divórcio litigioso contra a sua esposa (ré). A acção baseava-se no facto de que ambos estavam separados há mais de dois anos até a data da propositura da acção e nenhum deles tinha a intenção de retomar a vida em comum. No entanto, o Juízo de Família e de Menores do Tribunal Judicial de Base considerou que os fundamentos para o pedido do autor não eram válidos e decidiu considerar improcedente a acção de divórcio. Este considerou que, depois de aplicar o disposto nos artigos 1637.º a) e 1638.º n.º 1 do Código Civil de Macau, o prazo para o requerimento do processo de divórcio litigioso com fundamento na separação de facto devia ser cumprido, ou seja, a vontade de não mais terem comunhão de vida ter já existido por mais de 2 anos. Contudo, apesar de ter ficado provado no caso, que o autor esteve envolvido em relações extraconjugais com outras mulheres desde 2011, não tendo regressado para a casa morada da família desde então, o Tribunal considerou que a data da propositura da acção de divórcio (2012/11/22) é a data a partir do qual o autor mostrou que não tinha interesse em restabelecer a relação conjugal com a ré. Assim, o Tribunal Judicial

39 Ver Antunes Varela, *Direito da Família...*, cit., pp. 501 ss.

40 Principais processos de referência: Acórdãos do Tribunal da Segunda Instância n.ºs. 388/2010, 158/2011, 723/2013, 728/2014, 756/2014, 271/2015, 386/2015, 457/2015 e 267/2017.

de Base decidiu que, até ao fim do debate na primeira instância (2014/11/10), o autor estava separado da ré por menos de dois anos, e por isso os elementos subjectivos da separação de facto não tinham sido preenchidos, de modo que o Tribunal não poderia julgar procedente o pedido do autor.

O autor recorreu para o Tribunal de Segunda Instância, entendendo que a data em que contratou advogado para dar início ao processo de divórcio (assinatura da procuração em 21 de Maio de 2012) deveria ser a data em que decidiu que não estava mais disposto a manter a relação conjugal com a ré, ao invés da data em que a sua petição foi efectivamente apresentada no Tribunal de Primeira Instância (22 de Novembro de 2012). Neste sentido, o recorrente considerou que os elementos subjectivos da separação de facto já estavam verificados, requerendo a procedência do recurso interposto e, em seguida, a declaração de divórcio.

De acordo com o previsto no artigo 1638.º, n.º 1 do Código Civil de Macau, o divórcio litigioso baseado na separação de facto exige os elementos objectivo e subjectivo: o marido e a mulher já não vivem juntos e nenhum deles ou um deles tem qualquer intenção de restabelecer a vida em comum⁴¹. Mas, em casos especiais, mesmo que os casais vivam e comam juntos, se houver pouca ou nenhuma interação em suas vidas, ou apenas por causa dos seus filhos, se convivem entre si como estranhos e não têm relações sexuais, pode concluir-se que as condições objectivas para a separação de facto estão preenchidas. As razões típicas para estes comportamento são: proteger os sentimentos dos filhos menores, preocupar-se com os comentários da sociedade e dos membros da família, ser incapaz de mudar de residência devido a capacidade financeira limitada. Portanto, os elementos objectivos da separação de facto não devem ser julgados mecânica e rigidamente. É necessário fazer uma análise concreta de acordo com as circunstâncias concretas. O ponto-chave é considerar se a vida em comum como marido e mulher realmente existe (ou não existe mais).⁴²

Outro elemento da separação de facto está relacionado com a vontade subjectiva. No caso referido supra, o Tribunal de Segunda Instância não concordou com a conclusão do Tribunal *a quo* de que os elementos subjectivos envolvem sentimentos e emoções e que a vontade de viver juntos cresce gradualmente com

41 Em outro caso, por motivos de trabalho, saúde ou outros de ambos os cônjuges ou de um deles, o casal não tem vida comum, não partilha a mesa e cama, mas ainda mantém a complacência de preservar a relação conjugal. (Ver Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de Macau n.º 635/2015: Não partilhar a mesma casa com o cônjuge por razões laborais não deve ser considerado como uma separação de facto que constitui o fundamento para o pedido de divórcio litigioso). Esta é também a razão pela qual devemos considerar os factores subjectivos na separação de facto para decidir se o divórcio pode ser interposto.

42 Ver Pires de Lima, Antunes Varela, Código Civil Anotado, Vol. IV, pp. 541; Miguel Teixeira de Sousa, O Regime..., cit., pp. 95; Eduardo dos Santos, Do Divórcio..., cit., pp.161.

o passar do tempo em muitos casos, por isso é difícil determinar com precisão um tempo. Portanto, esta determinação não deve ser muito restrita, mas sim, ser baseada nos factos gerais e, em seguida, de acordo com as regras gerais de experiência para julgar a causa do problema. Ao mesmo tempo, o elemento subjectivo deveria ser considerado como complementar. O autor/recorrente no caso supramencionado saiu de casa antes de intentar a acção de divórcio e teve casos extraconjugais com outras mulheres. Percebe-se que o autor/recorrente já não estava conectado à relação conjugal com a ré/recorrida e a vida em comum entre marido e mulher deixou de existir. Em suma, o Tribunal de Segunda Instância considerou que a lei não exigia uma intenção que durasse por, pelo menos, 2 anos de não manter comunhão com outro cônjuge para decretar o divórcio por separação de facto. Tendo em conta o facto de que a relação entre o marido e a mulher tinha na verdade terminado e que o recorrente não vivia efectivamente em comum há mais de dois anos e não tinha a intenção de continuar a vida em comum, logo, estavam preenchidos todos os elementos da separação de facto nesta acção. O pedido de divórcio do recorrente deveria ser julgado procedente e a declaração do divórcio entre o autor e a ré deveria ser proferida.

No entanto, quanto à determinação legal da separação de facto, existem algumas disputas sobre os aspectos seguintes.

Primeira questão: existe um requisito de tempo para o requisito subjectivo de “não haver mais a intenção de restabelecer a vida em comum”? O Tribunal de Segunda Instância de Macau adoptou basicamente a orientação do acórdão proferido no processo acima referido. Ou seja, os elementos subjectivos devem ser determinados com base nos factos gerais. De acordo com a regra geral da experiência, pode-se concluir se os cônjuges ou uma das partes não tem mais a intenção de restabelecer a vida em comum e a lei não exige que haja uma intenção, com a duração de mais de 2 anos, de não viver junto com outro cônjuge antes que o pedido de divórcio possa ser julgado com este fundamento. Alguns juízes portugueses até acreditam que intentar uma acção de divórcio litigioso em si significa que o requerente não tem mais a intenção de continuar o casamento. Ou seja, quando a acção de divórcio é interposta, o requisito subjectivo da separação de facto⁴³ é considerado preenchido. Também defendem que aquele requisito é, na verdade, complementar. O Tribunal de Macau também decidiu que, para o requisito da separação de facto de pelo menos dois anos, o foco do legislador era o preenchimento do requisito objectivo ao invés do elemento subjectivo.⁴⁴

43 Ver acórdão da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006 (proc. N.º 2833- / 04.0TBFIG. C1), acórdão do STJ, de 3 de Junho de 2004 (proc. N.º 04B1564), acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001 (proc. N.º 1858/01), e em Macau: Tribunal de Segunda Instância n.º 158/2011.

44 Acórdão n.º 723/2013 do Tribunal de Segunda Instância de Macau.

No entanto, uma voz-contrária sustentou que os requisitos legais estabelecidos na lei não deveriam ser imediatamente ignorados. Se o acto de requerer o divórcio equivale à intenção de não querer ter vida em comum, trata-se, de facto, duma inutilização do disposto no art.º 1638.º, n.º 1, segunda parte, do Código Civil. Porque é incontestável e desnecessário provar que não existe o desejo de ter vida em comum no momento da instauração da acção. A separação de facto prevista na lei verifica-se apenas quando a vida comum não é mais sustentável e nenhuma das duas partes ou uma das partes deseja que isto dure por mais de dois anos. Porque somente desta forma pode haver razão suficiente para mostrar que não há esperança nem necessidade de mediação e a ruptura irremediável é significativa⁴⁵.

Outra questão controversa a respeito da separação de facto é: quanto ao tempo exigido dos “dois anos completos” no elemento objectivo da separação de facto, quando será o início da separação de facto? Como podemos saber a partir de que data os cônjuges já não têm vida em comum? Os estudiosos geralmente acreditam que é necessário verificar o ponto quando o conteúdo simbólico da vida em comum termina e tomar esse momento como o critério. Por exemplo, o cônjuge saiu da casa morada da família numa data conhecida e não regressou – essa data pode ser considerada o início para a ruptura da vida em comum. Além disso, para efeitos de cálculo, haverá suspensão da contagem dos 2 anos? A maioria das teorias portuguesas sustentam que, se um casal não mais têm vida em comum por um período de tempo, o cálculo do período de dois anos não tem de ser suspenso se os mesmos reunirem-se apenas por questões relacionadas com a partilha de bens ou assuntos relativos aos filhos. No entanto, se o propósito do reencontro for o de tentar continuar a sua vida em comum, o tempo de separação anterior não será eficaz no cálculo. Posteriormente, se a tentativa de conciliação falhar e os dois lados não mais viverem juntos, o tempo da separação de facto deve ser recalculado⁴⁶. A objecção considera que o tempo de tentativa de reencontro não deveria produzir efeitos para suspensão na contagem, caso contrário afetar a vontade dos casais de tentarem continuar a sua vida em comum. O efeito da suspensão só pode ser dado quando o tempo para o restabelecimento da vida em comum for real⁴⁷.

Finalmente, no que diz respeito ao requisito do tempo nos requisitos legais da separação de facto, a opinião geral é que, se, no momento do requerimento de

45 Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso...*, cit., pp. 638; Tribunaís com o mesmo parecer, ver acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Abril de 2011 (proc. N.º 235 / 08.8TBSRT.C1).

46 Ver Francisco Pereira Coelho, *Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens Na Reforma do Código Civil*, in *Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1981, pp. 38.

47 Ver Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime...*, cit., pp. 84 ss; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio...*, cit., pp. 163.

divórcio, como um factor objectivo da separação de facto, o tempo (da ruptura da comunhão) não atingir mais de dois anos, o Tribunal não deverá declarar procedente a acção embora ainda haja juízes que discordam⁴⁸.

Não se encontra nenhum registo de declaração de culpa em caso de divórcio litigioso por separação de facto na página electrónica dos Tribunais de Macau, pelo que se considera que raramente a declaração de culpa é feita nestes tipos de processos. No entanto, de acordo com os artigos 1638.º, n.º 2 e 1642.º, n.º 1 do Código Civil, a declaração também pode existir. Sua principal função é determinar quem é a principal parte culposa, responsável pela separação, para os devidos efeitos na partilha de bens e a indemnização por danos⁴⁹. É importante ressaltar que não importa quem é o único ou o principal culpado, ambos os cônjuges têm legitimidade para intentar a acção judicial.

2.3.2. Violação Culposa dos Deveres Conjugais

De acordo com os acórdãos publicados na página electrónica dos Tribunais de Macau⁵⁰, existem basicamente duas questões controversas no debate sobre os casos de divórcio litigioso devido à culpa de um ou de ambos os cônjuges em violação dos deveres conjugais: É uma violação dos deveres conjugais? É uma violação culposa?

Conforme mencionado anteriormente, o artigo 1533.º do Código Civil prevê os deveres dos cônjuges, que incluem respeito, a fidelidade, a assistência, a coabitação e a cooperação. Entre eles, o dever de cooperação e da assistência são regulados por artigos no mesmo Código, enquanto que os deveres de respeito, fidelidade e coabitação também possuem critérios específicos, que não são controversos em termos teóricos, de modo que não são aqui discutidos⁵¹.

48 Os juízes do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, nos seus acórdãos n.ºs 05B2266 e 07A297, concluíram que, por um lado, a exigência do prazo constante dos requisitos legais deve ser obedecida, por outro, o princípio da actualidade da decisão deve igualmente ser considerado, sendo este último superior ao primeiro. Portanto, o tempo que o próprio processo levar nos tribunais também deve ser incluído. Conquanto que a separação de facto tenha sido concluída por dois anos antes de ser proferida a sentença, o requisito objectivo estará satisfeito.

49 Em caso de pedido de indemnização, a lei exige que seja proposta na própria acção de divórcio (art. 1647, n.º 2, do Código Civil).

50 Os principais acórdãos de referência são: Tribunal da Segunda Instância n.º 248/2005, n.º 257/2006, n.º 158/2011, n.º 168/2013, n.º 723/2013, n.º 45/2015, n.º 270/2015, n.º 1039/2015, n.º 636/2017, e Tribunal de Última Instância, n.º 28/2011.

51 O dever de o marido e a esposa respeitarem-se mutuamente surgiu pela primeira vez quando o Código Civil Português foi revisto em 1977. Em geral, acredita-se que o mesmo contém dois elementos: positivo e negativo. Do lado positivo, significa que os casais devem tratar-se pelo menos com respeito mútuo. Se uma parte não fala com a outra, não se preocupa com os assuntos familiares ou do cônjuge e trata o cônjuge de forma indelicada, é uma violação positiva do dever

Parte III. Divórcio Litigioso sem Culpa e a Lei do Divórcio de Macau

3.1. Processo de divórcio sem culpa no Ordenamento Jurídico Português após promulgação da Lei n.º 61/2008

Historicamente, tem havido muitas discussões sobre os mecanismos e a orientação do regime jurídico de divórcio, da proibição à permissão, do autoritarismo à igualdade, do restricionismo ao liberalismo, da doutrina da culpa à doutrina da não determinação da culpa, da doutrina da responsabilidade à doutrina da não responsabilidade. Em Portugal, com o intuito de proteger plenamente a liberdade de escolha dos cidadãos, de respeitar os princípios básicos da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges e para adaptar ao modelo de divórcio acolhido pela maioria dos países europeus⁵², o regime jurídico de divórcio foi profundamente reformado pela Lei n.º 61/2008, aprovada em Outubro de 2008. O Projecto de Lei n.º 509/X⁵³,

de respeito. O dever de respeito negativo é entendido como a violação da integridade física ou psíquica do cônjuge. Qualquer acto impróprio que resulte na ofensa da dignidade, reputação ou imagem do cônjuge também é uma violação do dever de respeito. Ao discutir o dever de fidelidade entre marido e a esposa, algumas doutrinas defendem que a fidelidade física e psicológica deve ser incluída, enquanto que outras defendem que a fidelidade psicológica deve ser incluída no âmbito do dever do respeito. O dever da coabitação inclui partilhar a casa, a mesa e a cama. O relacionamento sexual é um factor necessário para a coabitação. O dever de assistência traduz-se no dever do marido e da esposa de prestar apoio de acordo com as respectivas capacidades e de ambos contribuírem com os encargos familiares (artigo 1536.º e 1537.º do Código Civil de Macau). O dever de cooperação refere-se ao apoio e assistência mútuos entre o marido e a esposa e à responsabilidade conjunta pela vida familiar constituída por ambos (artigo 1535.º do Código Civil de Macau).

52 Os Princípios do Direito da Família Europeus Relativos ao Divórcio e do Auxílio do Cônjuge após o Divórcio (promulgado pela Comissão Europeia de Direito da Família, instituída em 1 de setembro de 2001), publicado em 2004, é considerado como uma das fontes e fundamentação da reforma da lei do divórcio de Portugal em 2008. O documento estabelece 20 princípios, principalmente para dar orientação e promoção aos países europeus na legislação sobre o divórcio e o de questões relacionadas. Os primeiros dez princípios estão relacionados com o divórcio, incluindo o princípio da liberdade de divórcio e o modo de divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. A Lei Portuguesa n.º 61/2008 absorve a maioria destes princípios. Ver Jorge Duarte Pinheiro, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, em *Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011; Wu Yong, *The Latest Development In The Process Of European Family Law Unification: From The Perspective Of The European Family Law Association*, in *Contemporary Law Review*, N.º 4, 2008, pp. 45 ss; *The European Family Law Principles on Divorce and Spouse Support after Divorce can be found in the following links: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> and Katharina Boele-Woelki, *Principles Of European Family Law Regarding Divorce And Maintenance between Former Spouse*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2004.*

53 O Projeto de Lei n.º 509/X visa a introdução de um novo paradigma de divórcio. Uma das

que enuncia as justificativas da lei, afirma que ninguém deveria manter o casamento contra a vontade própria, após a ruptura da relação entre os cônjuges. Os motivos para a ruptura variam, incluindo a ruptura do casamento⁵⁴, tratamento injusto e desigual ou o comportamento inaceitável de um dos cônjuges para com o outro.

Portanto, mesmo que o outro cônjuge se oponha ou não tenha culpa, o cônjuge que não deseja continuar o casamento deve possuir o direito de requerer o divórcio⁵⁵.

Na verdade, é justamente por causa deste conceito básico que a reforma da lei do divórcio de Portugal em 2008 excluiu pela primeira vez o termo “divórcio litigioso” e substituiu-o por “divórcio sem consentimento do outro cônjuge”⁵⁶.

forças motrizes é a mudança conceitual. O casamento não é mais considerado como uma relação permanente ou tendencialmente permanente com base no compromisso entre duas pessoas, mas sim como um acordo relacionado com a vida entre elas com o propósito de auto-realização. Este acordo é diferente do contrato tradicional. Seu ponto de conexão está no afecto entre as duas pessoas. Se o afecto desaparecer, o casamento perderá o seu fundamento. O relacionamento matrimonial estático fica desintegrado devido ao desaparecimento da conexão emocional dinâmica entre os cônjuges e a ruptura da vida comum. Essa visão leva em consideração factores emocionais e destaca a importância de emoções para contração do matrimónio e sua preservação.

54 O termo “ruptura conjugal” é utilizado no Código Civil Português revisto em 2008 como base legal para o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge. Estas declarações não aparecem directamente nas disposições do Código Civil de Macau nos fundamentos do divórcio, quer se trate da “ruptura conjugal” ou “ruptura emocional”. No sistema jurídico civil da China Continental, sempre houve um debate sobre se a “ruptura emocional” pode tornar-se o critério-padrão para o divórcio. Embora o artigo 32 da Lei do Casamento revista em 2001, mantenha o critério-padrão de “ruptura emocional entre marido e mulher”, e no seu n.º 3, prevê quatro situações específicas e frequentes como o exemplo de avaliar se se verifica já uma ruptura emocional da relação matrimonial. Outras causas de ruptura emocional fora da presente lei também são permitidas. No entanto, não têm faltado vozes a exigir uma alteração expressa da lei da “ruptura emocional da relação matrimonial” para a “ruptura da relação matrimonial”. A maioria dos académicos da área da Ciência Jurídico-Civil acreditam que a lei do casamento de 2001 falhou neste ponto e pedem novas reformas, o que reflete no trabalho preparatório do Código Civil Chinês. No entanto, constatamos igualmente que alguns juízes claramente se opõem ao uso da “ruptura do casamento”, ao invés da “ruptura emocional do casamento” na fundamentação do divórcio. Ver Wang Li Ren, The Divorce Criterion of “The Couple’s Relationship Has Indeed Broken Down” Can Not Be Shaken - and Discuss with Professors and Scholar Wu Chang Zhen (I). http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&parent_path=,1,783,&article_category_id=849&job_id=105770&article_id=45948 (2019/7/17).

55 Após a Lei n.º 61/2008, a declaração de violação dos deveres conjugais e as consequências serão julgadas pelos tribunais comuns em processos autónomos.

56 O actual Código Civil Português adoptou a nova formulação revista no seu artigo 1773.º, n.º 1: O divórcio pode ser dividido em divórcio por mútuo consentimento e divórcios sem consentimento de um dos cônjuges (antes da modificação, o divórcio podia ser dividido em divórcio por mútuo consentimento e divórcio litigioso). O artigo 1781.º também alterou o título para “Ruptura do casamento”. Mas o título da terceira secção ainda usa o termo “divórcio litigioso”. O divórcio

Pode-se constatar que a culpa já não é considerada como condição para o pedido de divórcio litigioso. O Código Civil Português, alterado pela Lei n.º 61/2008, suprime totalmente o conteúdo original do artigo 1779.º (Violação culposa dos deveres conjugais). Assim, o divórcio sem culpa foi definido⁵⁷, também pode ser dito que segue os critérios da ruptura irremediável do casamento.

Após alteração, o artigo 1781.º (Ruptura do casamento) do Código Civil Português constitui a única causa para o pedido de divórcio litigioso, que estabelece o seguinte:

Constituem o fundamento para o divórcio sem consentimento do outro cônjuge, os seguintes:

- a. A separação de facto por um ano consecutivo;
- b. A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c. A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
- d. Quaisquer outros factos que, independente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Por conseguinte, qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio e não é necessário declarar o principal ou o único culpado durante o processo judicial de divórcio. Embora a definição e a violação culposa dos deveres conjugais ainda tenham as suas consequências legais, no que toca ao próprio processo de divórcio, se os deveres conjugais foram ou não violados ou se a violação é culposa já não influencia directamente a decisão do divórcio⁵⁸. Porque a acção judicial do divórcio

por mútuo consentimento em Portugal só pode ser requerido na Conservatória do Registo Civil, só devendo recorrer aos tribunais para o divórcio sem consentimento do outro cônjuge.

57 O Projeto de Lei n.º 509/X sustenta que o regime jurídico de divórcio sem culpa é o resultado inevitável dos movimentos de sensibilização, individualização e secularização sob influência das ideias modernas. Claro, vozes contrárias existem que se opõem fortemente a esse argumento. Alguns até criticam ferozmente. Eles entendem que o novo regime jurídico do divórcio litigioso se afasta da responsabilidade dos valores e do espírito de sacrifício. Ver Rabindranath Capelo de Sousa, *Recentes Alterações em Direito da Família*, Boletim da FDUC, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013, p.118.

58 Após a entrada em vigor da Lei portuguesa n.º 61/2008, um estudo (produzido em 30 de setembro de 2010) revelou que, embora o público tivesse várias dúvidas ou preocupações sobre a prática do divórcio sem determinação da culpa, a grande maioria dos inquiridos, especialmente os advogados, tinham opiniões positivas sobre a alteração da lei do divórcio e acreditavam que o novo regime conduzia à redução do potencial do divórcio como instrumento de enriquecimento. Além disso, de acordo com os dados estatísticos aquando da elaboração do relatório, o número

em si, já não exija determinação da culpa, o tribunal não precisa de considerar o factor da culpa ao decidir os efeitos e a eficácia do divórcio, nem existe a sanção patrimonial para a parte que seja a única ou a principal culpada.

Obviamente, isso não significa que o regime jurídico de divórcio litigioso depois da alteração legislativa de 2008 ignora completamente os efeitos patrimoniais do divórcio. De acordo com o previsto no art.º 1790.º do actual Código Civil Português, em caso de divórcio nenhuma dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. O legislador acredita que tal disposição ajuda a prevenir o divórcio como meio de enriquecimento. Ao mesmo tempo, o sistema de divisão dos bens comuns também pode observar o princípio da equidade e considerar as contribuições de ambos os cônjuges para a família durante o período de casamento⁵⁹.

Simultaneamente, o artigo 1791.º, n.º 1 do Código Civil Português prevê o seguinte:

O cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento⁶⁰. Quer isto dizer que, uma vez entrando no processo judicial de divórcio litigioso, ambos os cônjuges perdem os benefícios. A nova lei do divórcio adopta uma abordagem única, substituindo a habitual prática de sancionar o culpado no regime anterior, enquanto beneficia o cônjuge inocente.

A terceira alteração relativa aos efeitos patrimoniais do divórcio foi feita através do art.º 1676.º do Código Civil, que regula concretamente o âmbito e o conteúdo dos deveres dos cônjuges. A alteração principal produzida pela Lei n.º 61/2008 foi o n.º 2 desse mesmo artigo. Portanto, o n.º 2 do art.º 1676.º estabelecia que, se o encargo familiar suportado por um dos cônjuges excedesse a porção do encargo familiar que deveria ser suportado pelo cônjuge conforme previsto no n.º 1, presumia-se que o cônjuge renunciava ao direito de exigir a compensação

médio de acções judiciais de divórcio recém interpostas não mudou significativamente após a fase inicial da entrada em vigor da lei em comparação com os dados anteriores à alteração da lei. Ver *O Novo Regime Jurídico em Avaliação*, Editor-Chefe Boaventura de Sousa Santos, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

59 Os académicos portugueses não concordam totalmente com esta parte da alteração. As principais críticas podem ser consultadas: Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Almedina, 2009; Cristina Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, 2009; Amadeu Colaço, *Novo Regime do Divórcio*, Almedina, 2009.

60 O n.º 1 do artigo 1646.º do Código Civil de Macau é semelhante a este, mas a pessoa que perde os benefícios deve ser a única ou principal culpada.

da outra parte⁶¹. Com a Lei n.º 61/2008, a presunção legal foi excluída e alterada para prever que, se um dos cônjuges abandona excessivamente os seus interesses, especialmente a sua vida profissional, por causa da vida em comum, o que se pode traduzir num encargo familiar muito superior ao que deveria ser suportado pelo mesmo e conseqüentemente com prejuízos patrimoniais, o cônjuge deve ter o direito de exigir ao outro a compensação correspondente. A intenção original desta alteração reside em acolher o princípio da equidade, com ênfase nos direitos dos cônjuges que abandonam a sua carreira por causa das necessidades familiares, como a de cuidar dos filhos, dos idosos ou trabalhos domésticos. O legislador português entende que tais direitos não foram adequadamente protegidos durante o casamento, portanto quando ocorre o divórcio, a lei deve proteger a parte que sacrifica a sua carreira e interesses financeiros pela sua família, o que é equivalente a um mecanismo de compensação, para obter o equilíbrio dos direitos de ambas as partes⁶².

Outra implicação patrimonial do divórcio por ruptura está consagrada no artigo 1792.º, n.º 1, do Código Civil Português. Nos termos deste artigo, o cônjuge ofendido tem o direito de exigir compensação da outra parte, sob a natureza de responsabilidade civil e deve ser objecto dum processo autónomo. Portanto, quando o processo de divórcio está relacionado às violações dos deveres conjugais, tais violações não desempenham um papel chave na acção de divórcio em si. No entanto, após o processo de divórcio, a vítima pode, nos termos do n.º 1 do artigo 1792.º, recorrer ao tribunal e requerer compensação da outra parte no âmbito da responsabilidade civil. Esta regra é útil para estabelecer a conexão entre o processo de divórcio sem culpa e os deveres conjugais. Caso contrário, o processo de divórcio sem culpa poderá levar ao mal-entendido do público de que os deveres conjugais são fictícios. Essas novas práticas, por sua vez, levam em conta a observância dos deveres legais dos cônjuges. Por outro lado, podem também garantir que no processo de divórcio, os litígios de natureza patrimonial (intencionais ou não intencionais) não atrasem o andamento do processo de divórcio, o que contribui para a protecção efectiva dos direitos de ambas as partes.

61 O n.º 1 deste artigo estabelece que marido e mulher devem partilhar a responsabilidade de assumir os encargos da família de acordo com suas respectivas capacidades e qualquer das partes deve cumprir este dever, utilizando seus recursos para fazer face aos encargos relacionados, fazer trabalhos domésticos, cuidar e educar seus filhos. O conteúdo é o mesmo do n.º 1 do artigo 1537.º do Código Civil de Macau.

62 Embora a intenção original do legislador português seja positiva, na prática existem muitas dúvidas sobre tais alterações, especialmente o conceito da incerteza neste artigo, que não é julgado pela lei, por isso algumas pessoas a criticam por não conduzir a uma solução praticável.

3.2. Vantagens do Divórcio Litigioso sem Culpa

Algumas objecções ao divórcio sem culpa apontam que na sociedade moderna, que é cada vez mais desfavorável à manutenção do casamento, o divórcio sem culpa torna o divórcio mais fácil e deixa o cônjuge menos favorecido mais inseguro. Os direitos e deveres dos cônjuges não conseguem ser plenamente realizados, empurrando o casamento para uma situação mais frágil e o princípio de igualdade e da justiça certamente falhará.

Não concordamos com este entendimento. Sob a exigência do sistema do divórcio baseado na culpa, a determinação da culpa torna-se frequentemente o principal impedimento pelo qual o processo de divórcio não decorre com celeridade. São muitos os exemplos de homens e mulheres discutindo um contra outro no tribunal, revelando escândalos e até tentando retardar o processo. Embora os factores emocionais sejam subjectivos e difíceis de julgar, existem outros factores, além das emoções, na composição do casamento do ponto de vista jurídico e sociológico. No entanto, é inegável que os cônjuges, além de serem marido ou mulher, têm o direito de buscar a realização dos seus direitos individuais como independentes, incluindo o de buscar a felicidade e de recasarem. A aceitação do divórcio deve-se à importância atribuída ao próprio conceito de casamento. Apenas depois de uma relação conjugal insustentável ser dissolvida, pode ser possível procurar a conclusão do casamento subsequente, o que é sem dúvida alguma, legalmente protegido.

Acreditamos que as principais vantagens de remover o modelo punitivo do divórcio baseado na culpa e de substituí-lo pelo divórcio sem determinação da culpa são as seguintes.

Em *primeiro lugar*, o divórcio sem determinação da culpa pode melhor proteger os direitos de ambos os cônjuges. De acordo com a lei, se uma acção de divórcio for requerida com o fundamento na violação culposa dos deveres conjugais, apenas a vítima pode propor a acção⁶³, isto é, a parte culpada não tem o direito de requerer o divórcio. Em outras palavras, se a parte lesada não se pretende divorciar⁶⁴, o casamento vai continuar. Esta é obviamente uma situação de falha

63 Ver em detalhes o artigo 1640.º, n.º 1, parte 1, do Código Civil de Macau, bem como o artigo 1785.º, n.º 1, a primeira parte do Código Civil português antes da sua alteração em 2008.

64 A vítima sabe que a outra parte é culpada pela violação dos deveres essenciais, mas ela não deseja divorciar-se por vários motivos. Alguns deles são por causa da mentalidade retaliatória e pensam que dar o divórcio é como baixar as armas, então preferem sacrificar a sua própria felicidade em vez de dissolver o casamento falhado. Outros são porque a vítima não está disposta a enfrentar a realidade e tem medo da opinião pública ou das dificuldades após o divórcio, então prefere continuar a agir como vítima em vez de divorciar-se. Ainda outros devem-se a outros factores externos, como: filhos, pedidos dos pais e assim por diante.

legal e ética. Para os cônjuges que não pretendem continuar o casamento, não se divorciar é um desrespeito e atropelo aos seus legítimos direitos e interesses individuais, ainda que seja o cônjuge que viola os deveres conjugais. Não é sensato para a parte lesada optar por continuação da relação quando enfrenta a violação culposa dos deveres conjugais doutra parte, porque assim a parte lesada não pode reivindicar e proteger seus direitos e interesses legítimos⁶⁵.

Em *segundo lugar*, a determinação da culpa depende da verificação de diversos factores. A acusação e a defesa dos sujeitos processuais estão entrelaçadas. Provas pessoais, provas materiais e outros tipos de prova são submetidas ao tribunal para análise orgânica e complexa, com possibilidade de recurso em caso de improcedência. Tudo isso transforma o processo de divórcio num processo demorado devido à determinação da culpa, razão pela qual não só falha em garantir a realização da justiça, mas também origina a demora na decisão judicial, o que cria ainda mais a impressão negativa da ineficiência dos trabalhos nos tribunais. O divórcio sem determinação da culpa pode evitar a demora do processo e é benéfico para garantir a eficiência do processo.

Em *terceiro lugar*, nos processos de divórcio baseados na culpa, é inevitável que a psicologia do ganho e da perda faça com que o casal entre num estado de hostilidade, o que agravará o conflito e intensificará a contradição. Divórcios sem determinação da culpa podem ajudar reduzir os atritos e os conflitos.

Quarto, no processo de determinar a culpa, pode haver fraude ou adulteração das provas criadas pelos cônjuges⁶⁶, o que não contribui para a salvaguarda da integridade e dignidade dos valores do Estado de Direito. O divórcio litigioso sem determinação da culpa é propício para manter a consistência dos princípios preciosos do direito.

Quinto, a determinação da culpa é consideravelmente difícil. Na sociedade moderna de desenvolvimento acelerado, a ideia de que a ruptura do casamento é problema de uma só parte está há muito tempo ultrapassada e a interação entre os cônjuges é complexa e mutável. Não é fácil nem simples julgar a autenticidade dos factos apresentados no tribunal. Para analisar com precisão a causa e o efeito

65 O artigo 1636.º do Código Civil de Macau prevê a perda da legitimidade para pedir o divórcio em dois casos: a) Se o cônjuge tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido ou tiver intencionalmente criado condições propícias à sua verificação; ou b) Se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum. No Código Civil português, o artigo 1780.º, que previa o mesmo conteúdo, foi revogado após alteração em 2008.

66 Por exemplo, a esposa acusa o marido de violar o dever de respeito mútuo, invocando que o marido lhe dirige palavras feias e com violência física, e a seriedade disto leva a esposa a ficar acordada a noite toda. Para todos os factos referidos, a esposa pode prová-los mentindo, fazendo falsas acusações e conspirando com outras pessoas.

por trás disso, é mais difícil ainda de determinar o correcto e o errado. Esses factores complexos podem afectar a decisão dos juízes. O divórcio litigioso sem determinação da culpa separa a dissolução do casamento da determinação da culpa, os requisitos legais exigidos pela lei são claros, o que ajuda a fazer um julgamento correcto e garantir a realização da justiça.

Sexto: Tratando-se de regular juridicamente as relações conjugais, o sistema jurídico reflecte um certo grau de incompetência que está naturalmente relacionado com a fragilidade dos direitos familiares. As regras jurídicas não podem obrigar os casais infelizes a continuarem juntos, nem pode efectivamente impedir os casados de terem relacionamentos extraconjugais. Isso também reflecte o distanciamento entre a lei na teoria e na prática que é a desvantagem do divórcio baseado na culpa e outra razão para a mais alta posição do processo de divórcio sem determinação da culpa⁶⁷.

3.3. Divórcio Litigioso sem Culpa em Macau: Possibilidade e Necessidade

Conforme em cima referido, o conteúdo do regime jurídico do divórcio de Macau é basicamente consistente com o de Portugal antes da reforma portuguesa de 2008. Por conseguinte, acreditamos que é possível e necessário introduzir o regime jurídico de divórcio sem culpa em Macau.

Alguns podem discordar argumentando que o actual regime do divórcio de Macau não é baseado unicamente na doutrina da responsabilidade, mas sim numa mistura de responsabilidade e ruptura irremediável. Desde que o divórcio causado por factores objectivos (por exemplo, separação de facto de dois anos) é decretado em Macau, não há necessidade óbvia de introduzir o divórcio sem culpa. Além disso, na questão do divórcio, se adoptarmos o regime jurídico de divórcio litigioso sem culpa, equivalente a divórcio sem limitações, este ficará totalmente liberal e pode levar a um aumento nas taxas de divórcio, o que prejudica o direito de auxílio do cônjuge feminino e divorciado e pode ter um impacto negativo sobre os filhos menores. Portanto, o divórcio litigioso sem culpa não é propício à manutenção do casamento normal e das relações familiares, não será benéfico para prevenir e punir as violações dos deveres, nem ajuda em determinar a compensação pelos danos causados pelo divórcio. Portanto, os direitos e interesses legalmente protegidos ficarão postos em causa. Mas discordamos desses argumentos.

Por um lado, numa perspectiva dos direitos e deveres, face às contradições

67 Ver Xue Ning Lan, The Legalization Process of No-Fault Divorce in The United States, in Foreign Law Translation Review, No. 4, 1998.

irreconciliáveis entre os cônjuges, um ou ambos os cônjuges não desejam manter a relação conjugal, se o relacionamento se torna insustentável e continua em conflitos e confrontações por causa da determinação da culpa, isso não é absolutamente do melhor interesse para nenhuma das partes. É bem sabido que quem escolhe divorciar-se com fundamento na culpa e violação dos deveres conjugais, geralmente está num estado de procrastinação e retaliação perpétua. No entanto, nos tribunais todos os pormenores da relação matrimonial são capazes de ser revelados e utilizados como arma na tentativa de ganhar o caso. Assim sendo e uma vez entrados nas guerras judiciais, os cônjuges tornam-se praticamente estranhos se não inimigos, longe ficarão do cumprimento dos deveres conjugais. Com o tempo, a relação entre os cônjuges só se vai deteriorar, até à decisão final do processo de divórcio, estando os direitos de ambas as partes repetidamente prejudicados.

Por outro lado, de acordo com as disposições legais no Código Civil de Macau, quando um dos cônjuges (a) pretende dissolver o casamento e buscar a felicidade depois da ruptura emocional o outro cônjuge (b) se opuser mas nem A nem B tem qualquer culpa por violação dos deveres conjugais, isso significa que A não tem legitimidade reconhecida pela lei de Macau para intentar uma ação de divórcio (artigo 1640.º, n.º 1 do Código Civil de Macau). Esta disposição parece proteger a integridade da família e o estatuto dos cônjuges, mas não é ao mesmo tempo uma violação dos direitos pessoais do cônjuge que pretende se divorciar? Para o sujeito individual de direitos, a liberdade de requerer o divórcio, o direito de buscar a felicidade e a liberdade de casar (recasamento) ficam severamente restringidas. Neste caso, como os princípios da igualdade e da justiça se manifestam? Talvez se possam contradizer que quando B se recusa a se divorciar sem nunca violar os deveres conjugais, A quer se divorciar, pode sair da casa de morada da família e provocar activamente a situação de separação de facto. Após dois anos de separação de facto, qualquer um dos cônjuges tem a legitimidade para requerer o divórcio. Portanto, acha-se que esta solução pode suprir a falta de legitimidade de acção de A e os seus direitos também ficarão garantidos. No entanto, não acreditamos que seja uma solução justa e equitativa. Conforme mencionado anteriormente, em Macau, dois anos de separação de facto é realmente um dos fundamentos para pedir o divórcio, mas a declaração de culpa ainda é possível. Imagine que, no exemplo supra, B não violou nenhum dever conjugal e não quer se divorciar, A não viola nenhum dever conjugal, mas quer, por uma questão de falta de legitimidade de intentar a acção, A pode efectivamente provocar a separação de facto, saindo da casa de morada da família e então requerer o divórcio após dois anos. Mas, precisamente porque a separação de facto é causada por iniciativa de A, B pode reivindicar a culpa de A por violação do dever de coabitação e requerer ao tribunal que o declare como o único culpado. A

sujeita-se a ser declarado como culpado a fim de se livrar da relação matrimonial onde já não pretende continuar, e está passivamente em desvantagem no processo de divórcio. Esta forma de colocar a carroça na frente dos bois é, obviamente, violadora dos princípios essenciais do Estado de Direito.

De acordo com os dados sobre o divórcio de Macau, na esmagadora maioria dos casos optou-se por divórcio por mútuo consentimento. Isto significa que a taxa de utilização de divórcios litigiosos em Macau não é elevada. Além disso, a declaração de culpa no divórcio litigioso não tem relevância prática para os cônjuges que se pretendem divorciar. Através da análise dos casos publicados, constatamos que, mesmo nos casos de divórcio litigiosos fundados na violação dos deveres conjugais, frequentemente não há culpa declarada, para não referir o facto de que quase não há declaração de culpa em divórcio litigioso com base em separação de facto. Assim, de acordo com o facto de que o divórcio baseado na culpa tem poucas hipóteses e uma baixa taxa de utilização em Macau, pode-se concluir que não há procura deste tipo de acção. Por outro lado, isso também mostra que esta forma de divórcio tem falhas e não é mais adequada para as realidades de hoje.

Segundo o entendimento das mentalidades tradicionais, o processo de divórcio não deve ser utilizado para acabar a relação matrimonial com intuito de determinar medidas sancionatórias, mas também com uma função implícita de restringir o divórcio ou afastar a ideia do divórcio. A exigência rigorosa de condições legais de requerer o divórcio pode produzir um efeito dissuasor para aqueles que levam o casamento como uma brincadeira ou se divorciam apressadamente, o que é útil para salvaguarda da integridade da família e também dos direitos e interesses das mulheres e crianças⁶⁸.

Estes conceitos incorporam uma forte cor patriarcal que gradualmente declinou na sociedade moderna de rápida mudança. Ao contrariar a relação matrimonial ou dissolvê-la, as pessoas atribuem mais importância à parte emocional dos interesses em comum e à compatibilidade sexual. A influência de factores políticos ou económicos começou a desvanecer e a contração de casamento começou a mostrar as características da livre escolha pessoal num sentido real. Embora o princípio da liberdade de divórcio não se encontre previsto expressamente na Lei Básica de Macau, uma sociedade justa, regida pela lei,

68 Argumenta-se que uma lei de divórcio muito branda permitirá às partes exercerem facilmente e realizar seu direito à liberdade de divórcio com mais facilidade, resultando na desintegração de um grande número de famílias, o que objectivamente enfraquece a protecção. Ver Wu Hong, *There Must be Limitations for Divorce*, in *Debate on the Amendment of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999, pp.131 ss.; Ma Yi Nan, *Chinese Marriage and Family Law of the 20th Century*, in *Peking University Law Journal*, No. 2, 1998.

deve garantir a liberdade de vontade dos divorciados e a liberdade de escolher e agir, atendendo aos princípios legislativos e ideias institucionais. A existência de divórcios litigiosos baseados na culpa limita gravemente a vontade, a escolha e a liberdade do cônjuge que deseja o divórcio. É uma violação tanto da justiça formal como substantiva.

A Lei do Casamento da China Continental considera o divórcio sem culpa como um princípio legislativo e garante a liberdade de divórcio como uma orientação ideológica dos actos legislativos. Ambos os cônjuges têm legitimidade para requerer o divórcio e o único requisito legal para o divórcio na acção de divórcio é a ruptura dos sentimentos conjugais. Alguns estudiosos da China Continental acreditam que a lei de divórcio excessivamente permissiva origina um grande número de casos de divórcio (que aumentam ano a ano) e que a lei de divórcio é muito inclinada para a liberdade de divórcio e contém limitações insuficientes⁶⁹. No entanto, no actual contexto social, económico e cultural, a diversificação dos conceitos morais e éticos, o enfraquecimento das funções familiares⁷⁰, a transformação da ideia de família com a orientação na ideia de direitos individuais como orientação em direitos de base individual, a introdução de conceitos contratuais de economia de mercado⁷¹, a popularização da cultura e diversificação das diferentes culturas e dos valores da liberdade e assim por diante, todos contribuem para o incremento da taxa de divórcio. Não se deve considerar unilateralmente que o sistema jurídico abre a porta para o “divórcio

69 Veja principalmente Xia Yin Lan, *Divorce Freedom and Restriction Theory*, Peking University Press, 2007, pp. 56 ss; Jiang Yue, *Introduction to Marriage and Family Law*, Science Press, 2007, pp.158 ss.

70 As famílias tradicionais têm as funções básicas de produção material, procriação e alimentação. No entanto, com a divisão cada vez mais refinada do trabalho na sociedade, várias funções da família foram gradualmente substituídas pelos serviços prestados pela sociedade, especialmente a dependência da geração mais jovem do casamento e da família foi reduzida. Ao mesmo tempo, a conotação do casamento e da família também mudou. O sexo não serve mais apenas para a reprodução e, junto com os factores emocionais, tornou-se um importante símbolo da harmonia entre marido e mulher. Referência: Li Hong Xiang, *The Value Orientation of the Construction of the Family Law System in the Civil Code of Our Country is Set Out*, in *The Social Science Front*, n.12, 2012.

71 Na economia de mercado, a lei confere status igual e protecção igual a todos os consumidores e produtores. Portanto, o conceito tradicional de marido e mulher como um todo foi gradualmente se desintegrando, enfatizando os direitos e o status do indivíduo. Ao mesmo tempo, de acordo com Maine, “o movimento da sociedade progressista, até aqui, é um movimento da identidade ao contrato.” O casamento é apenas um contrato civil que considera a essência do casamento como o entendimento do contrato, de modo que o divórcio também recebe a marca do contrato. Referência: Li Hong Xiang, *The Characteristics of the Rising Divorce Rate in China and Its Legal Countermeasures*, in *The Social Science Front*, n.º 16, 2015; Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, translated by Gao Min and Qu Hui Hong, Jiu Zhou Press, 2007.

gratuito”, o receio de que a introdução do sistema de divórcio sem culpa levará inevitavelmente a um grande surto de divórcios é também desnecessário. Na verdade, a função do direito é refletir e regular a realidade social, não podendo ser visto como o ponto de gatilho da realidade social⁷².

Nós somos da opinião que quando uma relação matrimonial é desfeita, a vontade de um ou de ambos os cônjuges de se divorciar deve ser totalmente respeitada e a declaração de divórcio é um resultado benéfico para ambos os cônjuges. O foco da lei deveria ser mais o de garantir a justiça dos efeitos do divórcio. A fim de proteger ambas as partes, a decisão judicial sobre os efeitos do divórcio deveria ser definida num processo judicial independente, o que é mais favorável à independência do assunto e os efeitos do divórcio seriam decididos com mais ênfase.

Parte IV. Palavra-Chave do Divórcio Litigioso sem Culpa: O princípio da Equidade

Um bom regime jurídico de divórcio deveria ser algo equilibrado. Precisamos de ter em conta, além de como dissolver o casamento, também de como consolidar a relação conjugal e como proteger os direitos familiares. A liberdade é sempre um conceito relativo. A liberdade de divórcio realizada pelo divórcio litigioso sem culpa defendida neste artigo também deve ser uma liberdade condicionada. Ao introduzir o regime jurídico de divórcio sem culpa, deve-se igualmente considerar o mecanismo correspondente para garantir os direitos das pessoas envolvidas. Enquanto se realiza a justiça formal, deve-se igualmente considerar as necessidades da justiça substantiva. Portanto, é necessário formular um mecanismo razoável e equilibrado para o divórcio sem culpa, a fim de prevenir e resolver problemas pessoais e sociais decorrentes do divórcio e após o divórcio.

Nós estamos cientes de que aqueles que discordam do divórcio sem

72 O divórcio é o funeral de um casamento já morto, não a causa. Portanto, algumas pessoas até defendem uma maior ampliação da liberdade de divórcio. Pessoas acreditam que se a lei do casamento estabelecer certos procedimentos e condições para o divórcio, e aumentar ainda mais as restrições ao divórcio, será um retrocesso. Ver Tan Da Zheng, *New Culture and Law*, People's Press, 1998, pp.155 ss; Xiao Xue Hui, *Opposed Attaching Divorce Conditions To Emotional Breakdown*; Chen Xin Xin, *Opposed Restrictions On Divorce*; Xu An Qi, *The Misunderstanding in the Amendment of Marriage Law - Restriction Of Divorce and Li Yin He*, *When Amending Marriage Law, Should Be Vigilant Against Retrogression*, all in *The Controversy On The Amendment Of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999; Li Hong Xiang, Wang Chun Ying, *The Problems and Countermeasures of Marriage Law – From The Perspective of The Perfection of Family Law System*, in *Contemporary Law Review*, n.2, 2012.

culpa estão preocupados com que o divórcio sem culpa possa levar à nulidade e ineficácia das normas do respeito e observância dos deveres do marido e da mulher. Ao mesmo tempo, o cônjuge desfavorecido e os filhos menores podem perder protecção devido ao divórcio. Portanto, é necessário prestar atenção a esses problemas quando acontecer a reforma do nosso regime jurídico do divórcio.

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer adequadamente os requisitos do divórcio que devem ser considerados em combinação com a ética, a moralidade e a legitimidade. O divórcio sem culpa não é igual ao divórcio sem qualquer fundamento. Deve ter requisitos legais. Na nossa opinião, Macau pode utilizar o sistema de divórcio litigioso sem culpa de Portugal como uma referência e adoptar a doutrina da ruptura, tendo o requisito objectivo como principal e o subjectivo como suplementar, para analisar se existe ou não ruptura da relação conjugal, a fim de tomar a decisão final de decretar ou não o divórcio.

Assim, quando se verificar algum dos seguintes requisitos a) a separação de facto por um ano consecutivo sem intenção de restabelecer a relação conjugal; b) a ausência do cônjuge, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano; c) a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade da vida em comum, o cônjuge tem a legitimidade para intentar a acção.

De facto, uma outra premissa abstracta e generalizada da irremediabilidade pode ser acrescentada, que será a alínea d): Quaisquer outros factos que, independente da culpa dos cônjuges, mostra a ruptura definitiva do casamento.

A palavra “outro” é usada para distinguir claramente os três primeiros requisitos do último, quando a lei é aplicada. Por exemplo, os casais que estão separados há meio ano não podem requerer o divórcio, porque não cumprem o requisito de tempo, mas pode um requerer o divórcio com base em “outras razões que possam provar a ruptura do casamento” referido na alínea d)? A nossa resposta é não. Se a fundamentação usada for a de separação de facto, apenas pode ser utilizada a alínea a) para justificar a acção, não a alínea b). Caso contrário, a alínea a) ficará praticamente nula tendo só efeito decorativo. Então, exemplos da alínea d)? Por exemplo, um dos cônjuges tem casos extraconjugais, ou existe violência doméstica ou contradições irreconciliáveis entre marido e mulher sobre questões reprodutivas ou profissionais. Este método de generalização abstracta pode ser um complemento útil e necessário para tornar a lei mais adaptável à rica e mutável realidade da vida, fazendo a lei aplicável com mais flexibilidade e, ao mesmo tempo, abre-se um certo espaço ao poder discricionário, o que ajuda o juiz a tomar a decisão mais justa a partir da situação em concreto.

A RESERVA DE LEI FISCAL, O ORÇAMENTO E A TRIBUTAÇÃO ANUALIZADA*

Luís Pessanha**

Assessor da Assembleia Legislativa, Macau

Assistente em tempo parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: A presente comunicação tem em vista a discussão de um conjunto de princípios e conceitos de Direito Fiscal, com uma forte proximidade ao Direito Financeiro e Orçamental, tendo em vista um debate académico em torno da nova *Lei de Enquadramento Orçamental*, que foi aprovada pela Lei n.º 15/2017. Iremos procurar apresentar algumas reflexões sobre o *princípio da legalidade fiscal*, tendo em vista o âmbito da *reserva de lei* e da *reserva de iniciativa legislativa* em matéria tributária, e também sobre o *princípio da anualidade*, e a *votação anual dos impostos*, entendida como uma *autorização* do legislador parlamentar ao órgão executivo para a *cobrança* dos impostos em cada ano civil. Finalmente, aproveitaremos para apresentar considerações sobre a dimensão fiscal que a *Lei do Orçamento* crescentemente ocupa no nosso sistema jurídico-fiscal, sugerindo

* O presente texto foi apresentado como uma comunicação oral no Colóquio “A Lei Básica, o Orçamento e a Nova Lei de Enquadramento Orçamental de Macau”, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, no dia 20 Abril 2017.

O texto segue a ordem da exposição feita neste relevante Colóquio e procurou manter-se o registo de oralidade e informalidade que a caracterizava originalmente. A comunicação sofreu vários complementos e foram actualizadas algumas das referências apresentadas, reflectindo-se as alterações legislativas que se verificaram mais recentemente, nomeadamente tomando como referência a versão final da *Lei de Enquadramento Orçamental*, aprovada pela Lei n.º 15/2017, e tendo em vista a *Lei do Orçamento de 2019*, aprovada pela Lei n.º 19/2018, que se encontra actualmente em vigor.

** O presente texto é da exclusiva responsabilidade do seu Autor e não reflecte necessariamente as posições ou opiniões da Assembleia Legislativa ou de qualquer outra entidade à qual o Autor esteja associado. Endereço electrónico: luisp@um.edu.mo.

que se pode começar a falar de uma verdadeira *anualização da tributação*.

Palavras-chave: Lei Básica, orçamento, Direito Tributário, Direito Fiscal, reserva de iniciativa, reserva de lei, princípio da legalidade, princípio da anualidade, tributação anualizada.

1. Introdução

A presente comunicação foi elaborada tendo em vista os trabalhos legislativos que se encontravam em curso, na Assembleia Legislativa, em 2017, relativos à elaboração da nova *Lei de Enquadramento Orçamental*, que veio a ser posteriormente aprovada pela Lei n.º 15/2017¹. Foi perante este pano de fundo, de uma alteração legislativa de especial relevo para o regime jurídico que *regula e enquadra* a elaboração do *Orçamento*, que nos foi dirigido o honroso convite para intervir, numa *perspectiva assumidamente fiscalista*, tendo em vista referenciar aspectos que assumem uma dimensão tributária, mas que são também importantes para o Direito Financeiro e Direito Orçamental, nomeadamente o *princípio da anualidade*, que resulta da apresentação e votação anual do *Orçamento* na Assembleia Legislativa, com evidente impacto para o Direito Fiscal.

Uma nota prévia, nestas nossas reflexões iremos ter em vista os preceitos legais, os princípios e as garantias que configuram a matriz do sistema fiscal de Macau, contidos no Capítulo V (*Economia*) da Lei Básica, mas também dispersos pela lei fundamental, com relevo para o quadro normativo superior do Direito Fiscal de Macau, naquilo que se pode designar como a *constituição fiscal* da RAEM².

2. A escolha dos três temas e o seu interesse fiscal

Tomamos a revisão do regime jurídico do *enquadramento orçamental* como uma oportunidade para referenciar um conjunto de aspectos que nos parecem ser merecedoras de um estudo mais aprofundado, optamos por apresentar reflexões sobre *três temas de pendor fiscal com uma forte conexão orçamental*.

1 Os elementos legislativos, bem como o relevante Parecer da 2.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, podem ser consultados em <http://www.al.gov.mo/pt/law/2017/261>.

2 *Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*. Veja-se JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Elementos de Direito Fiscal”, in *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, págs. 189-211 (especialmente págs. 198-200); LUÍS PESSANHA, “O Enquadramento da Família no Direito Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 631-656 (especialmente págs. 642-650).

Os três temas de Direito Fiscal que elegemos como merecendo a nossa atenção e que irão servir de linha condutora à presente comunicação são os seguintes:

Em primeiro lugar, o regime da *reserva de lei* da Assembleia Legislativa, em matéria tributária e orçamental, nos termos em que se encontra configurada na Lei Básica³, não se deixando de se considerar também a concomitante, e simétrica, *reserva de iniciativa legislativa* do Governo nestas mesmas matérias. Podemos aqui falar de uma dupla reserva, de *iniciativa* e de *aprovação*, atribuída a dois órgãos diversos, o que implica que se deva assegurar a protecção de cada uma destas reservas e também a liberdade de actuação de ambas estas reservas. Para o efeito, será feita menção das questões que se colocam em torno do *âmbito* e *limite* que esta reserva de lei parlamentar ocupa no que diz respeito ao Direito Tributário, e ao procedimento legislativo para a elaboração de norma fiscal.

Em segundo lugar, a *votação anual dos impostos*, e a *autorização de cobrança*, que se entende ser concedida pela Assembleia Legislativa no contexto mais lato da discussão e aprovação do orçamento anual. Aqui tendo em conta que as opções orçamentais, em sede de receitas públicas, mormente as receitas tributárias, implicam também uma pronúncia sobre a efectiva necessidade de cobrança dos *impostos* relativamente aos quais se orçamenta anualmente receita fiscal pela sua cobrança. Este aspecto financeiro torna evidente a função de *primeira grandeza* de relevância que tradicionalmente a *Lei do Orçamento* assumia, e ainda continua a assumir, para o Direito Fiscal, tendo em vista a obtenção de uma *autorização anual* junto dos representantes dos contribuintes, que têm assento nas assembleias representativas populares, por via da aprovação parlamentar do *Orçamento*. Para que o Executivo possa proceder, legitimamente e legalmente, à *cobrança dos impostos* que estão em vigor na ordem jurídica e que foram antes, regra geral, aprovados pelos próprios parlamentos, nos termos do respectivo regime constitucional que se encontre em vigor, e respeitando as especiais exigências que a criação de normas em matéria fiscal deva observar.

Em terceiro lugar, aquilo que iremos tentativamente designar, para efeitos da presente comunicação, e com assumidas hesitações sobre a sua adequação conceitual, como a *tributação anualizada*, para descrever uma característica cada vez mais presente na ordem jurídica-fiscal de Macau. Trata-se de um fenómeno que se pode observar de simultânea inacção do *legislador fiscal* e de adaptação legislativa do *legislador orçamental* em matéria fiscal. E que resulta de as leis

3 *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China*, adoptada em 31 de Março de 1993, pela Primeira Sessão da Oitava Legislatura da Assembleia Popular Nacional da República Popular da China e promulgada pelo Decreto n.º 3 do Presidente da República Popular da China para entrar em vigor no dia 20 de Dezembro de 1999, publicada pelo Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/1999 na I Série do Boletim Oficial da RAEM, no dia 20 de Dezembro de 1999.

fiscais de Macau serem *mantidas essencialmente inalteradas* pelo legislador, sofrendo poucas inovações materiais durante décadas, apesar da sua patente antiguidade e desatualização, por um lado. Ainda que, por outro lado, se constate que os impostos de Macau são sistematicamente *ajustados anualmente* pela via de alterações pontuais e assistemáticas contidas na *Lei do Orçamento*, que produzem efeitos apenas durante a vigência de cada *Orçamento*, em cada ano civil, em um número muito elevado de leis fiscais. E isto segundo uma opção assumida de *continuidade* na atribuição anual de isenções fiscais no *Orçamento*, nalguns casos tratando-se de isenções fiscais que se perpetuam há mais de uma década, por serem repetidamente retomadas por sucessivas leis orçamentais.

3. A reserva de lei em matéria tributária e orçamental

A doutrina faz uso do conceito de *soberania fiscal* para caracterizar o poder de imposição, para criar novos impostos, ou para modificar ou extinguir impostos existentes na ordem jurídica, tendo em conta os limites que estejam previstos no regime constitucional que seja concretamente aplicável. A lei fundamental irá conformar os poderes tributários estaduais, sendo que no contexto do *alto grau de autonomia* é concedido o exercício da *soberania fiscal* à RAEM pela Lei Básica.

Uma consulta da lei fundamental permite verificar a renúncia à tributação regional pelo Estado Central (cf. artigo 104.º, *terceiro parágrafo*, da Lei Básica). Em benefício de um sistema tributário próprio para Macau, sendo reconhecido um *poder tributário regional* à RAEM, e dado um exclusivo total e pleno no que diz respeito às opções fiscais aplicável às matérias tributárias internas⁴. Tal decorre, desde logo, da Lei Básica prever que se aplica em Macau um *sistema fiscal independente* (cf. artigo 106.º, *primeiro parágrafo*, da Lei Básica), devendo a RAEM produzir, *por si própria*, as leis relativas aos tipos dos impostos e às taxas dos impostos e às reduções e isenções tributárias, bem como a outras matérias tributárias (cf. artigos 106.º, *segundo parágrafo*, da Lei Básica)⁵. A RAEM deve modelar o seu próprio *regime fiscal regional*, tomando como referência as políticas fiscais anteriormente seguidas, em especial mantendo para futuro um sistema de

4 Tal significa a que a RAEM possa estabelecer, nomeadamente, os seus próprios critérios de delimitação da aplicação espacial dos impostos de Macau, o que pode implicar que se gerem situações de dupla tributação com outros sistemas fiscais da China, que podem ser resolvidos por via da negociação de *acordos inter-regionais contra a dupla tributação* celebrados entre a RAEM e outras entidades da China. Veja-se JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente págs. 187-189).

5 Aqui parece que se terá em vista isenções *fiscais* e outras matérias *fiscais* e não propriamente isenções *tributárias* e outras matérias *tributárias*. Esta questão será retomada no texto.

baixa tributação, numa manifestação do *princípio da continuidade*.

O regime constitucional irá também determinar quais são os *órgãos regionais da soberania fiscal* que podem exercer poderes tributários, sendo que o Direito Fiscal, pela sua própria natureza, inclui uma dimensão ablativa dos direitos fundamentais, mormente do direito à propriedade privada, dos particulares. É por isso se entende que os *órgãos de soberania fiscal*, que aprovam as normas de incidência fiscal, devem ser os mais *representativos* da comunidade, e também *independentes* do Executivo na apreciação das medidas fiscais propostas pelo *órgão executivo*, para poderem avaliar livremente sobre a efectiva necessidade dos sacrifícios patrimoniais que resultam para os particulares das intervenções legislativas em matéria fiscal que sejam promovidas pelo Executivo.

Este papel é tipicamente atribuído aos parlamentos, que são vistos como os representantes mais directos da população e dos contribuintes, dando lugar ao *princípio da legalidade fiscal*, que implica que as matérias fiscais, pelo menos no seu núcleo mais relevante e impactante para os direitos fundamentais, sejam habitualmente alvo de um regime de *reserva de lei*, tendo que ser aprovadas pelas próprias assembleias legislativas⁶. Tal implica que se restrinja e demarque a intervenção do Executivo neste domínio, não lhes assistindo o poder de aprovar normas fiscais por via regulamentar, ou estando o *órgão executivo* condicionado neste campo, conforme resulte da opção constitucional em cada caso⁷.

Como se pode depreender, a intervenção do parlamento na feitura das leis fiscais e na aprovação anual do *Orçamento* resulta dos valores da defesa da liberdade, da democracia, da representatividade popular e da independência dos *órgãos parlamentares* perante os *órgãos executivos*, consagrando o princípio da *votação anual dos impostos* pelas assembleias políticas. É também reflexo de um sistema político assente na *separação de poderes*, permitindo a fiscalização e controlo dos poderes do Executivo pelo Parlamento em matéria fiscal⁸. Procurando

6 O princípio da legalidade fiscal tem como base a ideia de *autoimposição*, *autotributação* ou *autoconsentimento* dos impostos, que resulta de os impostos serem consentidos pelos próprios contribuintes, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 141-150.

7 Entre outros, SOARES MARTINEZ, *Direito Fiscal*, Almedina, 1993, págs. 69-100; HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 15-19 e 73-90; JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 133 e seguintes; MANUEL PIRES/RITA CALÇADA PIRES, *Direito Fiscal*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, págs. 103-125.

8 Momento estabelecido pela nossa lei fundamental que visa o *controlo recíproco do poder*, por via de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), entre o poder executivo e o poder legislativo. Trata-se do *freio recíproco* ou das *relações vinculativas* que visam assegurar o necessário equilíbrio entre os poderes dos *órgãos executivo e legislativo*. Sobre este ponto, veja-se PAULO CARDINAL, “O Sistema Político da Região Administrativa Especial de Macau – Em Busca do Equilíbrio”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 75-84 (especialmente págs. 80-84).

conter eventuais excessos fiscais do órgão executivo, evitando impostos escusados ou desnecessariamente onerosos, numa perspectiva que visa um relacionamento saudável e uma interacção dinâmica entre os três ramos. Está aqui presente, de forma clara, também a ideia de cooperação e interdependência mútua entre os poderes estaduais⁹, em particular entre os órgãos executivos e legislativos, que é visível na distribuição de competências, responsabilidades e tarefas na criação de actos legislativos que imponham obrigações fiscais aos contribuintes, onde o modelo constitucional da Lei Básica pretende promover um exercício cooperante dos seus poderes pelos órgãos executivos e parlamentares, salvaguardando a colaboração mútua subjacente à produção normativa fiscal.

No contexto do regime contido na nossa lei fundamental, e tendo em vista a opção tomada no artigo 71.º da Lei Básica, que firma o *princípio da legalidade tributária* na nossa ordem jurídica regional, há que articular as competências dadas ao Executivo (*reserva de iniciativa legislativa*) no campo do Direito Tributário e Orçamental, tratando-se de matéria onde se prevê uma *competência absolutamente reservada* ao Governo, e as áreas *reservadas em exclusivo* ao parlamento para a produção legislativa (*reserva de lei*), onde apenas a Assembleia Legislativa pode intervir normativamente, tendo competência para aprovar as leis que regulam a essência ou o núcleo do Direito Tributário e Orçamental.

3.1. Arquitectura Constitucional

Conforme se avançou, a Lei Básica pressupõe uma cooperação dinâmica entre o *órgão executivo* e o *órgão legislativo* no campo do Direito Tributário e Orçamental, onde o Governo assume uma competência de *iniciativa legislativa exclusiva* para formular as suas opções financeiras e económicas, tendo em vista apresentar as suas iniciativas legislativas na área orçamental (tendo que apresentar obrigatoriamente anualmente o *Orçamento* e o *relatório sobre a execução do Orçamento* - artigo 71.º, alínea 2) da Lei Básica) e tributária (tendo competência para formular propostas para definir os *elementos essenciais* do *regime tributário* - artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica) à Assembleia Legislativa. Ainda que o deva fazer no respeito pela *constituição fiscal*, isto é dentro das opções de sistema válidas e admissíveis, que sejam conformes com a Lei Básica, não se desviando dos princípios, regras, limites e vinculações constitucionais, em matéria fiscal e financeira, a que esteja obrigado, e que sejam determinadas pelo regime ordenador superior contido na nossa lei fundamental¹⁰. Devendo o Executivo agir, portanto,

9 Como já se afirmou, em termos expressivos, “A ordenação funcional separada deve entender-se como uma *ordenação controlante-cooperante de funções*” (itálicos no original), J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª Edição, Almedina, pág. 251.

10 A vinculação à lei fundamental não deve ser encarada apenas como um conjunto de limites à intervenção

dentro da ampla margem de conformação permitida pelas opções estruturais na Lei Básica, e que resultam dos princípios gerais contidos na nossa lei fundamental, como acontece nomeadamente com o *princípio da legalidade tributária* (cf. artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica), com o *princípio da igualdade fiscal* (cf. artigo 25.º da Lei Básica), com o *princípio da baixa tributação* (cf. artigo 106.º, *segundo parágrafo*, da Lei Básica) ou com a *regra dourada do equilíbrio orçamental* (cf. artigo 105.º da Lei Básica)¹¹.

do legislador ordinário (que estreitem as opções que podem ser validamente adoptadas - *simples contornos negativos*), mas também como contendo imposições constitucionais (impondo verdadeiros deveres de agir ao legislador ordinário – *directivas positivas*). Sobre a liberdade de conformação do legislador, veja-se JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador; Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2001, págs. 215 e seguintes (especialmente págs. 248-251).

Já defendemos anteriormente que haveria a omissão de cumprimento de um verdadeiro dever de agir pelo legislador ordinário no que diz respeito à *protecção da família*, que obrigaria à adopção de políticas fiscais que tenham em conta a realidade e os encargos familiares, favorecendo uma tributação mais favorável da família e dos seus consumos próprios. Trata-se de um exemplo de um *dever de agir* imposto pela Lei Básica ao legislador ordinário. Veja-se LUÍS PESSANHA, “O Enquadramento da Família no Direito Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 650-656.

- 11 A *regra dourada* do equilíbrio orçamental surge formulada em termos programáticos, como norma-tarefa para o legislador ordinário, como um princípio de política orçamental a ser “seguido”, onde se deve “procurar alcançar” o equilíbrio entre as receitas e as despesas, para se “evitar o deficit e manter o orçamento a par da taxa de crescimento do produto interno bruto da Região” (artigo 105.º da Lei Básica). Sobre as normas-fim e as normas-tarefa, veja-se JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador; Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2001, págs. 286-287.

Se bem compreendemos, a Lei Básica aponta um rumo em matéria orçamental, de consolidação das finanças públicas e de rigor orçamental, oposto ao endividamento público excessivo, impondo um “princípio de manutenção das despesas dentro do limite das receitas”, mas não pode afastar que, caso tal seja estritamente necessário, em termos orçamentais e financeiros se possa ter um ou mais anos de deficit, onde pontualmente não se consiga, apesar dos melhores esforços, ter um orçamento equilibrado, tendo o legislador ordinário, nesse caso, que procurar corrigir este desequilíbrio financeiro com a brevidade possível, evitando que o orçamento seja deficitário por largos períodos.

Esta *regra dourada* do equilíbrio orçamental foi retomada no artigo 10.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*, ainda que nos parecesse preferível que este diploma estruturante a tivesse desenvolvido, e procurado concretizar o âmbito e sentido, também do ponto de vista técnico-financeiro, desta regra orçamental (de notar que a versão inicial da proposta de lei fazia uso de um normativo que não se limitava a *reproduzir o texto* do artigo 105.º da Lei Básica e poderia ter maior utilidade regulatória, apesar de merecer também alguns reparos do ponto de vista da sua formulação técnica). Sobre este ponto, assinalando que a opção foi no sentido de manter a *uniformidade* da redacção em relação à Lei Básica, veja-se Parecer n.º 5/V/2017 da 2.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada “Lei de Enquadramento Orçamental”, de 3 de Agosto de 2017, págs. 33-34 (com interesse, sobre a possível ocorrência de um *défice orçamental*, também págs. 55-56). Merece ser referido que o artigo 11.º da *Lei de Enquadramento Orçamental* faz menção autónoma à necessidade de sustentabilidade financeira dos recursos financeiros e da capacidade de endividamento público. Veja-se também, sobre

O Governo assume, portanto, a *iniciativa legislativa orçamental e tributária*, podendo medir a oportunidade e necessidade do ponto de vista político, financeiro e económico de se proceder a modificações na ordem jurídica-fiscal em vigor, tendo em conta a situação da economia de Macau, mas também evidentemente aspectos de sustentabilidade financeira e orçamental, que lhe são exigidos pelo legislador da Lei Básica, aquando da elaboração da *proposta de orçamento* para cada ano económico (devendo procurar “evitar o deficit” - artigo 105.º da Lei Básica). Este juízo de oportunidade de uma iniciativa legislativa fiscal terá, naturalmente, que merecer a concordância do órgão legislativo¹².

No campo da concretização das *opções tributárias* o legislador ordinário está obrigado a agir dentro do pleno respeito pelos princípios fiscais estabelecidos na lei fundamental, como o *princípio da legalidade fiscal* (cf. artigo 71.º alínea 3) da Lei Básica), do qual se retira, nomeadamente, a proibição de integração de lacunas no domínio dos elementos essenciais dos impostos¹³, ou o *princípio da igualdade fiscal* (cf. artigo 25.º da Lei Básica), em sentido material, o que implica uma igualdade efectiva na tributação dos rendimentos, patrimónios, consumos e outras manifestações de riqueza que permitam diferenciar a situação pessoal de cada contribuinte, tendo a capacidade contributiva como o pressuposto e o critério de tributação¹⁴. Fazendo uso de uma tributação proporcional e de taxas de impostos

a possibilidade de ocorrer um défice orçamental, o artigo 24.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*, onde se admite a utilização de reservas financeiras e a contracção de dívidas.

- 12 Que é o que decorre da eventual *aprovação*, ou da *não aprovação*, de uma iniciativa legislativa na generalidade pelo Plenário da Assembleia Legislativa, onde se vota “a sua oportunidade do ponto de vista político, social e económico” (cf. artigo 113.º do Regimento da Assembleia Legislativa, aprovado pela Resolução n.º 1/1999 e alterado pelas Resoluções n.ºs 1/2004, 2/2009, 1/2013, 1/2015 e 2/2017).
- 13 O entendimento tradicional aponta para que eventuais lacunas seriam entendidas como “lacunas políticas” e não como “lacunas jurídicas”, não permitindo que o aplicador das leis fiscais possa ir para além do que foi aprovado pelo legislador parlamentar, no âmbito das normas integrantes da reserva de lei fiscal. Veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 209-210; MANUEL PIRES/RITA CALÇADA PIRES, *Direito Fiscal*, 5.ª Edição, Almedina, 2012, págs. 123-124 e 168-176. A *proibição* da integração de normas jurídico-fiscais apenas se coloca no *direito fiscal essencial*, onde a rejeição da integração é entendida como uma decorrência do respeito pelo princípio da legalidade fiscal, na sua dimensão autorizativa da carga fiscal admissível pelo órgão parlamentar, servindo também finalidades de segurança jurídica, o que não se coaduna com soluções que permitam ao aplicador da lei fiscal modificar (em especial, *agravar*) a carga fiscal permitida, por via da integração de lacunas. Alguma doutrina, no entanto, tem vindo a assinalar que esta questão pode assumir outros contornos, não devendo surgir como uma regra *absoluta*, podendo passar por uma ponderação dos interesses em presença, caso a integração de lacunas, em concreto, sirva outros valores constitucionais, como o princípio da igualdade em matéria fiscal, ainda que apenas quando a lei fiscal o preveja. Sobre este ponto, veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 209-210.
- 14 O princípio da igualdade fiscal reconduz-se a uma manifestação do princípio geral da igualdade, contido

de natureza progressiva, tendo como critério base a capacidade contributiva dos contribuintes. Mas também dando obediência a princípios ordenadores do regime fiscal que estão implícitos, como por exemplo o *princípio da segurança jurídica*, que implica a proibição da retroactividade dos impostos¹⁵. Ou, ainda, fazendo apelo ao *princípio da proporcionalidade* e promovendo a *justiça fiscal*. Ou que a tributação tenha como finalidade um efeito redistributivo da riqueza, reduzindo desigualdades sociais, para além do mero financiamento das despesas públicas¹⁶, o que resulta da ideia de *Estado Social*, que entre nós não surge consolidada. Sempre assegurando que a tributação no sistema fiscal de Macau permanece em níveis baixos e tendo em vista uma ideia de continuidade na matriz do sistema fiscal (cf. artigo 106.º, *segundo parágrafo*, da Lei Básica)¹⁷.

Dentro do respeito pela matriz e pelos princípios e valores contidos na Lei Básica, há uma ampla *liberdade conformadora do legislador*, que permite que se tenha em vista adequar as soluções normativas concretas às circunstâncias da economia e da vida social, em função das necessidades de intervenção legislativa que se façam sentir em cada momento, calibrando as soluções legais ao evoluir

no artigo 25.º da Lei Básica, devendo ser entendido não no seu sentido formal (igualdade *perante* a lei), mas em sentido material (igualdade *na* lei), tendo como base a capacidade contributiva. Veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 155 e seguintes.

- 15 Entendida como proibindo a aplicação retroactiva de normas fiscais que sejam desfavoráveis aos contribuintes. Veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 216-218.
- 16 Pensamos que a *função redistributiva* do sistema fiscal é reconhecida pelo legislador fiscal, sendo afirmada em vários preâmbulos de leis fiscais, podendo ser entendida como decorrente do princípio da continuidade, apesar da Lei Básica não se referir expressamente a que o sistema fiscal de Macau deva ter em vista uma repartição mais justa dos rendimentos ou da riqueza. Assim já o defendemos antes, LUÍS PESSANHA, “O Enquadramento da Família no Direito Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 648-650 (especialmente nota de rodapé n.º 38 em pág. 649).
- 17 Refira-se, ainda que telegraficamente, que não se deve ignorar que este *princípio constitucional regional*, nos termos amplos em que se encontra configurado na Lei Básica, surgindo como um limite à intervenção do legislador ordinário, deixa margem para a formulação de intervenções legislativas que possam conter desvios a esta opção de sistema, desde que os mesmos assumam uma natureza pontual ou temporária. Assim, julgamos que se deve admitir a possibilidade de agravamentos da carga fiscal existente, de se aprovarem aumentos fiscais, e mesmo uma tributação elevada para certas realidades fiscais, desde que se tratem de opções legislativas devidamente fundamentadas, que sejam justificadas pela defesa de outros princípios ou valores constitucionais ou por necessidades imperiosas orçamentais, que assumam uma natureza meramente temporária, e que não tenham relevo suficientemente para descaracterizarem o regime fiscal de Macau, que deve continuar a ter “como referência” a “política de baixa tributação anteriormente seguida em Macau” (artigo 106.º, *segundo parágrafo*, da Lei Básica). Outra leitura implicaria uma excessiva rigidez na delimitação das opções sobre o regime fiscal que estão na disposição do legislador ordinário. Neste sentido, LUÍS PESSANHA, “O Enquadramento da Família no Direito Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 646-648.

dos tempos e às necessidades sociais. Formulando opções para a carga fiscal que deva ser exigida aos contribuintes, ou a cada grupo de contribuintes, ou que deva incidir sobre certas transacções ou consumos, ou em decorrência dos rendimentos, da propriedade ou da riqueza detida por cada contribuinte, sempre tendo como base a capacidade contributiva¹⁸. E não deixando de ter em conta considerações de ordem funcional, assegurando que o sistema fiscal funciona *minimamente bem*, combatendo a evasão fiscal. Ou favorecendo a tributação directa ou indirecta, e agindo em função das necessidades de financiamento público que possam existir, bem como considerando a evolução da economia e da actividade empresarial, formulando as propostas de alteração do regime fiscal vigente, para serem apresentadas e votadas na Assembleia Legislativa, que se entendam ser oportunas e convenientes em cada momento para a RAEM.

3.2. Reserva de Iniciativa Orçamental

No que diz respeito à proposta de lei do *Orçamento* da RAEM de cada ano económico, encontramos uma *reserva absoluta de iniciativa* do Governo em matéria orçamental, prevista no artigo 71.º, alínea 2) da Lei Básica, onde se fixa que seja o Governo a formular a sua “proposta de orçamento”, para que esta proposta de lei possa ser apresentada e votada na Assembleia Legislativa¹⁹.

Este exclusivo da iniciativa orçamental dada ao Governo pode ser entendido como uma “manifestação das ideias de predominância do poder executivo”²⁰. Deve entender-se que esta reserva exclusiva de iniciativa legislativa vai abranger também as *propostas de alteração do orçamento*²¹, devendo ser o Governo a apresentar

18 Acreditamos que o respeito pelo princípio da igualdade (cf. artigo 25.º da Lei Básica) impõe que o legislador fiscal tenha que ter a capacidade contributiva como pressuposto e critério de tributação. O que, a nosso ver, não acontece suficientemente, em decorrência da consideração parcelar, fracionada e isolada, dos vários tipos de rendimentos dos contribuintes, pelos impostos que vigoram em Macau.

19 Artigo 71.º, alínea 2) da Lei Básica:

“Compete à Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau:

(...) 2) Examinar e aprovar a proposta de orçamento apresentada pelo Governo (...)”.

20 SUN TONGPENG, “A alocação de competências orçamentais em Macau – Algumas considerações jurídicas”, in *Revista Administração*, n.º 103, Vol. XXVII, 2014, págs. 103-123 (especialmente pág. 109).

21 Só se conhece uma única *lei de alteração orçamental*, aprovada pela Assembleia Legislativa, que tenha adoptado esta designação, a Lei n.º 7/2011, *Alteração do Orçamento de 2011*. Encontramos, no entanto, *propostas de lei de revisão do orçamento*, que correspondem a *propostas de alteração do orçamento*, em 2008 (Lei n.º 5/2008), 2009 (Lei n.º 5/2009), 2010 (Lei n.º 2/2010) e 2015 (Lei n.º 5/2015).

É sabido que o Executivo prefere introduzir modificações orçamentais, por via regulamentar, e não formular *propostas de lei de alteração orçamental* à Assembleia Legislativa, em termos que enfraquecem o controlo parlamentar sobre a execução do *Orçamento* conforme aprovado originalmente.

eventuais modificações ao *Orçamento* em vigor, aplicando-se as mesmas regras procedimentais na aprovação e na alteração do *Orçamento*, na medida em que o Executivo entenda avisado introduzir rectificações orçamentais.

É de reconhecer que esta exclusão da iniciativa legislativa dos Deputados à Assembleia Legislativa, em matéria de apresentação do *Orçamento*, pode ser considerada como “perfeitamente justificável”²², no que diz respeito à *iniciativa legislativa originária* para apresentar o *Orçamento* anual à Assembleia Legislativa, ou eventuais *propostas de alteração do orçamento*, dado que se relaciona com as competências dadas pela lei fundamental ao Governo, na alínea 4) do artigo 64.º da Lei Básica, para *organizar e apresentar o orçamento e as contas finais*, tendo em conta as *linhas de força* das políticas que o órgão executivo pretende implementar no ano económico em causa, sendo que é no órgão executivo que reside a capacidade técnica e os abundantes recursos humanos especializados necessários para a preparação do *Orçamento*²³. Pode também ser defendido que o órgão executivo mais naturalmente será respeitador de critérios de racionalidade económica e prudência financeira, procurando soluções orçamentais que permitam assegurar a sustentabilidade das finanças públicas²⁴.

Deve ainda ser sublinhado que existe aqui um verdadeiro dever do exercício da iniciativa legislativa pelo Governo, no que diz respeito à apresentação da *proposta de orçamento*, que terá que ser obrigatoriamente apresentada anualmente à Assembleia Legislativa²⁵. Tal veio a ser expressamente assumido e retomado

A *Lei de Enquadramento Orçamental* introduziu certas limitações para o âmbito destas modificações orçamentais, aprovadas pelo Chefe do Executivo (cf. artigo 49.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*), mas permite um regime ainda muito amplo de intervenções orçamentais à margem da aprovação de uma *proposta de lei de alteração orçamental* (cf. artigo 50.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*). Para uma explicação deste regime legal, e dos seus limites, conforme se entendeu aprovar em 2017, veja-se Parecer n.º 5/V/2017 da 2.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada “Lei de Enquadramento Orçamental”, de 3 de Agosto de 2017, págs. 80-87.

- 22 JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente pág. 199).
- 23 SUN TONGPENG, “A alocação de competências orçamentais em Macau – Algumas considerações jurídicas”, in *Revista Administração*, n.º 103, Vol. XXVII, 2014, págs. 103-123 (especialmente pág. 110).
- 24 A restrição da iniciativa legislativa originária dos Deputados em matéria orçamental encontra apoio na ideia de que o parlamento deve ser contido, nas suas opções políticas, quando pretenda submeter medidas legislativas, porventura de cariz populista, que possam colocar em causa as opções orçamentais mais relevantes, aumentando as despesas públicas, ou reduzindo as receitas públicas, e colocando em causa a sustentabilidade financeira da RAEM, o que poderia impedir o cumprimento do *princípio do equilíbrio orçamental* contido no artigo 105.º da Lei Básica. Fala-se, por vezes, de uma *lei travão*.
- 25 O que está implícito, na previsão anual da elaboração e execução do *Orçamento*, nomeadamente nos artigos 50.º, alínea 3), 52.º, alínea 2), 53.º, 54.º, alínea 3), 64.º, alínea 4), 71.º, alínea 2) e 106.º, todos

pela *Lei de Enquadramento Orçamental*, aprovada pela Lei n.º 15/2017, onde se prevê que o Governo apresenta à Assembleia Legislativa, até 30 de Novembro de cada ano, a proposta de orçamento referente ao ano seguinte, sob a forma de proposta de lei (cf. artigo 25.º, n.º 1 da *Lei de Enquadramento Orçamental*), sendo que compete à Assembleia Legislativa proceder ao exame e à aprovação da proposta de orçamento (cf. artigo 28.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*)²⁶.

Menos equilibrada, na nossa perspectiva, é a opção contida na Lei Básica que não permite que os Deputados à Assembleia Legislativa, que também se encontram dotados de iniciativa legislativa, em geral, possam formular projectos de lei que tenham relevância financeira, mesmo que de cariz pontual, tendo em vista a adopção de medidas legislativas concretas e de impacto orçamental não muito significativo. Tal decorre do previsto na *primeira parte* do artigo 75.º da Lei Básica, onde se prevê que as iniciativas legislativas apresentadas pelos Deputados não podem envolver “*receitas e despesas públicas*”, o que merece ser considerada uma restrição excessiva da iniciativa legislativa dos Deputados²⁷.

3.3. Iniciativa Legislativa Superveniente

Do exposto resulta um aspecto adicional que merece reflexão. Se é incontroverso que a Lei Básica formula uma *reserva de iniciativa originária* no que diz respeito à apresentação da *proposta de lei do orçamento*, no artigo 71.º, alínea 2) da Lei Básica, e se deve entender que os Deputados não podem também formular *propostas de lei de alteração orçamental*, por tal se dever ainda retirar da reserva de iniciativa atribuído ao Governo em sede orçamental, e também, por envolver directamente uma reponderação legislativa dos aspectos centrais

da Lei Básica. Neste sentido a apresentação da proposta de lei do Orçamento não se encontra na livre disponibilidade do Governo, mas consiste num *poder-dever* do Governo, havendo a competência, o dever e a responsabilidade de apresentar anualmente uma *proposta de lei de orçamento* à Assembleia Legislativa, que reflecta a prossecução da política económico-financeira da RAEM em cada ano civil, com aprovação parlamentar. Veja-se TIAGO DUARTE, *A Lei por Detrás do Orçamento – A questão da constitucionalidade da lei do orçamento*, Almedina, 2007, págs. 525 e seguintes.

26 Sendo que a *Lei do Orçamento* deve ser *elaborada, organizada, votada e executada* de acordo com a *Lei de Enquadramento Orçamental* (cf. artigo 1.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*), sendo uma lei paramétrica para a futura produção de leis orçamentais, naquilo que decorre de uma opção de autovinculação do legislador, não podendo ser afastadas pela *Lei do Orçamento*. Ainda que não se verifiquem objecções de constitucionalidade, no nosso ordenamento jurídico, a que a *Lei do Orçamento* possa introduzir alterações pontuais sobre a *Lei de Enquadramento Orçamental*, desde que se respeite o procedimento legislativo exigido na Lei Básica. Veja-se TIAGO DUARTE, *A Lei por Detrás do Orçamento – A questão da constitucionalidade da lei do orçamento*, Almedina, 2007, págs. 210 e seguintes.

27 Em sentido próximo, veja-se JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente págs. 199).

das escolhas de política estruturantes de natureza económica e financeira, com impacto sobre as *receitas e despesas públicas*, o que não é admitido pelo artigo 75.º da Lei Básica.

Uma outra questão é se os Deputados podem apresentar propostas de emenda, de substituição, de aditamento ou de eliminação²⁸ à proposta de *Orçamento* apresentada anualmente pelo Governo, ou às *propostas de lei de alteração orçamental* apresentadas pelo Governo, aquando da sua apreciação na Assembleia Legislativa, procurando fazer votar um *Orçamento* com as modificações que entendam serem necessárias²⁹, ou introduzindo emendas ao texto inicial da proposta de lei em matéria orçamental, naquilo que se designa de *iniciativa legislativa superveniente*³⁰. A nossa lei fundamental apenas limita a iniciativa originária dos Deputados em certas matérias, o que não abrange a iniciativa legislativa superveniente, dado que as normas condicionadoras das competências dos Deputados, em matéria legislativa, assumem um cariz excepcional, afastando ou restringindo, a competência legislativa genérica que estes assumem, nos termos do artigo 75.º da Lei Básica, e que é natural aos membros de uma assembleia parlamentar³¹. Neste sentido, a opção passa por um modelo que dá ao Governo a escolha sobre se pretende ou não despoletar um processo legislativo com relevância orçamental, bem como a margem de liberdade para formular, pelo menos inicialmente, o conteúdo e regime da concreta iniciativa legislativa visada. E que será votada na generalidade pela Assembleia Legislativa, sendo apresentada e aprovada na generalidade, fixando-se naquele momento o objecto, as grandes opções e os princípios gerais da iniciativa legislativa³². Mas o que não afasta que, no processo legislativo que decorre no órgão parlamentar,

28 Cf. artigo 106.º do Regimento da Assembleia Legislativa.

29 Cf. artigo 127.º, n.º 3 do Regimento da Assembleia Legislativa.

30 Sobre a iniciativa legislativa originária e a iniciativa legislativa superveniente, veja-se, entre muitos outros, ANTÓNIO KATCHI, *As Fontes de Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, págs. 476-477; PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 279-314 (especialmente págs. 290-292).

31 O princípio geral é que os Deputados, em sede de procedimento legislativo, detêm todos os poderes, com a excepção dos poderes que são expressamente limitados pela lei fundamental. Veja-se PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente pág. 635).

32 De notar que a aprovação da versão inicial da proposta de lei na *generalidade*, pelo Plenário da Assembleia Legislativa, implica que fiquem fixados os *princípios* e o *sistema* da iniciativa legislativa (cf. artigo 119.º, alínea a) do Regimento da Assembleia Legislativa). Quaisquer alterações que vejam a ser posteriormente introduzidas, em sede de apreciação na *especialidade*, devem sempre respeitar as opções de fundo que foram aprovadas na *generalidade* pelo Plenário.

após se ter dado entrada e admitido a iniciativa legislativa apresentada, se venham a propor e a votar alterações às propostas de lei originalmente apresentadas pelo Governo, mesmo com a sua discordância.

No entanto, apesar da Lei Básica apenas reservar a iniciativa originária em matéria orçamental ao Governo, e não limitar a iniciativa superveniente, não afastando que os Deputados possam formular propostas de alteração às propostas de lei apresentadas pelo Governo, ainda que no campo do *Orçamento*, tal é expressamente restringido pelo Regimento da Assembleia Legislativa, que prevê a rejeição liminar das propostas de alteração dos Deputados que visem “*receitas e despesas públicas*” (cf. artigo 107.º, alínea a) do Regimento da Assembleia Legislativa)³³. Apesar de não se fazer referência directa ao *Orçamento* aqui, parece que se deve entender que esta restrição regimental se deva aplicar também às matérias orçamentais, que irão envolver sempre *receitas e despesas públicas*. Neste sentido, nos termos regimentais em vigor, apenas o Governo pode formular propostas de alteração à *proposta de orçamento*, ou ainda também às *propostas de lei de alterações orçamentais*, que tenha antes apresentado à Assembleia Legislativa, tendo os Deputados que votar o texto da proposta de lei apresentada pelo órgão executivo sem o puderem modificar, mesmo em aspectos onde haja o apoio de uma maioria parlamentar. A questão é sensível, pois pode obrigar o órgão legislativo a ter de optar entre uma aprovação ou rejeição *em bloco* de todas as propostas orçamentais apresentadas pelo órgão executivo, mesmo havendo maiorias favoráveis a que se introduzam certas alterações materiais à *proposta de orçamento* apresentada pelo Governo. O que implica uma limitação excessivamente ampla do campo de intervenção política da Assembleia Legislativa na aprovação do *Orçamento* de cada ano.

A existência de limites regimentais ao poder de modificação parlamentar para a *proposta de lei do orçamento*, apresentada pelo Governo, pode ser justificada face à reserva de iniciativa legislativa do Governo em matéria orçamental, e tendo também em vista evitar que “uma total desfiguração da proposta governativa” colocasse em causa a “autonomia da reserva constitucional de iniciativa reservada constitucionalmente atribuída a este órgão”³⁴. Assim sendo, a proteção da iniciativa orçamental pode ser encarada como uma espécie de *lei travão de base regimental*, comum em sistemas parlamentares, formulada em termos mais amplos do que

33 Em regra, os restantes limites materiais não serão relevantes para efeitos de propostas de lei em matéria orçamental, ainda que em concreto possam estar em causa aspectos que venham excepcionalmente a incidir sobre o “funcionamento do Governo”, na medida em que uma iniciativa legislativa orçamental possa eventualmente também conter aspectos orgânicos, dotando ou retirando competência administrativa a uma ou outra entidade, organismo ou serviço público.

34 TIAGO DUARTE, *A Lei por Detrás do Orçamento – A questão da constitucionalidade da lei do orçamento*, Almedina, 2007, pág. 529.

é costumeiro³⁵, que impede as alterações de origem parlamentar que impliquem um aumento de despesas ou uma diminuição de receitas³⁶.

A legitimidade do Regimento da Assembleia Legislativa para restringir a iniciativa legislativa superveniente dos Deputados para a *proposta de orçamento*, e as sucessivas *propostas de alteração do orçamento*, surge como questionável, apesar de encontrar sustentação, pelo menos em alguma medida, na necessidade de se acautelar que a capacidade do órgão executivo para conduzir a sua própria política econômica não possa ser esvaziada pelo órgão parlamentar. Voltaremos a esta questão novamente, para efeitos da legitimidade do Regimento da Assembleia Legislativa para limitar a iniciativa superveniente dos Deputados.

3.4. Propostas de Melhoria Técnica no Orçamento

Pensamos, no entanto, que tal não implica uma *limitação absoluta* da iniciativa legislativa supervenientes dos Deputados, que também possa abranger aspectos que sejam de mero registo técnico-jurídico, visando aperfeiçoamentos ou correcções de ordem contabilística, sobre os elementos financeiros contidos nos anexos, ou mesmo acertos de redacção ou legística, que se imponham ou não ponham em causa as opções orçamentais apresentadas e as políticas financeiras do Governo, que se encontram vertidas no *Orçamento*. No nosso entender, a exigência regimental no sentido de se proceder à rejeição liminar das propostas de alteração dos Deputados que visem “receitas e despesas públicas” (cf. artigo 107.º, alínea a) do Regimento da Assembleia Legislativa), não implica que os Deputados não possam apresentar propostas de alteração que queiram somente ajustar aspectos técnicos da *proposta de orçamento*, respeitando as suas opções materiais. Em bom rigor, muitas destas questões podem mesmo ser alvo de uma intervenção correctiva em sede de redacção final, que deve ocorrer após a aprovação na especialidade das iniciativas legislativas, por órgãos da própria Assembleia Legislativa, nos termos regimentais, aperfeiçoando-se aspectos de sistemática, de legística ou mesmo do estilo das normas legais aprovadas³⁷.

35 A formulação na Lei Básica e no Regimento da Assembleia Legislativa parece ser demasiado abrangente na configuração das matérias alvo de reserva de iniciativa, ao referir-se a projectos de lei que “envolvam” receitas e despesas públicas, e não apenas que aumentem despesas ou reduzam receitas públicas. Ficam aqui aparentemente incluídas também as iniciativas que iriam *reduzir despesas públicas* ou mesmo *aumentar receitas públicas*, o que não parece encontrar justificação bastante, designadamente em termos da necessidade de sustentabilidade das finanças públicas e da promoção da responsabilidade fiscal. Tal não é também uma solução habitual em sede de Direito Comparado.

36 TIAGO DUARTE, *A Lei por Detrás do Orçamento – A questão da constitucionalidade da lei do orçamento*, Almedina, 2007, págs. 603 e seguintes.

37 Pelo menos aspectos relativos à redacção, sobre a sistemática e que sejam decorrentes das *regras de boa legística* aplicáveis devem ser corrigidos em sede de *redacção final*, pela competente Comissão,

3.5. Matérias Não Orçamentais no Orçamento

Subsidiariamente a este regime de *iniciativa exclusiva* do órgão executivo, de natureza indisponível, na medida em que a *lei do orçamento* contenha matérias não orçamentais, nomeadamente legislação fiscal, do funcionalismo público ou outras matérias, há que considerar o regime geral da iniciativa legislativa dos Deputados, nos termos do artigo 75.º da Lei Básica. Ora, como melhor se verá, a prática orçamental dos últimos anos tem levado a que um conjunto de *matérias não orçamentais*, mas de pendor anual, sejam incorporadas na *proposta de lei do orçamento*, como acontece com grande número de disposições fiscais. Caso estas disposições formalmente contidas na *lei do orçamento* não sejam relativas a “*receitas e despesas públicas*”, ou apenas residualmente toquem em matérias financeiras, não nos parece adequado afastar a possibilidade de uma iniciativa parlamentar sobre as mesmas, pela forma de *projectos de lei*, ou pela formulação de *propostas de alteração supervenientes* a estes artigos, que contemplem assuntos de cariz não orçamental, pelos Deputados à Assembleia Legislativa. A simples incorporação de disposições não orçamentais, na proposta de lei do orçamento, não as sujeita ao regime de reserva de iniciativa do *Orçamento*.

Assim sendo, terá que se considerar os restantes limites à iniciativa legislativa dos Deputados contida na *segunda parte* do artigo 75.º da Lei Básica, onde se prevê que os projectos de lei dos Deputados, que “*envolvam a política do Governo*”, sejam carecidos de uma autorização prévia escrita do Chefe do Executivo. Desde que esteja em causa aspectos relevantes para a concretização das opções políticas fundamentais do Governo, relativos às *políticas básicas* do Governo, que possam estar contidas no *Orçamento* de cada ano, para votação no órgão parlamentar, caindo na zona de *iniciativa legislativa condicionada* dos Deputados. Eventualmente, por exemplo, a disposição já costumeira, incluída na *proposta de lei do orçamento*, que actualiza a remuneração dos trabalhadores da Administração Pública³⁸, pode ser considerada como consistindo na concretização

não estando abrangidos pela reserva de iniciativa superveniente configurada pelo Regimento da Assembleia Legislativa em matéria orçamental. Na realidade, “a sistematização do texto e o seu estilo” podem sempre merecer eventuais aperfeiçoamentos ou melhorias em sede de redacção final, sem que tal coloque em causa as reservas de iniciativa legislativa do Governo, dado que esta intervenção da comissão de redacção final não pode nunca modificar o “pensamento legislativo”, isto é apenas pode corrigir deficiências formais ou de sistemática e não alterar as escolhas e opções legislativas que foram votadas e aprovadas em Plenário (cf. artigo 129.º do Regimento da Assembleia Legislativa). As várias reservas de iniciativa legislativa superveniente do Governo, constantes do Regimento, devem ser articuladas com este momento final de aperfeiçoamento técnico-jurídico das iniciativas legislativas.

38 Em função da inflação registada em Macau no ano civil anterior, mas nos últimos anos também tendo em vista os consensos obtidos, ou as opiniões recolhidas, no Conselho Permanente de Concertação Social. Cf. artigo 27.º da Lei n.º 19/2018, *Lei do Orçamento de 2019*, que actualizou o índice 100 tabela indiciária constante do Mapa 1 do Anexo I à Lei n.º 14/2009, *Regime das carreiras dos trabalhadores*

de uma *política básica* do Governo, para o Funcionalismo Público, caindo no campo da *iniciativa legislativa reservada*. Ainda que não nos pareça estar imune a que os Deputados possam formular uma *proposta de alteração*, ao abrigo da sua iniciativa legislativa superveniente, no âmbito da discussão parlamentar da mesma, não relevando que esta disposição esteja incorporada no *Orçamento*. Ainda que, nos termos regimentais, tal teria também que depender de uma prévia autorização do Chefe do Executivo³⁹, para o efeito, como melhor se verá.

Por outro lado, caso esteja em causa matéria tributária, que esteja incluída no *Orçamento*, por exemplo, a previsão de uma isenção fiscal do pagamento da Contribuição Industrial com efeitos para o ano civil em causa, teremos que ter em conta o âmbito da *reserva exclusiva de iniciativa legislativa* do Governo, em matéria fiscal, que decorre do artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica, que irá incidir sobre os “*elementos essenciais do regime tributário*”. Por último, resulta do exposto que haverá ainda um espaço onde a iniciativa legislativa dos Deputados se mantém, ainda que seja apenas residual neste âmbito, que corresponde às matérias, que estejam formalmente integradas na *proposta de orçamento*, mas que não tenham em vista intervenções sobre as *receitas e despesas públicas*, onde não estejam em causa as *políticas básicas* do Governo e onde não se visem alterações sobre os *elementos essenciais do regime tributário*. O *Orçamento* poderá incluir, por mera conveniência legislativa, a regulação relativa a aspectos organizatórios do funcionalismo público ou matérias fiscais não essenciais, com relevo financeiro acessório, entre outras. Que não tenham a ver com as opções políticas fundamentais do Executivo, onde os Deputados possam fazer uso da sua própria iniciativa legislativa, caso assim o entendam conveniente.

3.6. Reserva de Lei Orçamental

De forma paralela e simétrica à *reserva de iniciativa legislativa* do órgão executivo, a Assembleia Legislativa, enquanto órgão legislativo, assume uma competência exclusiva para apreciar e aprovar (ou *não aprovar*, conforme o entender), as iniciativas legislativas apresentadas pelo Governo na área orçamental (aprova anualmente o *Orçamento* e aprecia o *relatório sobre a execução do Orçamento* - artigo 71.º, alínea 2) da Lei Básica). No que diz respeito à votação do *Orçamento* deve ser reconhecido que o regime constitucional pressupõe a sua aprovação anual, não sendo possível prescindir da existência de um *Orçamento*⁴⁰,

dos serviços públicos, com efeitos a partir do dia 1 de Janeiro de 2019, mantendo-se o mesmo até nova actualização. Esta norma pode continuar a vigorar para além do ano civil de 2019.

39 Cf. alínea a) do artigo 107.º e artigo 105.º do Regimento da Assembleia Legislativa.

40 Tratando-se de uma iniciativa legislativa que decorre obrigatoriamente anualmente, e que pressupõe uma *aprovação parlamentar anualizada*, ainda que a aprovação concreta de cada proposta de orçamento

prevendo também salvaguardas em caso de não ser possível de se aprovar a *proposta de orçamento* apresentada pelo Governo, bem como mecanismos para solucionar eventuais crises constitucionais que possam surgir, em torno das opções orçamentais, entre os órgãos executivo e legislativo.

3.7. Não Aprovação do Orçamento

No que diz respeito ao *Orçamento*, é de notar que a não aprovação da “*proposta de orçamento apresentada pelo Governo*” acarreta graves consequências, ficando em causa o regular funcionamento das instituições, o financiamento dos serviços, organismos e outras entidades públicas, e mesmo o pagamento dos salários e outras remunerações devidas aos trabalhadores da Administração Pública, bem como aos fornecedores e contratantes públicos, que dependem das respectivas dotações orçamentais. A não aprovação do *Orçamento* pode dar lugar a uma crise política e constitucional, entre o Governo e a Assembleia Legislativa, caso o órgão executivo queira fazer aprovar um *Orçamento* que a maioria dos Deputados da Assembleia Legislativas rejeite. A Lei Básica resolve no imediato a questão através da adopção de um regime de duodécimos, continuando a aplicar o *Orçamento* aprovado pelo órgão legislativo no ano anterior, em cada mês que decorra, até à aprovação do novo *Orçamento*, permitindo que o Chefe do Executivo possa aprovar dotações provisórias para despesas de curto prazo, de acordo com os critérios adoptados no ano económico anterior (cf. artigo 53.º da Lei Básica). Esta solução, assente na afectação provisória de receitas e despesas de curto prazo, respeitando-se os critérios aprovados no *Orçamento* do ano económico anterior, pela Assembleia Legislativa, está também prevista na *Lei de Enquadramento Orçamental*, aprovada pela Lei n.º 15/2017 (cf. artigo 30.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*). Tal visa assegurar a imprescindível manutenção e continuação da regular actividade pública da RAEM e evitar que uma crise orçamental implique o encerramento de serviços públicos, bem como a impossibilidade de pagamento de salários e outros compromissos financeiros.

Do ponto de vista político, e da relação entre os órgãos de soberania regionais, a eventual ocorrência de uma crise constitucional, que decorra da não aprovação da *proposta de orçamento* apresentado pelo Governo à Assembleia Legislativa, é resolvida, num primeiro momento, pela *via de consultas*, procurando obter um *consenso* entre os órgãos executivo e parlamentar (cf. artigo 52.º, alínea 2) da Lei Básica), sendo que na falta de sucesso dessa via conciliatória se prevê que o Chefe do Executivo possa dissolver a Assembleia Legislativa, após consulta do Conselho Executivo, apresentando publicamente as razões justificativas da dissolução, que podem consistir na impossibilidade manifesta de se alcançar uma

que venha a ser apresentada não possa ser presumida, dependendo de consensos políticos.

maioria parlamentar para a aprovação do *Orçamento* apresentado (cf. artigo 52.º, *quarto parágrafo*, da Lei Básica)⁴¹. Tal, no entanto, apenas é possível por uma vez, não podendo o Chefe do Executivo dissolver a Assembleia Legislativa se já o tiver feito antes, mantendo-se a crise constitucional após a dissolução e da nova eleição e composição da Assembleia Legislativa (cf. artigo 52.º, *quinto parágrafo*, da Lei Básica). Nesse sentido, caso a nova Assembleia Legislativa, após a sua dissolução e recomposição, “*insistir na recusa da aprovação*” da *proposta de orçamento*, não aprovando novamente a *proposta de orçamento* apresentada, deve o Chefe do Executivo demitir-se, tendo obrigatoriamente que renunciar ao seu cargo por não conseguir fazer aprovar o seu *Orçamento* (cf. artigo 54.º, alínea 3) da Lei Básica). Tal pressupõe, que a eleição e nomeação de um novo Chefe do Executivo será a derradeira via para ultrapassar a crise constitucional associada à recusa, reiterada e insistente, da aprovação da *proposta de orçamento* pela Assembleia Legislativa, mesmo após esta ser dissolvida e reconstituída, presumindo-se que o novo Chefe do Executivo, que tome posse nestas circunstâncias muito especiais, resolva a crise constitucional, tomando as medidas que sejam exigíveis para reformular a *proposta de orçamento* de forma a que a mesma seja politicamente viável e possa obter a necessária aprovação e apoio parlamentar maioritário na Assembleia Legislativa. Caso tal não ocorra, este ciclo pode reiniciar-se com o novo Chefe do Executivo, que poderá dissolver novamente a Assembleia Legislativa, por uma vez, por esta insistir na recusa da aprovação da *proposta de orçamento*.

3.8. Execução do Orçamento

Uma outra questão próxima, também contemplada na Lei Básica, é assegurar que o *Orçamento* aprovado pela Assembleia Legislativa, com base na proposta do Governo, é devidamente executado, procurando garantir-se que as opções fiscais e financeiras que foram discutidas e aprovadas pelo órgão parlamentar são plenamente respeitadas aquando da execução e aplicação da lei orçamental, em cada ano económico. Sobre este ponto, a *Lei de Enquadramento Orçamental*, aprovada pela Lei n.º 15/2017, prevê que, após a aprovação da *proposta de orçamento* pela Assembleia Legislativa e da assinatura pelo Chefe do Executivo, se proceda à sua publicação no Boletim Oficial e à sua execução no ano económico em causa (cf. artigo 29.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*).

A questão oferece algumas *nuanças* perante a *letra* da Lei Básica, dado que no seu texto a lei fundamental se refere a que a Assembleia Legislativa deva “apreciar”, e não “aprovar”, o *relatório sobre a execução do orçamento* apresentado pelo Governo (cf. artigo 71.º, alínea 2), *parte final*, da Lei Básica). Ora, se na *letra* da Lei Básica se prevê que a *proposta de orçamento* apresentada

41 Cf. artigo 25.º, n.º 2 da *Lei de Enquadramento Orçamental*.

pelo Governo é *examinada e aprovada* pela Assembleia Legislativa (cf. artigo 71.º, alínea 3), *primeira parte*, da Lei Básica), o que implica que deva ser discutida e votada, podendo ser rejeita (ou, *não aprovada*) pelo órgão legislativo, já o *relatório do orçamento* é aparentemente meramente *apreciado*. O que poderia ser entendido como implicando uma pronúncia sobre a correcta execução do orçamento, por via de uma votação pelo Plenário do *relatório do orçamento*, mas tem sido antes entendido como dando lugar a um momento de discussão e votação meramente indirecta, pela via da aprovação de uma resolução da Assembleia Legislativa (cf. artigo 154.º do Regimento da Assembleia Legislativa).

Tal consiste na apreciação e aprovação de um parecer elaborado por uma comissão da Assembleia Legislativa sobre o *Relatório sobre a Execução do Orçamento*⁴². O que não comporta a votação do próprio *relatório do orçamento* apresentado pelo Governo, como seria expectável e claramente mais adequado, que é produzido pelos Serviços de Finanças, e que por sua vez já foi alvo de um *Relatório de Auditoria da Conta Geral* de teor técnico pelo Comissariado de Auditoria (cf. artigo 153.º do Regimento da Assembleia Legislativa).

Assim sendo, a Assembleia Legislativa pronuncia-se sobre a *opinião* que uma comissão da Assembleia Legislativa, elaborada perante o *Relatório sobre a Execução do Orçamento* de um certo ano apresentado pelo Governo, tendo em conta também o respectivo *relatório do Comissariado de Auditoria*, que irá rever e emitir um parecer técnico sobre a sua exactidão. Discutindo e aprovando esse mesmo relatório de uma comissão por via de uma resolução do Plenário da Assembleia Legislativa, mas não se pronunciando directamente, como eventualmente seria mais natural e apropriado, no campo da fiscalização orçamental pela Assembleia Legislativa, sobre o *relatório do orçamento* apresentado pelo Governo, que não é alvo de apreciação e votação em Plenário.

Este modo de funcionamento, veio a ser retomado pela *Lei de Enquadramento Orçamental*, aprovada pela Lei n.º 15/2017, estando previsto que compete aos Serviços de Finanças a elaboração do relatório sobre a execução do orçamento (cf. artigo 54.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*)⁴³, devendo ser apresentado à Assembleia Legislativa, até 15 de Outubro de cada ano, juntamente com o relatório do Comissariado de Auditoria (cf. artigo 55.º da *Lei de Enquadramento*

42 A resolução mais recente é a *Apreciação do Relatório sobre a Execução do Orçamento de 2017*, aprovada pela Resolução n.º 1/2019, publicada na I Série do Boletim Oficial da RAEM, no dia 4 de Fevereiro de 2019 (disponível em <http://www.al.gov.mo/pt/resolution/lawRes/354>).

43 As *regras para a elaboração do relatório sobre a execução do orçamento* foram aprovadas por regulamentação administrativa complementar, por via do Despacho do Chefe do Executivo n.º 275/2018 (e constam do Anexo II a este Despacho). Veja-se também artigo 54.º, n.º 3 e artigo 72.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*, e ainda alínea 2) do n.º 1 do artigo 93.º do Regulamento Administrativo n.º 2/2018, *Regulamentação da Lei de Enquadramento Orçamental*.

Orçamental), sendo que a Assembleia Legislativa aprecia o relatório sobre a execução do orçamento (cf. artigo 56.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*) e o publica no Boletim Oficial (cf. artigo 57.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*).

De notar que a Assembleia Legislativa pode *não aprovar* o relatório do orçamento apresentado pelo Governo, ou pode *apreciar negativamente* esse mesmo relatório, nomeadamente quando o parecer sobre o *Relatório sobre a Execução do Orçamento* elaborado por uma comissão parlamentar seja desfavorável. Caso se considere que as opções formuladas e votadas na *lei do orçamento* não foram devidamente respeitadas na execução do mesmo orçamento, tendo havido uma violação das opções financeiras, dos princípios ou dos compromissos orçamentais. Tal, no entanto, aparentemente não suscita mais consequências constitucionais, não colocando em causa o regular funcionamento das instituições, não se prevendo nenhuma ilação legal para este incumprimento, que terá apenas um sentido de um voto político, manifestando uma censura pela quebra com as opções orçamentais apresentadas pelo Governo e votadas pela Assembleia Legislativa. Não há, portanto, uma sanção jurídica específica para este efeito.

Tal implica que a *reserva de lei* da Assembleia Legislativa surja com maior densificação, assumindo maior exigência, na sua competência para *examinar e aprovar* a proposta de orçamento apresentada pelo Governo do que na sua competência para *apreciar* o relatório sobre a execução do orçamento apresentado pelo Governo. Neste segundo momento, as competências de fiscalização do cumprimento orçamental parecem desacompanhadas de mecanismos de controlo efectivo e de uma sanção para uma eventual violação do regime orçamental. Se o Executivo não cumpre com as opções aprovadas na *lei do orçamento*, haverá apenas espaço para uma *censura política* pela Assembleia Legislativa, caso entenda que o *relatório sobre a execução do orçamento* não deve ser aprovado ou não deve ser *favoravelmente apreciado*, sendo chumbado. Ou mereça ser *aprovado apenas com certas reservas*⁴⁴, nomeadamente por violação do previsto na *lei do*

44 Houve já um caso, aquando da apreciação da *Execução do Orçamento de 2007*, onde o *Relatório de Auditoria da Conta Geral*, elaborado pelo Comissariado da Auditoria apresentou uma recomendação de aprovação com *reservas* à Assembleia Legislativa, por se entender que não se teria respeitado devidamente o regime de contabilidade à data aplicável. Tendo-se afirmado expressamente que “Dado que os serviços reconheceram parte das “operações financeiras específicas” nos Activos e Passivos, conforme o princípio do regime de acréscimo, e não registaram parte das mesmas nas demonstrações financeiras consolidadas, contrariando assim o disposto no regime de contabilidade pública, pelo qual todas elas deveriam ser uniformemente registadas nas demonstrações financeiras consolidadas como receitas e despesas, a Relação de receitas e despesas consolidadas relativa a 2007 deixou de registar pelo menos cerca de 803,3 mil milhões de patacas nas “receitas de capital”, 790,1 mil milhões nas “despesas de capital” e 13,2 mil milhões no saldo de operações orçamentais; no Balanço consolidado, foram registados a mais nos “activos – créditos a terceiros” cerca de 1,2 mil milhões de patacas, cerca de 62,7 mil milhões de patacas a mais nos “passivos – débitos a terceiros” e cerca de 61,5 mil milhões

orçamento em causa. Isto para além de um controlo da legalidade pelos tribunais, que pode existir em relação ao incumprimento do *regime de contabilidade público que o Orçamento deva obedecer*, na medida em que as disposições legais ou os princípios contabilísticos e financeiros não sejam respeitados, ou também em caso de violação do regime de bases ou dos princípios contidos na *Lei de Enquadramento Orçamental*, para além de se sindicar o cumprimento do regime procedimental administrativo e os seus princípios, desde logo o *princípio da legalidade*, pelos órgãos administrativos.

3.9. Reserva de Iniciativa Tributária

A *reserva exclusiva de iniciativa legislativa* do Executivo assume um âmbito de grande amplitude também no campo da feitura das leis fiscais, dado que a nossa lei fundamental prevê que compete ao Governo apresentar propostas para definir, por lei em sentido formal, aprovada pela Assembleia Legislativa, os *elementos essenciais do regime tributário* (cf. artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica). Ou, como se pode ler na Lei Básica, compete ao *Governo* (leia-se *em exclusivo ao Governo*, estando dotado de um verdadeiro monopólio de iniciativa legislativa originária no âmbito nuclear do Direito Fiscal) apresentar à Assembleia Legislativa as propostas de lei que tenham em vista “*Fazer, alterar, suspender ou revogar leis*”, e que procurem *definir “os elementos essenciais do regime tributário”*.

Nestes termos, não é permitido que os Deputados à Assembleia Legislativa, que também se encontram dotados de iniciativa legislativa, em geral (cf. artigo 75.º da Lei Básica), possam apresentar iniciativas legislativas tendo em vista *definir o núcleo essencial do Direito Tributário*. Neste campo sensível para os dinheiros e tesouro público, os Deputados não podem formular projectos de lei em matéria fiscal, visando a *criação de novos impostos, a modificação de impostos em vigor, ou a revogação de impostos vigentes*, alterando a carga fiscal e tributária vigente no sistema. Tal implica que seja sempre o Governo a tomar a iniciativa legislativa neste âmbito, que fica vedada aos Deputados, que não podem apresentar projectos de lei em matéria fiscal, que visem influir sobre a *definição, regulando substantivamente o regime jurídico aplicável, dos “elementos essenciais do regime tributário”*. Caso o órgão executivo não exerça esta competência, por inércia ou inépcia, mesmo que os Deputados à Assembleia Legislativa entendam que existem necessidades evidentes de intervenções na ordem jurídica-fiscal, não podem adoptar a iniciativa legislativa neste âmbito reservado ao Governo.

Esta opção parece ser excessivamente restritiva da iniciativa legislativa

de patacas a menos na situação líquida”, COMISSARIADO DA AUDITORIA, *Relatório de Auditoria da Conta Geral de 2007*, págs. 6-7 (*Relatório* disponível em <http://www.ca.gov.mo/files/RACG07pt.pdf>).

dos Deputados⁴⁵, que são obrigados a *aguardar passivamente* pela apresentação de uma proposta de lei em matéria fiscal por parte do Governo. Sendo que o impacto prático desta limitação se tem talvez agravado na última década, dado que se constata uma tendência para o órgão executivo conduzir estudos, que se prolongam por vários anos, sem submeter iniciativas legislativas em matérias fiscais, mesmo onde se nota a necessidade premente de uma intervenção legislativa, como acontece com a substituição do Código das Execuções Fiscais⁴⁶.

O que introduz um evidente elemento de grande rigidez legislativa, que pode ser entendido como mais um momento de demonstração da *predominância do Executivo*⁴⁷ em matéria de iniciativa legislativa. A razão de ser desta opção pode ser reconduzida, em alguma medida, à necessidade de assegurar o rigor e a sustentabilidade financeira das contas pública, procurando evitar-se que eventuais *impulsos mais populistas* entre os Deputados, que queiram por razões eleitorais apresentar iniciativas politicamente populares, mas fiscalmente onerosas, e que possam favorecer a aprovação parlamentar da redução de impostos e da concessão de novos benefícios ou isenções fiscais. O que poderia eventualmente ocorrer em termos orçamentais não sustentáveis, que impliquem perdas de receitas tributárias que sejam indispensáveis para suportar as despesas públicas com a prestação pelo Executivo de bens e serviços públicos à população, bem como ao regular funcionamento da Administração Pública, permitindo a continuidade da actividade pública da RAEM. Neste sentido, a reserva de iniciativa do *órgão executivo* pode ser entendida como uma garantia da solvabilidade e sustentabilidade financeira e de responsabilidade fiscal, e instrumental ao *princípio do equilíbrio orçamental*, por via do *exclusivo na iniciativa legislativa originária* em matéria tributária. Parece, no entanto, que seria mais equilibrado e funcionalmente adequado que se admitisse que os Deputados, pelo menos em aspectos pontuais, e sem um impacto financeiro significativo, pudessem também formular iniciativas legislativas em *matéria fiscal nuclear*, propondo por exemplo a revogação, ainda que parcial, de um imposto manifestamente desactualizado, como acontece com a Contribuição Industrial.

45 Há “demasiadas restrições à acção dos deputados da Assembleia Legislativa”, JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente pág. 199).

46 LIU DEXUE, “Considerações sobre as estratégias da reforma jurídica de Macau e do desenvolvimento do direito no contexto do princípio “um país, dois sistemas””, in *Revista Administração*, n.º 102, vol. XXVI, 2013, 997-1025 (especialmente pág. 100 e nota de rodapé n.º 4, nessa mesma página).

47 PAULO CARDINAL, “O Sistema Político de Macau na Lei Básica – Separação e Supremacia do Executivo face ao Legislativo”, in *Revista Administração*, n.º 19/20, Vol. VI, 1993, págs. 79-101 (especialmente págs. 92 e seguintes).

3.10. Iniciativa Legislativa Condicionada

Às *matérias tributárias essenciais*, nos termos do artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica, aplica-se um *regime próprio delimitativo da iniciativa legislativa*, dando um exclusivo ao Governo neste campo. E pensamos que este exclusivo assume uma natureza *indisponível*, não havendo a possibilidade de um Deputado à Assembleia Legislativa apresentar um projecto de lei neste âmbito, mesmo que o queira fazer após ter obtido a autorização prévia do Chefe do Executivo, nos termos do artigo 75.º da Lei Básica. A lei fundamental não permite que o Governo possa aqui autorizar ou delegar as suas competências de iniciativa legislativa em matéria fiscal nos Deputados. Pode dizer-se porventura que se trata de uma *reserva absoluta de iniciativa legislativa*, que se assume como um regime especial para a *definição dos elementos essenciais do regime tributário*. Não se aplicando os condicionalismos gerais, para o exercício da iniciativa legislativa pelos Deputados à Assembleia Legislativa, que se encontram previstos no artigo 75.º da Lei Básica. Tal resulta do regime contido na alínea 3) do artigo 71.º da Lei Básica ser uma regra especial de *reserva absoluta da iniciativa legislativa* do Governo, apenas se aplicando à intervenção legislativa relativamente aos “*elementos essenciais do regime tributário*”, enquanto que o previsto no artigo 75.º da Lei Básica se pode assumir como o regime geral, que se aplica a todas as iniciativas legislativas dos Deputados, para as restantes matérias não tributárias⁴⁸.

Deve, no entanto, ser referido que fora deste âmbito reservado de iniciativa legislativa, que se encontra previsto no artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica, no que diz respeito aos *elementos não essenciais* do regime tributário, estando em causa, por exemplo, aspectos fiscais instrumentais, complementares ou acessórios, não existe um regime especial condicionante da iniciativa legislativa dos Deputados. Pode haver, portanto, aqui projectos de lei a serem apresentados pelos Deputados, e não há um exclusivo de iniciativa reservada ao Governo. E em consequência há que ter em conta as restrições gerais à iniciativa legislativa dos Deputados previstas no artigo 75.º da Lei Básica, dado que a iniciativa legislativa dos Deputados existe em matéria fiscal, ainda que apenas para aspectos que não se reportem aos *elementos essenciais do regime tributário*. Neste sentido, a aplicação do artigo 75.º da Lei Básica (*regime geral* da iniciativa legislativa dos Deputados) assume uma *natureza subsidiária* perante o artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica (*regime*

48 O artigo 75.º da Lei Básica, por sua vez limita o poder de iniciativa legislativa originária dos Deputados para certas matérias: receitas e despesas públicas, estrutura política, funcionamento do Governo e política do Governo. No resto das matérias não existem restrições específicas. Acresce ainda pelo menos mais uma excepção, com um regime especial próprio, previsto no Anexo II, número 2, da Lei Básica: a metodologia eleitoral específica dos Deputados é definida por lei eleitoral sob proposta do Governo. Isto para além da reserva de iniciativa exclusiva em matéria *orçamental*, decorrente do previsto na alínea 2) do artigo 71.º da Lei Básica e que já foi antes discutida no texto.

especial da iniciativa legislativa dos Deputados em matéria tributária). Aplica-se o artigo 75.º quando não se aplicar o artigo 71.º, alínea 3).

E é de registar, desde logo, que o artigo 75.º da Lei Básica prevê que os Deputados à Assembleia Legislativa, a título individual ou conjuntamente, possam apresentar projectos de lei que “*não envolvam receitas e despesas públicas, a estrutura política ou o funcionamento do Governo*”⁴⁹. Tal implica que a iniciativa legislativa dos Deputados, em geral, não seja permitida quando um projecto de lei relevantemente (1) tenha um impacto para as *receitas e despesas públicas*, ou (2) altere a *estrutura política* ou, ainda, (3) interfira com o regular *funcionamento do Governo*⁵⁰. Se é expectável que iniciativas legislativas em matéria tributária tendencialmente não influam *na estrutura política* ou *no funcionamento do Governo*⁵¹, o mesmo não pode ser dito do seu impacto legislativo na perspectiva das *receitas e despesas públicas*, onde parece que, com alguma facilidade, as alterações em matéria tributária ou fiscal poderão conter impactos relevantes nas receitas públicas, gerando variações nas receitas fiscais⁵².

49 O Regimento da Assembleia Legislativa também limita, nestes mesmos termos, as *iniciativas legislativas originárias* que possam ser formuladas pelos Deputados (cf. artigo 104.º, alíneas b), c) e d) do Regimento da Assembleia Legislativa). Acrescenta um limite ao número de Deputados que podem subscrever uma iniciativa legislativa colectiva, em não mais que nove (cf. artigo 103.º, n.º 1 do Regimento da Assembleia Legislativa), o que visa evitar que uma maioria dos Deputados se comprometa com uma iniciativa legislativa, o que poderia antecipar indevidamente a sua aprovação pelo Plenário.

50 Sobre a delimitação do âmbito da reserva de iniciativa em favor do Governo nestas matérias veja-se PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente págs. 648-654).

51 Não se afigurando como relevante, para estes efeitos, que eventuais projectos de lei dos Deputados em matéria tributária, como qualquer iniciativa legislativa, em regra, possam influir pontualmente, lateralmente ou acessoriamente em aspectos relativos à estrutura e organização administrativa para a execução da lei, atribuindo novas atribuições, competências, deveres ou poderes em matéria administrativa, ou introduzindo modificações, para os Serviços Públicos responsáveis, mormente na Direcção de Serviços de Finanças. Paulo Cardinal refere-se, de forma impressiva, às “*minudências*”, para se referir aos aspectos menores ou laterais de iniciativas legislativas dos Deputados com impacto negligenciável na operacionalidade e estruturação do Governo, que manifestamente não assumem relevância suficiente para impedir a apresentação dos respectivos projectos de lei por Deputados. Veja-se sobre isto PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente pág. 651). Também com interesse, PEDRO SENA, “O Exercício da Função Legislativa e os Desafios da Prática da Feitura das Leis – Análise de um processo legislativo (a) típico”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 469-493 (especialmente pág. 473).

52 Ainda que tal possa não ocorrer sempre, se estiverem em causa aspectos da regulação de teor técnico ou medidas de simplificação fiscal, ou mesmo de revisão e actualização de legislação procedimental tributária,

Parece que deve ser entendido que também neste âmbito existe uma *reserva absoluta de iniciativa legislativa* do Governo, com um cariz de rigidez e indisponibilidade, não se podendo aplicar o regime da autorização prévia por escrito do Chefe do Executivo, prevista no artigo 75.º da Lei Básica apenas expressamente para a apresentação de projectos de lei dos Deputados à Assembleia Legislativa que “*envolvam a política do Governo*”⁵³. O que pode ser encarado como uma *reserva relativa de iniciativa legislativa* do Governo⁵⁴, ou de uma área de intervenção legislativa sujeita a uma *iniciativa legislativa condicionada* dos Deputados, onde o Chefe do Executivo pode autorizar os projectos de lei dos Deputados que influam nas *políticas do Governo*⁵⁵.

Ainda que a opção contida na lei fundamental possa não ser a mais equilibrada, dado que nada obsta, mesmo dentro de um modelo constitucional que visa condicionar fortemente a iniciativa legislativa dos Deputados em certas matérias, a que se pudesse admitir um regime de *iniciativa legislativa condicionada*, sujeita a uma autorização prévia do Chefe do Executivo, também para os projectos dos Deputados que incidissem sobre *receitas e despesas públicas*, *a estrutura política* ou *o funcionamento do Governo*, e não apenas para iniciativas legislativas que tenham impacto na *política do Governo*. Esta não foi a opção formulada na Lei Básica, que não admite, mesmo que de forma condicionada, ou

visando o reforço das garantias administrativas ou contenciosas, em defesa dos direitos dos contribuintes, por exemplo, que não tenham relevância financeira (e “não envolvam receitas e despesas públicas” – artigo 75.º da Lei Básica), sendo neutras em termos de impacto na evolução das receitas e despesas públicas. O que implicaria que, nestes casos, a iniciativa legislativa originária dos Deputados à Assembleia Legislativa não se encontra à partida vedada. Igual conclusão deve ser alcançada se um projecto de lei, ao regular matérias organizatória e administrativas, por exemplo, apenas residualmente tenha implicações financeiras, por implicar alguma despesa pública residual. Veja-se PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente pág. 651). Parece ser entendido, em Hong Kong, perante regra idêntica, que apenas há um impacto financeiro relevante (*a dimensão financeira implícita de um projecto de lei não pode ser ignorada*) quando tal implicar um *aumento substancial* das despesas públicas, P Y Lo, *The Hong Kong Basic Law*, LexisNexis, 2011, pág. 448.

- 53 Fazendo uma repartição entre estas duas situações, veja-se IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, pág. 148.
- 54 ANTÓNIO EDUARDO BALTAR MALHEIRO DE MAGALHÃES, “O Princípio da Separação de Poderes na Lei Básica da Futura Região Administrativa Especial de Macau”, in *Revista Administração*, n.º 41, vol. XI, 1998, págs. 709-733 (especialmente págs. 730-731). António Katchi fala em duas reservas de iniciativa legislativa, uma *absoluta* e outra *relativa*, veja-se ANTÓNIO KATCHI, *As Fontes de Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, pág. 477.
- 55 O Regimento da Assembleia Legislativa prevê que “em matérias atinentes à política do Governo” se dependa da autorização escrita do Chefe do Executivo (cf. artigo 105.º do Regimento da Assembleia Legislativa) para a apresentação de projectos de lei pelos Deputados neste âmbito condicionado.

previamente autorizada, a iniciativa legislativa originária dos Deputados nestas matérias⁵⁶.

Merece também reflexão como se deve apreender o âmbito das matérias que são ou não “*atinentes à política do Governo*”, que se pode entender querer “evitar que o órgão legislativo interfira excessivamente no poder administrativo do Governo, prejudique o prestígio do Governo e reduza a eficiência de trabalho do Governo”⁵⁷, em mais um momento de concretização da *predominância do Executivo*. Parece, no entanto, necessário que o conceito de *política do Governo* não possa ser entendido de forma demasiado abrangente⁵⁸, que leve a um esvaziar ou esgotar quase por completo da iniciativa legislativa dos Deputados à Assembleia Legislativa, tendo que se tratar de *políticas do Governo* que tenham sido assumidas de forma clara, pública e oficial⁵⁹, e tendo que se reconduzir, dentro das opções políticas, apenas às “escolhas fundamentais ou de base que o Governo tome em cada área de intervenção, cuja alteração depende de autorização prévia, não se incluindo aspectos acessórios, laterais ou de pormenor das opções do Governo”⁶⁰. Devem estar em causa as políticas fundamentais do Governo, perante projectos de lei dos Deputados que tenham um previsivelmente um impacto relevante sobre essas mesmas políticas básicas do Governo⁶¹.

56 O mesmo acontece ao abrigo do artigo 74.º da Lei Básica de Hong Kong, onde se pode dizer que “*art. 74 absolutely prohibits the proposal by individual members of such bills, as well as bills related to the political structure or operations of the Government*”, BENNY TAI, *Chapter 7 (the Chief Executive), Law of the Hong Kong Constitution*, Johannes Chan/C.L. Lim (ed.), Sweet and Maxwell, 2011, pág. 207.

57 IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, pág. 148.

58 O conceito de “política do Governo”, para este efeito, deve ser interpretado em sentido restritivo, limitando-se às opções fundamentais formuladas para as políticas públicas, nomeadamente a nível sectorial. Sobre este ponto, ilustrando as várias interpretações possíveis dos normativos em causa, veja-se PEDRO SENA, “O Exercício da Função Legislativa e os Desafios da Prática da Feitura das Leis – Análise de um processo legislativo (atípico), in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 469-493 (especialmente págs. 471-475).

59 Não basta, por exemplo, que o Governo informe publicamente que está a conduzir estudos, auscultações ou consultas públicas sobre certa matéria, o que acontece frequentemente durante largos anos, em inúmeras áreas e sobre múltiplos assuntos, muitas vezes sem resultar em iniciativas legislativas, para se esvaziar a iniciativa legislativa dos Deputados. Nem deve bastar uma referência pouco concretizada que certo assunto se integra na política do Governo, o que também ocorre amiúde.

60 PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente pág. 653).

61 Para o regime correspondente de Hong Kong refere-se que estas iniciativas legislativas dos Deputados “*must have substantive effect on Government policies*”, tendo um impacto relevante, ou *substantivo*, sobre estas opções políticas, P Y LO, *The Hong Kong Basic Law*, LexisNexis, 2011, pág. 449.

Neste sentido, não é expectável que projectos de lei, apresentadas pelos Deputados, em sede de *iniciativa legislativa originária*, que visem alterações de pormenor, de ordem técnico-fiscal, ou impliquem reforços dos direitos de defesa dos contribuintes, por exemplo, tenham a aptidão para serem considerados sujeitos a este regime de autorização prévia, dado que não irão, pelo menos normalmente, “*envolver a política do Governo*”, ou serem “*atinentes à política do Governo*”. Mas, ainda assim, haverá também aqui um campo relativamente amplo de matérias tributárias onde o Governo pode ter formulado uma opção política fundamental, nomeadamente por ter assumido oficialmente e claramente um conjunto de opções, entendidas como sendo centrais para as suas políticas em matéria fiscal e financeira, num dado ano económico, formalmente perante o Plenário da Assembleia Legislativa, por exemplo aquando da apresentação das *Linhas de Acção Governativa*, ou na discussão e apresentação do *Orçamento*. Nesse caso, haverá uma área de intervenção fiscal, que não seja relativa a *aspectos essenciais do regime tributário*, onde os Deputados não poderão intervir, propondo uma iniciativa legislativa originária que colida relevantemente com as *políticas básicas* do Governo, excepto quando tenham previamente obtido autorização do Chefe do Executivo, nos termos do artigo 75.º da Lei Básica⁶².

3.11. Reserva de Lei Tributária

A Assembleia Legislativa encontra-se dotada de uma *reserva de lei* ampla no campo da feitura das leis fiscais (que abrange “os elementos essenciais do regime tributário” - artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica), sendo o órgão legislativo competente para aprovar (ou *não aprovar*, ou *aprovar com alterações* a proposta de lei inicialmente formulada) as iniciativas legislativas apresentadas pelo Governo em *matéria fiscal nuclear*. Este monopólio na produção de normas legais em matéria tributária assume uma dimensão simétrica ao âmbito reservado para a *iniciativa exclusiva* do Governo, sendo que compete à Assembleia Legislativa *definir*, por lei em sentido formal, os *elementos essenciais do regime tributário*.

Acresce ainda que a legislação fiscal que vigora na nossa ordem jurídica foi aprovada pela *forma de lei* da Assembleia Legislativa, podendo ter sofrido alterações por lei ou decreto-lei⁶³, antes de 1999, ao abrigo de uma autorização

62 O Regimento da Assembleia Legislativa também limita, nestes mesmos termos, as iniciativas legislativas originárias que possam ser formuladas pelos Deputados (cf. artigo 104.º do Regimento da Assembleia Legislativa).

63 Os impostos em vigor na ordem jurídica da RAEM foram aprovados por *lei*, mas foram sendo alterados por *lei* e por *decreto-lei* ao longo dos anos, tratando-se do *Imposto Profissional* (aprovado pela Lei n.º 2/78/M, de 25 de Fevereiro, por várias vezes alterado, em alguns casos por lei e noutros por decreto-lei), do *Imposto sobre Veículos Motorizados* (aprovado pela Lei n.º 5/2002, alterado por várias vezes por lei), do *Imposto Complementar de Rendimentos* (aprovado pela Lei n.º 21/78/M, de 9 de Setembro, por várias

legislativa da Assembleia Legislativa, conforme era admitido no anterior regime constitucional⁶⁴, mas não é já possível actualmente no regime previsto na Lei Básica, assumindo natureza legislativa⁶⁵, cabendo também simultaneamente na *reserva de lei* prevista na alínea 1) do artigo 71.º da Lei Básica, dado que se pretende alterar ou revogar *leis* em vigor na ordem jurídica da RAEM.

Tal implica que o Governo deva apresentar as suas *propostas* para definir os aspectos mais relevantes do Direito Fiscal de Macau, para serem discutidas e votadas pela Assembleia Legislativa, tendo em vista que possam vir a ser aprovadas e passem a constar de lei, fazendo vigorar as opções de política fiscal pretendidas na ordem jurídica. Não quer isto dizer, deve ser compreendido, que a Assembleia Legislativa aprove sempre as propostas de lei apresentadas pelo Executivo em matéria fiscal. Ou que as tenha que aprovar sem quaisquer modificações, conforme foram apresentadas inicialmente. A própria dinâmica da discussão e votação de leis no órgão parlamentar é conducente a que as opções inicialmente formuladas sofram ajustamentos de vária ordem de grandeza⁶⁶.

vezes alterado por lei e por decreto-lei), do *Imposto de Selo* (aprovado pela Lei n.º 17/88/M, de 27 de Junho, por várias vezes alterado por lei), do *Imposto de Consumo* (aprovado pela Lei n.º 4/99/M, de 13 de Dezembro, por várias vezes alterado por lei), do *Imposto de Turismo* (aprovado pela Lei n.º 19/96/M, de 19 de Agosto), da *Contribuição Industrial* (aprovada pela Lei n.º 15/77/M, de 31 de Dezembro, por várias vezes alterado por lei e por decreto-lei), da *Contribuição Predial Urbana* (aprovada pela Lei n.º 19/78/M, de 12 de Agosto, por várias vezes alterado por lei e por decreto-lei) e do *Imposto de Circulação* (aprovado pela Lei n.º 16/96/M, de 12 de Agosto, alterado por uma vez por lei). Acrescem ainda os dois novos impostos aprovados e alterados por lei da Assembleia Legislativa após a implantação da RAEM: o *Imposto do Selo Especial sobre a transmissão de bens imóveis* (aprovado pela Lei n.º 6/2011, e alterado por uma vez por lei) e o *Imposto do Selo Especial sobre a aquisição do segundo e posteriores bens imóveis destinado à habitação* (aprovado pela Lei n.º 2/2018).

64 Cf. artigo 31.º, n.º 2, alínea c) do *Estatuto Orgânico de Macau*, aprovado pela Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro, alterado pela Lei n.º 53/79, de 14 de Setembro, pela Lei n.º 13/90, de 10 de Maio e pela Lei n.º 23-A/96, de 29 de Julho, sendo matéria de competência exclusiva da Assembleia Legislativa que podia ser alvo de delegação por via de uma autorização legislativa ao Governador, para legislar sobre os elementos essenciais do regime tributário, através de um decreto-lei autorizado.

65 Veja-se também o artigo 8.º, alínea 1) da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, que determina que a alteração ou revogação de normas constantes de um decreto-lei, que caibam no âmbito da reserva de lei da Assembleia Legislativa, como acontece com as *matérias tributárias essenciais*, tenham que ocorrer por uma lei formal parlamentar.

66 Regista-se, no entanto, na prática legislativa uma certa tendência do Governo para apresentar proposta de lei em matéria fiscal em *processo de urgência*, mesmo quando é patente que não há uma necessidade de intervenção urgente na ordem jurídica à qual se visa responder. Aparentemente tendo em vista acelerar o processo legislativo e impedir que os contribuintes adoptem medidas organizatórias que antecipem ou reduzam o impacto imediato da iniciativa fiscal. O que implica um condicionamento à intervenção parlamentar regular, pela própria natureza e regime deste processo legislativo abreviado, onde a votação na generalidade e na especialidade ocorrem no mesmo Plenário e com dispensa de exame da iniciativa legislativa em comissão. Tal limita e dificulta a intervenção do órgão legislativo

3.12. Reserva de Lei Tributária na Lei Básica

Para efeitos da caracterização da reserva de lei em matéria tributária, importa distinguir entre (1) o princípio da *reserva de lei formal* ou *material* e (2) o princípio da *reserva relativa* ou *absoluta* de lei parlamentar. E também dilucidar qual o sentido normativo que se deve atribuir aos conceitos de “elementos essenciais” e “regime tributário”, para efeitos da alínea 3) do artigo 75.º da Lei Básica.

3.13. Reserva de Lei: Formal e Absoluta

O princípio da *reserva de lei formal*, exige que os actos legislativos revistam a forma de lei e obriga a que as leis dos órgãos legislativos tenham de esgotar a normação da matéria em causa, sendo que a intervenção regulamentar superveniente, na medida em que seja admitida, deve apenas visar a execução das soluções normativas contidas na própria lei parlamentar. Por outro lado, a *reserva de lei material* apenas exige que a fonte da normação jurídica seja uma norma geral e abstracta, sem ser relevante a forma que esta normação revista⁶⁷.

Uma primeira leitura da Lei Básica permite reconhecer facilmente que estamos perante a atribuição de uma reserva de lei *formal* à Assembleia Legislativa para efeitos de criação dos impostos. É à Assembleia Legislativa que compete “*definir, (...), os elementos essenciais do regime tributário*” (artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica), e é reservado ao órgão legislativo “*Fazer, alterar, suspender ou revogar leis*” (artigo 71.º, alínea 1) da Lei Básica). O que implica que as intervenções legislativas em matéria fiscal, pelo menos no que visem *definir os elementos essenciais dos impostos*, devam ocorrer obrigatoriamente por uma lei em sentido formal, aprovada pela Assembleia Legislativa, nos termos da Lei Básica e de “*acordo com os procedimentos legais*” aplicáveis. O princípio da legalidade do imposto, conforme configurada no artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica, exige uma lei em sentido formal, firmando a *reserva de lei formal*. Tal implica que a definição dos *elementos essenciais* de cada *imposto* ocorra substantivamente pela Assembleia Legislativa, que é o órgão legislativo competente, ainda que com base

sobre o texto da proposta de lei inicialmente apresentada à Assembleia Legislativa, que é aprovado com grande rapidez, e por vezes também sem um controlo suficiente sobre a sua qualidade técnica e previsível impacto legislativo antes da sua aprovação parlamentar. Falando numa “via verde” fiscal, PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente pág. 735).

67 Sobre esta questão, no Estatuto Orgânico de Macau, veja-se HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 76-77. Veja-se também, com interesse, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Manual de Formação de Direito Administrativo de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2006, págs. 138-140.

numa proposta de lei apresentada pelo Governo. A existência de uma verdadeira reserva *formal* de lei em matéria fiscal alinha-se com o *princípio da integralidade da lei*⁶⁸, apenas deixando aspectos concretizadores, acessórios e de execução das opções contidas na lei para regulamento administrativo complementar⁶⁹.

O princípio da *reserva relativa* de lei existe quando o regime constitucional aplicável admitir que as matérias que estão à partida reservadas aos órgãos parlamentares possam ser alvo de uma intervenção normativa pelo órgão executivo, ao abrigo de uma *autorização legislativa*, por meio de uma delegação das competências legislativas, à partida reservadas ao parlamento, para o Governo. Já a reserva *absoluta* de lei exige que a lei parlamentar contenha a disciplina tão completa quanto possível da matéria reservada e não admite que o órgão legislativo possa autorizar a intervenção normativa do órgão executivo, tendo os aspectos substanciais do regime jurídico que estar previstos na própria lei parlamentar. O que implica que haja obrigatoriamente uma intervenção normativa primária por via de uma lei parlamentar, seja esta uma intervenção *material* a fixar a própria disciplina dos impostos, ou, em alternativa, apenas uma intervenção do órgão legislativo de carácter meramente *formal*, autorizando o legislador ordinário, ou o Governo, a estabelecer o conteúdo do regime fiscal aplicável, dentro de certas orientações gerais e do enquadramento prévio que devem constar da lei de autorização da disciplina do imposto. Esta era a solução contida no regime anteriormente vigente em Macau, que previa que a Assembleia Legislativa poderia autorizar o órgão executivo a produzir legislação fiscal⁷⁰.

Temos, assim, que apreciar se existe uma reserva *absoluta* de lei da Assembleia Legislativa, onde se deva exigir que a regulação substancial da lei fiscal ocorra pela Assembleia Legislativa. Ou, por outra, se para além de uma reserva de lei *formal*, também estamos perante uma reserva de lei *absoluta* da

68 Sobre o princípio da suficiência ou da integralidade da lei, que está contido no artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, que exige que a lei preveja um “um conteúdo determinado, preciso e suficiente, que inclua uma prescrição clara dos comandos que se destinam a criar normas jurídicas de conduta para os particulares, regras de acção para a administração e padrões de controlo para a decisão judiciária de litígios”, PAULO CARDINAL/ZHENG WEI, “A Questão das Infracções Administrativas no âmbito do Sistema das Fontes Normativas internas estatuído pela Lei Básica e desenvolvido pela Lei n.º 13/2009”, in *Revista Administração*, n.º 98, vol. XXV, 2012, págs. 1083-1110 (pág. 1096). Sobre este ponto também LUÍS PESSANHA, “O Enquadramento da Família no Direito Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 631-656 (especialmente nota de rodapé n.º 22 em págs. 642-643).

69 Tal resulta da opção expressa no artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, onde se prevê que os regulamentos administrativos complementares apenas possam ter como objecto “as matérias reguladas em leis que se devam executar”. São, portanto, meramente regulamentos executivos ou complementares.

70 Cf. o artigo 14.º do *Estatuto Orgânico de Macau* sobre o regime das leis de autorização legislativa.

Assembleia Legislativa aquando da determinação dos elementos essenciais do regime tributário. Parece-nos claro que a Lei Básica impõe uma reserva de lei em sentido *formal* e *absoluto* obrigando a que o conteúdo das matérias alvo de reserva de lei ocorra por via de actos normativos do órgão legislativo, esgotando a normação de forma tendencialmente completa, e não permitindo que se possa autorizar o órgão executivo a intervir normativamente nestas matérias reservadas.

Tal decorre da nossa lei fundamental não prever, e logo não permitir, a delegação para o Governo de questões que estejam sujeitas a reserva parlamentar mediante o recurso a autorizações legislativas, conforme ocorre em outros ordenamentos constitucionais, em sede de Direito Comparado, e era também anteriormente admitido no Estatuto Orgânico de Macau. As competências atribuídas na Lei Básica, quer sejam estas concedidas à Assembleia Legislativa, ou ao Governo, devem ser entendidas como indisponíveis para o legislador ordinário, que terá que *fazer leis nos termos da Lei Básica* (cf. artigo 71.º, alínea 1) da Lei Básica). Não se prevê a autorização legislativa ou outras modalidades similares de delegação de competências em matéria legislativa, devendo ser compreendido que tal não é possível, no actual enquadramento constitucional, sendo que as competências em matéria tributária atribuídas à Assembleia Legislativa pela Assembleia Popular Nacional, não estão na disponibilidade do legislador ordinário da RAEM, que se encontra vinculado a respeitar o enquadramento legal superior⁷¹. Tal implica que se esteja perante uma reserva *absoluta* ou *exclusiva* de lei parlamentar⁷².

3.14. Reserva de Lei: A Feitura de Leis Fiscais

A existência de uma reserva *absoluta* de lei *formal* significa que: (1) o processo de criação de normas fiscais seja *público*, obedecendo a um enquadramento procedimental próprio, desde o momento da apresentação de uma iniciativa legislativa na Assembleia Legislativa, que se encontra contido na Lei Básica e no Regimento da Assembleia Legislativa, (2) que o procedimento legislativo parlamentar obedeça a um *contraditório político*, permitindo que todos os Deputados se possam pronunciar sobre a iniciativa legislativa, de forma livre e abrangente⁷³, para votarem livre e informados, e que (3) todas as normas são

71 Já assim o defendemos anteriormente, LUÍS PESSANHA, “Breves Reflexões em Torno da Reserva de Lei da Assembleia Legislativa”, in 2.ª *Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM*, Leonel Alves/Paulo Cardinal (coord.), 2016, págs. 179-205 (especialmente págs. 182-199).

72 Em sentido próximo, JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente págs. 189-192).

73 O princípio do contraditório no processo legislativo assenta nos poderes da oposição (ou das oposições) e no peso da opinião pública, que implicam momentos de controlo político sobre a produção legislativa

aprovadas pelo órgão parlamentar, sendo formalmente *expressão da sua vontade*, sendo aprovadas pela maioria dos membros do parlamento⁷⁴.

Em regra, a admissão do recurso a *autorizações legislativas* oferece a vantagem de permitir que os parlamentos possam beneficiar da maior capacidade técnica e dos mais profusos recursos humanos, que são tipicamente encontrados nos órgãos executivos, para prestarem uma função auxiliadora (ou instrumental) das políticas fiscais adoptadas pelos parlamentos. Permitindo que os órgãos legislativos fixem apenas o objecto, o sentido e a extensão da intervenção normativa que depois será devidamente concretizada pelo Governo, aprovando o regime material nos termos que foram autorizados pelo parlamento.

No entanto, há que considerar que na articulação da mecânica interdependente do sistema de produção de normas fiscais vigente na RAEM, a definição dos *elementos essenciais do regime tributário* depende sempre e necessariamente de uma anterior *proposta a ser apresentada pelo Governo*. A Assembleia Legislativa vai determinar substancialmente o regime fiscal dos impostos tendo como base uma proposta prévia do Governo, já devidamente trabalhada e preparada tecnicamente, e não pode suscitar alterações ao regime fiscal por sua própria iniciativa. Assim, a descrita *função auxiliadora* da tarefa legislativa parlamentar pode ser entendida como sendo prestada antecipadamente, devendo o Governo disponibilizar os elementos técnicos de suporte à proposta de lei que apresente, no campo da matéria reservada, e prestar todos os esclarecimentos técnicos adicionais que sejam necessárias ao órgão parlamentar, aquando da apreciação da proposta no parlamento, numa lógica de boa colaboração e cooperação mútua em sede de produção legislativa na Assembleia Legislativa em matéria fiscal.

3.15. Reserva de Lei Fiscal: Âmbito e Limites

Existem, no entanto, duas questões que ainda carecem de uma maior reflexão, no que diz respeito ao conteúdo e limites da reserva de lei fiscal prevista na Lei Básica: (1) qual o sentido do conceito de “regime tributário” e (2) qual o âmbito material que se visa abranger com o uso da expressão “elementos essenciais”.

3.16. Conceito de Regime Tributário

A primeira questão que suscita algum embaraço passa por se compreender

parlamentar, favorecendo a produção de *leis boas*. Veja-se JOSÉ CASALTA NABAIS, *Contratos Fiscais (Reflexões Acerca da Sua Admissibilidade)*, Coimbra Editora, 1994, pág. 228.

74 J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pág. 309.

qual é a noção legal de “regime tributário” que o artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica tem em vista. Ou melhor, a lei fundamental pretende aqui abranger realmente todo o universo do *Direito Tributário*, conforme prevê expressamente, ou apenas, numa leitura restritiva do texto legal, antes somente remeter para o *Direito Fiscal propriamente dito*, e não para o Direito Tributário, apesar de a letra da lei fundamental se referir expressamente ao *tributário* e não apenas ao *fiscal*⁷⁵.

É sabido que o Direito Tributário se diferencia do Direito Fiscal, sendo mais abrangente dado que os *tributos* incluem o universo dos *impostos* e também das *taxas* e das *contribuições*. Devido à particular importância dos impostos (*receitas coactivas unilaterais*), entre os meios de financiamento públicos, destaca-se dentro do direito dos tributos o conjunto de normas reguladoras dos impostos (*Direito Fiscal*)⁷⁶. O *Direito Fiscal* pode ser definido como o “direito regulador dos impostos ou conjunto de normas que rege a definição e a efectivação da obrigação de imposto e as relações e actividades inerentes”⁷⁷. O *regime tributário* não se limita ao *regime fiscal*. Tratando-se do direito das *receitas coactivas públicas* (*Direito Tributário*) e não apenas dos *impostos* (*Direito Fiscal*).

Esta questão não é nova e já tinha sido identificada e problematizada pela doutrina fiscal de Macau. Anteriormente, sobre este ponto, ao abrigo do Estatuto Orgânico de Macau, ainda que em termos não inteiramente análogos, entendia-se que “o legislador exprimiu mal a sua ideia, pois só pretenderia referir-se a *imposto*. É neste segundo sentido que é a nossa interpretação, por nos parecer ser o sentido mais consentâneo com o conceito estatutário de *regime tributário* e o seu âmbito, que, em sentido restrito, devia ser designado de *regime fiscal*, embora consideremos que as *taxas* e as *receitas para fiscais* que se apresentem como verdadeiros impostos estão também sujeitas ao mesmo princípio de reserva de lei formal” (itálicos no original)⁷⁸.

Esta questão carece agora de ser reponderada à luz do regime da *reserva de lei* contido na Lei Básica. Sendo aceite pacificamente que cabe à Assembleia Legislativa a determinação dos “elementos essenciais” dos *impostos*, havendo uma reserva de lei em *matéria fiscal*. Ainda que seja também aparentemente entendido, pelo menos na prática legislativa, que esta reserva de lei parlamentar se deverá reconduzir apenas a uma reserva de produção de normas fiscais (*impostos*) e

75 O mesmo acontecia com o anterior regime previsto na alínea c) do n.º 2 do artigo 31.º do Estatuto Orgânico de Macau, cuja redacção se aproxima do texto da alínea 3) do artigo 71.º da Lei Básica.

76 JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 31 e seguintes.

77 HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, pág. 15.

78 HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, pág. 78.

não de outras receitas públicas (*taxas* e outras *receitas parafiscais*). Abundando exemplos de intervenções em matéria tributária (criação de *taxas administrativas*) por via regulamentar, por iniciativas normativas primárias do Governo, sem tomarem a forma de lei formal⁷⁹. O que terá que resultar de uma *interpretação restritiva*, ainda que não assumida, do conceito de *regime tributário* previsto no artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica. Que, ainda que não seja certo que com consciência do problema constitucional subjacente a esta interpretação restritiva, terá a sua justificação, pelo menos em parte, na dificuldade prática de sujeitar a criação de todas as *taxas administrativas* à forma de lei parlamentar. Podendo aqui também fazer-se sentir algum peso da *prática habitual e costumeira*, do modo de *funcionamento* que ocorria tradicionalmente neste campo em Macau, onde o Governo sempre se assumiu como o *órgão produtor de normas tributárias não fiscais*, fixando *taxas administrativas*. Admita-se que esta questão, também pela sua especificidade técnica, possa não ter tido sido identificada pelo Governo como um aspecto que careça de uma maior reflexão jurídica, ou não tenha sido entendida como assumindo especial relevância.

Ainda assim, adiante-se que a redacção adoptada pela Lei Básica não favorece tal leitura restritiva, dado que no texto legal que estabelece o âmbito da reserva de lei parlamentar se veio a afastar qualquer referência específica aos *impostos*, à *incidência* e às *taxas dos impostos*, ou às *isenções fiscais*, que eram os elementos textuais que antes favoreciam a leitura de norma paralela no sentido de ter em vista o *Direito Fiscal* e não verdadeiramente o *Direito Tributário*⁸⁰.

79 As *ordens executivas* têm sido utilizadas para criar e fixar o valor de *taxas administrativas*, sem que tal tenha aparentemente suscitado grandes dúvidas em torno da *reserva de lei tributária*, veja-se JOÃO MANUEL NUNES LEMOS DE ALBUQUERQUE, “Poder Normativo: O Regime Jurídico de Enquadramento das Fontes Normativas Internas da Região Administrativa Especial de Macau”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 1-110 (especialmente pág. 20 e nota de rodapé n.º 105).

80 O texto da alínea c), n.º 2 do artigo 31.º do Estatuto Orgânico de Macau previa: “Elementos essenciais do regime tributário, estabelecendo a incidência e a taxa de cada imposto e fixando os termos em que podem ser concedidas isenções fiscais” (negritos e sublinhados nossos). Era nestas referências aos *impostos* que se retirava que a intenção deste normativo se dirigia somente ao Direito Fiscal. Sobre esta questão entendia Rato Rainha, para efeitos do Estatuto Orgânico de Macau, que perante a utilização da “expressão *elementos essenciais do regime tributário* torna-se necessário definir o âmbito do que se entende por *regime tributário*. Num primeiro entendimento, pode-se dizer que o regime tributário abrange todos os elementos essenciais da *obrigação do tributo*, não apenas correspondentes aos *impostos*, mas todas as receitas coactivas públicas ou semi-públicas, como é caso das *taxas* de serviços públicos, *receitas parafiscais*, etc. Este entendimento não parece no entanto de se seguir, pois não atende à interrelação das noções do *regime tributário* e de *imposto* evidenciada na segunda parte da referida norma estatutária, que só refere a incidência, a taxa de cada *imposto* e os termos em que podem ser concedidas isenções e outros benefícios *fiscais*. Consideramos que se o legislador se estivesse a referir a *regime tributário* de forma a incluir outras receitas públicas não tinha necessidade

Não parece também ser legítimo dar relevo aqui a aspectos ligados ao princípio da continuidade, em sede interpretativa do âmbito da reserva de lei parlamentar, dado que a Lei Básica formulou inovadoramente os poderes legislativos atribuídos à Assembleia Legislativa, e ao Governo, tendo revogado a capacidade legislativa do Executivo, pelo menos por via da emissão de decretos-leis, que eram o instrumento legislativo do Governo ao abrigo do Estatuto Orgânico de Macau. E deixou também de prever a possibilidade da autorização legislativa em matérias da *reserva relativa* da Assembleia Legislativa, conforme antes era admitido.

Deve ainda ser reflectido que a Lei Básica, mas também posteriormente a Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, que é o diploma que procura clarificar o campo de intervenção normativa do órgão legislativo e executivo, optam por se referir ao “regime tributário” (e não apenas ao “regime fiscal”). Esta é a delimitação material operada para o âmbito de reserva de lei, e nada resulta da *letra da lei* que permita sugerir que se pretenda aqui remeter somente para as matérias fiscais. Sendo de presumir que o *legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados* (cf. artigo 8.º, n.º 3 do Código Civil) e não parecendo razoável entender que o legislador não saberia diferenciar entre a noção técnico-jurídica de *Direito Tributário* e de *Direito Fiscal*, na fixação do sentido e alcance da reserva de lei. Assim sendo, nada aponta em favor de uma interpretação restritiva da *letra da lei*, no que diz respeito à reserva de lei na alínea 3) do artigo 71.º da Lei Básica, em moldes similares aos que eram avançados ao abrigo do Estatuto Orgânico de Macau. Ainda que tal continue a ser defendido por alguma doutrina, com apelo ao uso do termo *tributário* no artigo 106.º da Lei Básica, onde se encontra norma legal que visa matérias fiscais⁸¹, o que indicia um uso indiferenciado e equivalente do termo *fiscal* e *tributário* pela Lei Básica⁸². Não nos parece, no entanto, que tal seja suficiente para se sustentar

de indicar os *elementos essenciais* dos impostos: incidência, taxa e isenção e outros benefícios fiscais”, (itálicos no original) HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 77-78.

Importa reconhecer que o texto da Lei Básica (no artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica) não apresenta qualquer referência expressa aos *impostos* (à *incidência* e à *taxa de cada imposto* ou às *isenções fiscais*), que possa sustentar uma recondução da expressão *regime tributário* apenas às matérias fiscais. As referências “aos tipos e às taxas dos impostos e às reduções e isenções tributárias, bem como a outras matérias tributárias” existem nas competências próprias da RAEM em geral, sem se especificar quais os órgãos regionais competentes para o efeito (cf. artigo 106.º da Lei Básica). O argumento interpretativo que se avançou, e que encontrava sustentação perante o texto contido no Estatuto Orgânico de Macau surge agora, perante o texto da Lei Básica, sem uma correspondente expressão na *letra da lei*.

81 Veja-se a anotação ao artigo 106.º da Lei Básica em IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, págs. 198-199.

82 Defendendo esta posição interpretativa, veja-se JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de*

que, do ponto de vista sistemático, a Lei Básica não diferencia entre o conceito *fiscal e tributário*, em particular no que diz respeito à delimitação das matérias sujeitas a reserva de lei parlamentar, onde haverá que contar com um grau maior de rigor conceptual, e que o legislador ordinário, não tenha também noção desta diferenciação. O que implica, no nosso entender, que os “elementos essenciais” do “regime tributário” (e não apenas do “regime fiscal”) estejam abrangidos pela reserva de lei parlamentar. Ainda que nem todas as matérias tributárias caibam na reserva de lei da Assembleia Legislativa, dado que nem todas as matérias são *elementos essenciais* para o *regime tributário*.

3.17. Conceito de Regime Tributário: Lei n.º 13/2009

Como se antecipou, é relevante ter em consideração como a questão da reserva de lei fiscal surge enquadrada e concretizada na Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*. Este diploma legal estruturante deve ser considerado uma lei paramétrica para a elaboração de actos normativos no ordenamento jurídico de Macau⁸³. Assumindo o objectivo de concretizar e detalhar o sistema de produção normativa que se encontra previsto na Lei Básica, sendo dito que esta lei “desenvolve o regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas, nos termos da Lei Básica” (artigo 1.º da Lei n.º 13/2009). Este diploma legal faz, portanto, uso de uma legitimidade constitucional “emprestada”, ao afirmar-se como um instrumento legal de desenvolvimento do regime das fontes normativas que está contido na Lei Básica, estando apenas a detalhar aquilo que já constava antes da própria Lei Básica⁸⁴.

Ora, é de reter que a Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, coloca como seria de esperar as *matérias fiscais*

Direito da Universidade de Macau, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente pág. 192).

83 Tendo sido tido que a Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, seria entendida “como lei de referência nas matérias que regula, isto é, de qualquer modo, ela é uma lei que ser de parâmetro aos actos normativos posteriores devendo, como tal ser respeitada por estes, sob pena de não desempenhar então qualquer função de utilidade” (negritos no original), Parecer n.º 3/III/2009 da 1.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada “Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas”, de 29 de Junho de 2009, pág. 10.

84 “Pode-se pois afirmar que a aprovação da proposta de lei em apreço se trata de um procedimento de concretização da Lei Básica e com o fim de garantir equilíbrio, racionalidade e orientação quanto aos resultados, no campo das fontes de direito interno, e contribuir decisivamente para a eliminação de dúvidas actuais” (negritos no original), Parecer n.º 3/III/2009 da 1.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada “Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas”, de 29 de Junho de 2009, pág. 12. Veja-se também JOÃO MANUEL NUNES LEMOS DE ALBUQUERQUE, “Poder Normativo: O Regime Jurídico de Enquadramento das Fontes Normativas Internas da Região Administrativa Especial de Macau”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 1-110 (especialmente pág. 2).

e orçamentais dentro do âmbito da reserva *exclusiva* de lei *formal* da Assembleia Legislativa. Mas que também coloca, pelo menos na sua *letra de lei*, igualmente as *matérias tributárias* dentro do espaço reservado em absoluta aos actos normativos do órgão legislativo⁸⁵. Por outro lado, dentro do âmbito abrangente de matérias alvo de reserva de lei, admite-se que as matérias reguladas por lei possam depois ser executadas por via de *regulamentos administrativos complementares*⁸⁶, fazendo menção expressa às normas legais que se visa regulamentar⁸⁷. Permitindo que haja uma *intervenção normativa secundária*, através de regulamentos administrativos do órgão executivo, ainda que tal deva acontecer apenas para *executar* a lei prévia, e devendo respeitar-se as opções contida na lei⁸⁸, que deverá conter uma regulação *suficiente* do objecto legal⁸⁹.

Este diploma legal paramétrico reforça a ideia de que a reserva de lei da Assembleia Legislativa se dirige às *matérias tributárias*, dado que opta por se referir, novamente, ao *regime tributário* na área reservada à lei parlamentar, e não se dirigindo antes apenas ao *regime fiscal* ou aos *impostos*. Parece que se deve presumir que o legislador sabe diferenciar entre o *regime tributário* e *fiscal*, tendo feito uso do conceito de regime tributário porque o quis fazer, sabendo bem o que procurava regular, e a grande amplitude das matérias que seriam abrangidas. Ainda que o possa ter feito, admita-se também, para reproduzir fielmente a opção que consta da *letra* da alínea 3) do artigo 71.º da Lei Básica.

No entanto, a redacção legal utilizada pelo legislador ordinário coloca uma nova dúvida, por se referir ao “regime tributário”, e não apenas aos *elementos essenciais* do *regime tributário*. Aqui a redacção não corresponde directamente ao previsto na alínea 3) do artigo 71.º da Lei Básica. Assumindo, pelo menos aparentemente, uma tendencial completude da reserva de lei formal da Assembleia Legislativa na regulação do *Direito Tributário*⁹⁰. Pode entender-se que o legislador ordinário pretendia trazer todas as matérias tributárias para a reserva de lei formal, evitando a dúvida sobre a essencialidade da regulação em cada caso, para determinar a sua sujeição à reserva de lei da Assembleia Legislativa.

Sobre este ponto, parece-nos que uma interpretação deste normativo *de*

85 O artigo 6.º, alínea 15) da Lei n.º 13/2009 prevê:

“Leis

A normação jurídica das seguintes matérias é feita por leis:

(...) 15) Orçamento e regime tributário;”.

86 Cf. artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2009.

87 Cf. artigo 7.º, n.º 3 da Lei n.º 13/2009.

88 Estabelecendo as *concretizações necessárias* à execução da lei (cf. artigo 4.º, n.º 4 da Lei n.º 13/2009).

89 A lei deve ter um conteúdo *suficiente* (cf. artigo 4.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2009).

90 Cf. artigo 6.º, alínea 15) da Lei n.º 13/2009.

acordo com a Lei Básica implica que se deva continuar a diferenciar entre os *elementos essenciais*, sujeitos a reserva de lei, e os *elementos não essenciais* do *regime tributário*, não sujeitos à reserva de lei da Assembleia Legislativa. Não acreditamos que a Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, tenha pretendido alargar o âmbito da reserva de lei em matéria tributária que se encontra prevista na Lei Básica. Não encontramos também nenhuma referência nos trabalhos preparatórios que indicem que esta questão tenha sido equacionada. Devendo o artigo 6.º, alínea 15) da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, ser lido em conjunto com o artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica como querendo apenas abranger as *matérias nucleares* para o regime tributário e não as restantes, onde o órgão executivo pode intervir normativamente, sem estar a invadir o campo reservado à intervenção legislativa do parlamento. De outro modo, haverá dificuldades acrescidas no cumprimento do regime contido na Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, nomeadamente no que diz respeito à fixação e regulamentação de aspectos tributários pontuais (sobre *taxas administrativas*) e de menor relevo para o sistema, que dificilmente podem ser todos aprovados pela Assembleia Legislativa.

3.18. Elementos Essenciais: Direito Tributário

Neste sentido, apesar da questão suscitar interrogações, a reserva legislativa contida na Lei Básica, parece querer efectivamente referir-se ao *regime tributário*, em geral, não devendo ser reconduzida apenas aos *impostos*, ou ao *regime fiscal*, mas deverá antes também abranger, de forma ampla, “*todos os elementos essenciais da obrigação do tributo*, não apenas correspondentes aos *impostos*, mas todas as receitas coactivas públicas ou semi-públicas, como é caso das *taxas* de serviços públicos, *receitas parafiscais*, etc.” (itálicos no original)⁹¹. Tal implica que, no nosso entender, os elementos essenciais dos *impostos* e das *taxas administrativas* devem ser criados por lei e também ser disciplinados por lei.

Esta solução implica dificuldades de ordem vária, mas não exige que todas as matérias tributárias tenham que ser aprovadas pela via de uma lei da Assembleia Legislativa. Como é sabido, as *taxas* são caracterizadas pela sua bilateralidade, ou pela existência de um vínculo sinalagmático, dado que as *taxas* pressupõem uma contraprestação específica em contrapartida pelo seu pagamento. Tal implica que o montante a pagar não possa nunca ser excessivo ou desproporcional com a sua contraprestação pública individualizada, devendo respeitar-se o princípio da equivalência ou dos custos, que é concretizador do

91 HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, pág. 78 (o autor referido defende no trecho citado a posição oposta).

princípio da proporcionalidade⁹². É também de reconhecer que a criação de taxas pela prestação de serviços públicos pode reportar-se a matérias administrativas de pequeno relevo para o sistema jurídico e cuja reduzida dignidade não sugere a necessidade de regulação por lei formal (por exemplo, taxa administrativa de valor reduzido pela obtenção de um formulário, caderno de encargos ou uma cópia certificada⁹³). Mas poderá também tratar da regulação de taxas que são de grande relevo para o sistema jurídico, como por exemplo matéria relativa a garantia dos direitos fundamentais dos particulares, onde possa ser evidente que deva ser regulada por lei formal (por exemplo, taxa de justiça que pode condicionar o acesso ao direito), por ser campo reservado ao órgão legislativo⁹⁴.

Ainda que não seja razoável que todas as matérias administrativas relativas à regulação de *taxas* tenham que ser tratadas por lei formal, tal será assim, pelo menos para as matérias tributárias que configurem “elementos essenciais” para o *regime tributário*. E por isso estejam abrangidos pela reserva de lei parlamentar. O que deve ser articulado com a falta de uma previsão constitucional sobre a possibilidade de se realizarem delegações de poderes do parlamento para o Governo, o que não é admitido também para efeitos do regime jurídico dos elementos fundamentais das taxas. Ficando salvaguardado que os *elementos essenciais do regime tributário* tenham que ser *definidos, isto é materialmente configurados*, por um acto normativo do próprio órgão legislativo. Neste sentido, verifica-se uma reserva *absoluta* de lei *formal* em *matéria tributária*, sendo que a competência da Assembleia Legislativa engloba, pelo menos ou necessariamente, a regulamentação normativa material de todo o regime legislativo da matéria tributária, que seja considerada *nuclear* ou *essencial*, o que parece ser mais amplo que uma reserva de *bases gerais*⁹⁵. Não se trata, portanto, de uma reserva de lei

92 Para a doutrina o controlo da proporcionalidade das taxas seria bastante, o que permitiria que se dispensasse o regime tributário do princípio da legalidade, e que o regime tributário não tivesse que ser colocado no âmbito da reserva de lei parlamentar. Veja-se ANA PAULA DOURADO, “O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, págs. 429-474 (especialmente págs. 438-440).

93 Que não deve ser fixada em valores demasiado elevados, na medida em que tal possa condicionar o exercício do direito à informação administrativa. Já referimos este ponto anteriormente, para efeitos do acesso ao processo clínico nos termos da Lei n.º 5/2016 e regulamentação complementar, Veja-se LUÍS PESSANHA, “Direito à Informação Médica – O Acesso ao Processo Clínico Pelos Pacientes”, in *Legisiuris de Macau em Revista*, n.º 8, 2017, págs. 61-101 (especialmente pág. 85 e nota de rodapé n.º 61).

94 Havendo aqui uma sobreposição de diversas reservas de lei, dado que o regime jurídico dos direitos e liberdades fundamentais, e as suas garantias, devem ser previstos por lei formal. Cf. artigo 6.º, alínea 1) da Lei n.º 13/2009.

95 Tomando apenas as opções político-legislativas essenciais e definindo a disciplina básica do regime jurídico, veja-se J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*

que compreenda apenas o *regime geral* das taxas e das contribuições financeiras. Tal implica que, nos termos da Lei Básica, para além dos *princípios gerais* do regime tributário, se deva regular por lei formal do órgão legislativo, de forma tendencialmente suficiente e completa, sem prejuízo de posterior concretização regulamentar, nos termos admitidos pela Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, o regime jurídico das taxas administrativas, inclusive o objecto, os sujeitos e o valor das taxas, e ainda o seu regime procedimental e processual⁹⁶ e todas as matérias relativas às garantias dos particulares⁹⁷ (o que inclui qualquer limitação ou restrição dos direitos fundamentais dos particulares, mas também o regime jurídico que ordene como as garantias de defesa dos particulares devem ser exercidas).

3.19. Elementos Essenciais: Direito Fiscal

Aqui chegados parece oportuno procurar concretizar quais são as matérias que cabem na *reserva de lei* que se encontra vertida no artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica, que integram o conceito de “elementos essenciais” do regime fiscal, e que carecem de ser materialmente definidos por uma lei em sentido formal da Assembleia Legislativa, delimitando as matérias incluídas na *reserva de lei* em matéria dos *impostos* e das *receitas parafiscais* que sejam materialmente verdadeiros impostos. Ou, numa perspectiva inversa, o que não são os “elementos essenciais” do regime fiscal, o que se deve compreender como *elementos não essenciais* para o nosso sistema fiscal regional, assumindo uma importância acessória, instrumental ou complementar, não estando abrangidos tanto pela *reserva de iniciativa* como também pela *reserva de lei* na Lei Básica.

O conceito de “elementos essenciais” do regime tributário, no que diz respeito ao Direito Fiscal, implica que estejam aqui incluídos os *elementos nucleares do imposto*, o que abrange as matérias relativas à *criação, alteração e extinção dos impostos*, com impacto para a *carga fiscal*, fixando os pressupostos de facto dos impostos e a escolha da realidade tributada (definição do *an* e do *quantum*).

Assim, a reserva de lei abrange a definição da *incidência do imposto* e da *taxa do imposto*, dos *benefícios fiscais* (incluindo as *isenções fiscais*⁹⁸) e das

Anotada, Vol. II, Coimbra Editora, 2010, pág. 324 e seguintes. Sobre a reserva de densificação total e a reserva de densificação parcial, veja-se J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4.ª Edição, Almedina, pág. 708.

96 Cf. artigo 6.º, alíneas 10) e 11) da Lei n.º 13/2009.

97 Cf. artigo 6.º, alínea 1) da Lei n.º 13/2009.

98 Que são regras negativas de incidência, sujeitas à reserva de lei. Veja-se J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra Editora, 2010,

garantias de recurso (processuais administrativas ou contenciosas), por estar em causa a defesa contra normas ablativas do direito fundamental à propriedade privada, com impacto também na liberdade de iniciativa económica. As normas relativas à incidência real ou objectiva (material, temporal, quantitativa e especial), à incidência pessoal ou subjectiva (escolha dos sujeitos activo e passivo, incluindo nestes o contribuinte, os responsáveis, os substitutos e outros sujeitos fiscais), à taxa dos impostos e aos benefícios fiscais que se pretendam atribuir⁹⁹.

Uma enumeração das matérias fundamentais que se devem considerar como elementos essenciais para o Direito Fiscal, e tendo em conta outras reservas de lei conexas e ainda o regime contido na Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, permite identificar:

(1) as *normas de soberania fiscal*, que não estejam directamente previstas na Lei Básica, mas que constem de legislação ordinária, apesar desta legislação estar subordinada às normas previstas na lei fundamental, e que definam aspectos relativos ao exercício dos poderes tributários pela RAEM;

(2) as *normas que regulem princípios fiscais fundamentais*, em desenvolvimento do que se encontra previsto na Lei Básica, e que fixem limites de natureza formal e material ao legislador ordinário, mas também as normas que regulem princípios gerais que assumam uma centralidade organizatória para o sistema fiscal, promovendo a sistematicidade e a coerência do regime jurídico, ou impondo limites à tributação admissível, como o princípio da legalidade fiscal, da igualdade fiscal, a aferir com base na capacidade contributiva, da segurança jurídica, da baixa tributação, da proporcionalidade e do respeito pelos direitos fundamentais;

(3) as *normas de incidência fiscal*, inclusive todas as normas que definem o plano de incidência, ou os pressupostos da obrigação de imposto, assim como os elementos desta mesma obrigação fiscal. Tal abrange as normas de incidência que determinem quem é o *sujeito activo* e os *sujeitos passivos* (contribuinte, responsáveis, substitutos e outros sujeitos fiscais), a obrigação fiscal, fixando quais são os factos geradores da *obrigação de imposto*, qual é a *matéria colectável* (rendimentos, património ou consumos que são alvo de tributação)¹⁰⁰, qual a *taxa*

pág. 330. Em sentido contrário, defendendo que os benefícios fiscais não fazem parte da incidência, dado que visam finalidades extra-fiscais, apesar de estarem incluídos na reserva de lei fiscal portuguesa, veja-se ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2007, págs. 103 e seguintes.

99 JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente págs. 190 e 193-194); JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Elementos de Direito Fiscal”, in *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, págs. 189-211 (especialmente págs. 198-199).

100 Os elementos de conexão (*fonte e residência*) fazem parte das normas de incidência, abrangidas

(quota ou percentagem na taxa variável, ou taxa fixa) do imposto, a ser aplicada sobre a *matéria colectável* para efeitos da fixação da *colecta* (da prestação pecuniária a pagar), e também as *reduções* de imposto, *isenções* de imposto e *benefícios fiscais* vários¹⁰¹;

(4) as normas que regulem as *formas de extinção das relações tributárias*, nomeadamente o regime e os prazos de prescrição e caducidade, mas também figuras como a *dação em pagamento* e a *compensação*¹⁰²;

(5) as normas de *lançamento, liquidação* e de *cobrança* dos impostos, que se relacionem com a distribuição de encargos fiscais ou com as garantias do contribuinte, e por isso estejam na reserva de lei parlamentar¹⁰³;

(6) as *normas fiscais relativas às garantias dos particulares*, nomeadamente o regime de recurso administrativo e contencioso dos actos em matéria fiscal que produzam efeitos externos lesivos para os particulares¹⁰⁴, o regime procedimental e processual tributário, inclusive o regime da execução fiscal, o estatuto dos

também pela reserva de lei, caso haja factos tributários com conexão em várias jurisdições fiscais, em decorrência do princípio da legalidade fiscal. Veja-se ANA PAULA DOURADO, “O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, págs. 429-474 (especialmente pág. 457); HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 79-80.

101 HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 80-81.

102 Ou as normas relativas a eventuais moratórias de impostos ou contribuições, regulação da renúncia ao crédito fiscal, concessão de *perdoes fiscais*, transmissão de obrigações fiscais ou regimes especiais de regularização de dívidas fiscais. E ainda o adiamento do prazo de pagamento da prestação pecuniária.

103 As normas de liquidação e cobrança que possam afectar as garantias dos contribuintes ou a definição do montante da prestação tributária (quando impliquem encargos adicionais ou desagravamento para o sujeito passivo), devem ser alvo de densificação legal, veja-se ANA PAULA DOURADO, “O Princípio da Legalidade Fiscal na Constituição Portuguesa”, in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, págs. 429-474 (especialmente págs. 450-453).

Há quem entenda que esta reserva de lei se justifica e se deveria apenas aplicar para as restrições ou condicionamentos das garantias dos contribuintes e não para a sua ampliação ou alargamento. Sobre este ponto, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, pág. 136-138. A opção formulada pela alínea 1) do artigo 6.º da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, sobre as garantias em matéria de direitos e liberdades fundamentais é assumidamente mais ampla, abrangendo todo o regime jurídico das garantias, e não apenas as suas restrições, dentro da reserva de lei parlamentar. Neste sentido, caso dúvidas houvesse, veja-se Parecer n.º 3/III/2009 da 1.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada “Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas”, de 29 de Junho de 2009, pág. 20.

104 O conceito de acto tributário susceptível de ser recorrido, para efeitos do recurso administrativo, é muito amplo, por opção legal expressa, nos termos do artigo 1.º (*Actos Impugnáveis*) da Lei n.º 15/96/M, de 12 de Agosto, *Clarificação de Alguns Aspectos em Matéria Fiscal*, que equipara quaisquer actos ou vias de facto que sejam lesivos para os particulares ao acto administrativo recorrível.

tribunais competentes em matéria fiscal¹⁰⁵, ou outros aspectos que visem assegurar as garantias de defesa do contribuinte ou outros sujeitos da obrigação fiscal¹⁰⁶;

(7) as normas relativas às *infracções fiscais*, nomeadamente a tipificação da infracção administrativa¹⁰⁷, inclusive previsão e estatuição, prevendo-se as condutas punidas infraccionalmente e as sanções aplicáveis, com completude, dentro do respeito pelo *princípio da integralidade das leis*;

(8) as normas relativas às *infracções penais*, nomeadamente a previsão de *crimes fiscais* ou de *contravenções* em matéria fiscal, inclusive a configuração da concreta conduta ilícita e sanção aplicável¹⁰⁸, caso venham a ser previstas no futuro, o que teria sempre que ocorrer por lei formal¹⁰⁹;

(9) as outras matérias atribuídas pela Lei Básica à Assembleia Legislativa¹¹⁰.

3.20. Elementos Não Essenciais: Direito Fiscal

Por outro lado, é importante reflectir que haverá também matérias fiscais que não se assumem como essenciais, onde não existe uma *reserva de iniciativa legislativa* do Governo e não há também uma *reserva de lei* da Assembleia Legislativa (por via do artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica).

Tal terá em vista, desde logo, as matérias relativas à organização de serviços públicos e à competência de agentes fiscais, ao lançamento, à liquidação, à fiscalização e à cobrança dos impostos, quando estejam em causa aspectos organizativos ou relativos ao funcionamento interno da Administração Fiscal, que são matérias onde parece admissível que o Governo intervenha por via regulamentar, não tendo que se recorrer a uma lei formal.

Não se deve, no entanto, ignorar que as matérias relativas ao lançamento, na medida em que se exige a colaboração dos contribuintes, que são obrigados a

105 Cf. artigo 6.º, alíneas 10) e 11) da Lei n.º 13/2009.

106 Cf. artigo 6.º, alínea 1) da Lei n.º 13/2009.

107 Cf. artigo 6.º, alínea 6) da Lei n.º 13/2009.

Há que ter em conta que se admite que as infracções administrativas até ao valor de 500 mil patacas, mas não as sanções acessórias, possam ser objecto de regulamentos administrativos independentes, nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea 7) da Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*. Veja-se PAULO CARDINAL/ZHENG WEI, “A Questão das Infracções Administrativas no âmbito do Sistema das Fontes Normativas internas estatuído pela Lei Básica e desenvolvido pela Lei n.º 13/2009”, in *Revista Administração*, n.º 98, vol. XXV, 2012, págs. 1083-1110 (especialmente págs. 1097-1107).

108 Mas também a definição material das *obrigações acessórias da relação jurídica de imposto*, pelo menos se a sua violação for sancionada por infracção administrativa ou penal.

109 Cf. artigo 6.º, alínea 5) da Lei n.º 13/2009.

110 Cf. artigo 6.º, alínea 19) da Lei n.º 13/2009, que consiste numa *cláusula residual* de competência atribuída à Assembleia Legislativa, decorrente do regime contido na própria Lei Básica.

declarar os seus rendimentos, mas também aspectos da fiscalização e cobrança, podem também dizer respeito às garantias dos contribuintes e à defesa dos direitos dos particulares. O que corresponde a campos sujeitos à reserva de lei parlamentar. Assim foi, de resto, reconhecido pela Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, que prevê que apesar de, regra geral, as matérias relativas à estrutura e orgânica dos serviços públicos puderem ser objecto de regulamentos administrativos independentes, tal é excepcionado para os “organismos cujas competências interfiram directamente com os direitos e liberdades fundamentais e suas garantias” (artigo 7.º, n.º 1, alínea 1) da Lei n.º 13/2009). Parece, por isso, recomendável que o Governo faça uso da forma de lei neste campo, se estiverem em causa aspectos que sejam conexos com aspectos procedimentais que regulem como a Administração Fiscal se relaciona com os particulares, e se abstenha de intervir normativamente nestas matérias pela via regulamentar, para não correr o risco de inadvertidamente intervir também no campo dos direitos e garantias dos contribuintes.

Podem ser dados, como exemplo de outras matérias não essenciais para o regime fiscal, que podem ser alvo de uma intervenção pelo Governo, aspectos estruturais internos, orgânicos e organizativos dos Serviços da Administração Pública, ou para efeitos da regulação de aspectos técnicos acessórios, que sejam necessários à boa execução do regime legal contido numa lei, como a elaboração de formulários, de regras ou elementos de contabilidade ou outros aspectos instrumentais da opção legal adoptada, que possam ser regulados por via administrativa.

E, por outro lado, como se viu, deve admitir-se que aspectos relativos à estrutura e funcionamento orgânico da Administração Pública possam ser objecto de regulamentos administrativos independentes, desde que não estejam em causa competências que possam interferir directamente com direitos e liberdades individuais, e as suas garantias (artigo 7.º, n.º 1, alínea 4) da Lei n.º 13/2009), prescindindo de uma lei prévia para este efeito. Enquanto que se possa fazer uso de regulamentos administrativos complementares para executar as matérias contidas em leis (artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 13/2009), quando tal seja necessário, permitindo que as opções tomadas em matéria fiscal numa lei possam ser concretizadas por esta via (numa dimensão de *mera execução da lei*).

Refira-se, de qualquer modo, que não se deve confundir o âmbito de intervenção, legalmente configurada pela Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, para os *regulamentos administrativos independentes* e para os *regulamentos administrativos complementares*, que se assumem pelo legislador como dois tipos específicos de diplomas normativos de natureza administrativa, com regimes legais

diferenciados¹¹¹. Quer isto dizer, estando em causa matéria fiscal que não pertença aos *elementos essenciais* do regime fiscal há espaço, pelo menos potencialmente, para uma intervenção por via de um regulamento administrativo independente. Desde que não exista lei prévia, que incida sobre a matéria, respeitando-se o princípio da prevalência da lei¹¹². Caso se trate de matéria que pertença aos *elementos essenciais do regime fiscal*, terá antes que se adoptar obrigatoriamente a forma de lei da Assembleia Legislativa, que deve conter o regime substantivo do imposto, com tendencial completude, sem obstáculo de se admitir que se possam detalhar aspectos residuais ou instrumentais, relativos às concretizações necessárias à *execução de leis fiscais*¹¹³, por via de um regulamento administrativo complementar.

3.21. Iniciativa superveniente

Apesar do Regimento da Assembleia Legislativa não o prever expressamente, é normalmente entendido que os *projectos de alteração superveniente* dos Deputados que incidam sobre os elementos essenciais do regime tributário (cf. artigo 75.º, alínea 3) da Lei Básica) devam ser liminarmente rejeitados, aplicando-se por analogia o previsto na alínea a) do artigo 107.º do Regimento da Assembleia Legislativa¹¹⁴. Esta é a opção regimental tida como sendo mais coerente, dado que o Regimento da Assembleia Legislativa pretende obstar a que os Deputados apresentem propostas de alteração no campo das “receitas públicas”, o que deve também ser lido como visando abranger as matérias fiscais reservadas, na sua iniciativa ao Governo, pelo artigo 71.º, alínea 3) da Lei Básica.

A legitimidade para o Regimento da Assembleia Legislativa condicionar a *iniciativa superveniente* dos Deputados, no âmbito do Direito Fiscal, onde a Lei Básica não o faz, reconhecendo antes a livre iniciativa superveniente dos Deputados em todos os casos, apenas condicionando a *iniciativa legislativa originária*, em certas matérias tipificadas, pode ser questionada. Podendo mesmo ser entendida como uma restrição regimental não conforme com a Lei Básica, uma vez que vai para além do que a Lei Básica admite e prevê, introduzindo mais amplas restrições aos direitos políticos dos Deputados. Não é também

111 PAULO CARDINAL/ZHENG WEI, “A Questão das Infracções Administrativas no âmbito do Sistema das Fontes Normativas internas estatuído pela Lei Básica e desenvolvido pela Lei n.º 13/2009”, in *Revista Administração*, n.º 98, vol. XXV, 2012, págs. 1083-1110 (especialmente pág. 1097).

112 Cf. artigo 3.º, n.ºs 2 e 3 e artigo 4.º, n.º 3 da Lei n.º 13/2009.

113 Cf. artigo 4.º, n.º 4 da Lei n.º 13/2009.

114 PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente pág. 623, nota de rodapé n.º 395).

uma solução que seja facilmente conciliável com a história constitucional da Assembleia Legislativa de Macau, e com a tradição parlamentar existente em Macau, pelo menos prévia à transição de soberania, e com os dados de Direito Comparado, nomeadamente com a interpretação e aplicação que é feita da norma correspondente na Lei Básica de Hong Kong¹¹⁵, onde se admite que as propostas de lei apresentadas pelo Governo, uma vez dando entrada no parlamento, possam sofrer alterações ou emendas supervenientes, por iniciativa dos membros do órgão parlamentar¹¹⁶.

A diferenciação entre a iniciativa legislativa originária e a iniciativa legislativa superveniente são bem conhecidas, são matérias estudadas, e seguramente que seriam também conhecidas pelo legislador da Lei Básica, que optou, muito razoavelmente, por introduzir restrições apenas à iniciativa legislativa originária dos Deputados¹¹⁷. Tal implica que, nos termos regimentais referidos, o âmbito da intervenção do órgão legislativo sofra de um conjunto de *autolimitações*, impostas pela própria Assembleia Legislativa, que reduzem bastante a sua capacidade para o “exercício cabal da função legislativa”¹¹⁸. Neste

115 Veja-se MICHAEL RAMSDEN/OLIVER JONES, *Hong Kong Basic Law – Annotations and Commentary*, Sweet and Maxwell, 2010, pág. 131; JOHANNES CHAN/C.L. LIM (ed.), *Law of the Hong Kong Constitution*, Sweet and Maxwell, 2011, págs. 207-208; P Y LO, *The Hong Kong Basic Law*, LexisNexis, 2011, págs. 445-448; PEDRO SENA, “O Exercício da Função Legislativa e os Desafios da Prática da Feitura das Leis – Análise de um processo legislativo (a)típico, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 469-493 (especialmente págs. 474-475).

116 Cf. *Leung Kwok Hung v President of the Legislative Council* (2007) 1 HKLRD 387.

Existe, no entanto, uma única exceção relevante, relativamente às *propostas de alterações* apresentadas por Deputados que envolvam *receitas e despesas públicas*, em termos que produzam um impacto financeiro relevante, que não possa ser ignorado, onde o artigo 57(6) das *Rules of Procedures of LegCo* prevê que se deva obter prévio consentimento escrito do Chefe do Executivo.

Deve ser notado, no entanto, que existe uma controvérsia doutrinária sobre se o regime contido no artigo 74.º da Lei Básica de Hong Kong apenas abrange a iniciativa legislativa originária, ou também deve ser interpretado no sentido de incluir a iniciativa legislativa superveniente dos Deputados, bem como sobre quem terá competência para avaliar, perante cada projecto de lei, a sua admissibilidade perante o artigo 74.º da Lei Básica de Hong Kong, se o Presidente do órgão legislativo, se o Chefe do Executivo, havendo posições opostas sobre estes pontos por parte do Governo e do *Conselho Legislativo* de Hong Kong. Na prática a posição do órgão legislativo e o regime contido no seu regimento (*Rules of Procedures*) prevalece, admitindo-se *alterações supervenientes* dos Deputados nestas matérias. A questão pode mesmo implicar a dúvida sobre a conformidade do regimento (*Rules of Procedures*) do *Conselho Legislativo* de Hong Kong com a Lei Básica de Hong Kong. Veja-se, com referências bibliográficas, P Y LO, *The Hong Kong Basic Law*, LexisNexis, 2011, págs. 445-449.

117 PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente págs. 629-644).

118 PAULO CARDINAL, “O Sistema Político de Macau na Lei Básica – Separação e Supremacia do

contexto, pode ser defendido que a norma regimental, na medida em que não seja conforme com a Lei Básica, possa ter que ser desaplicada, ou *interpretada em conformidade com a Lei Básica*, no sentido de não restringir excessivamente a iniciativa legislativa superveniente dos Deputados à Assembleia Legislativa¹¹⁹.

3.22. Reserva de Iniciativa: Propostas de Melhoria Técnica

Conforme já avançamos, no que diz respeito às limitações impostas à iniciativa legislativa supervenientes dos Deputados, no que diz respeito à *proposta de orçamento*, também no que diz respeito ao Direito Fiscal, ou a outras matérias alvo de uma reserva de iniciativa legislativa superveniente do Governo, há que salvaguardar a possibilidade da apresentação de *propostas de alteração* de ordem técnico-jurídica pelos Deputados. No nosso entender, deve admitir-se que os Deputados possam apresentar *propostas de alteração* para melhorar a qualidade técnica de uma proposta de lei, corrigindo aspectos formais, de redacção ou sistemática, desde que respeitem as suas opções materiais. Como é patente, nos termos regimentais, muitas destas questões devem sempre ser corrigidas em sede de *redacção final*, aperfeiçoando-se aspectos de sistemática, de legística ou mesmo do estilo das normas legais que tenham sido aprovadas¹²⁰, dentro do respeito pelas opções materiais aprovadas pelo Plenário em cada caso¹²¹. O Presidente da Assembleia Legislativa deve depois confirmar o texto definitivo da iniciativa legislativa aprovada, após as melhorias técnicas necessárias¹²².

Executivo face ao Legislativo”, in *Revista Administração*, n.º 19/20, Vol. VI, 1993, págs. 79-101 (especialmente págs. 91-92).

119 PAULO CARDINAL, “Iniciativa Legislativa Superveniente dos Deputados nos Casos Previstos na 2.ª Parte do Artigo 75.º da Lei Básica”, in *Direito, Transição e Continuidade – Escritos Dispersos de Direito Público de Macau*, CRED-DM, 185-196; PAULO CARDINAL, “O Procedimento Legislativo no Direito Parlamentar de Macau – O procedimento legislativo no regimento da Assembleia Legislativa”, in *Estudos no Âmbito da Produção Legislativa*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 495-803 (especialmente págs. 634-644).

120 Cf. artigo 129.º do Regimento da Assembleia Legislativa.

121 No campo do Direito Fiscal está questão pode assumir maior relevância prática, tendo em conta a tendência do Governo, nos últimos anos, para apresentar propostas de lei em matéria fiscal ao abrigo do *processo de urgência*, o que implica que eventuais deficiências técnicas possam só ser detectadas aquando da discussão no Plenário, que ocorre simultaneamente na generalidade e na especialidade, sem haver espaço para a intervenção de uma comissão, o que aponta para um maior imediatismo na correcção de aspectos formais da versão inicial da proposta de lei apresentada. Na prática tal implica que o Plenário possa incumbir a comissão de redacção final de introduzir certos acertos e aperfeiçoamentos ao texto definitivo da proposta de lei, clarificando o seu sentido útil. Ou que a própria comissão de redacção final, por sua iniciativa, entenda que tenha que corrigir mais amplamente aspectos formais, de sistemático ou do estilo de normas legislativas aprovadas pelo Plenário.

122 Cf. artigo 130.º do Regimento da Assembleia Legislativa.

3.23. Controlo Judicial

A função garantística da reserva de lei fiscal surge associada à previsibilidade e calculabilidade da obrigação de imposto e dos seus elementos essenciais, procurando evitar intervenções arbitrárias ou abusivas do órgão executivo. A existência de uma reserva *exclusiva* de lei *formal* em matéria de impostos na Lei Básica, retomada pela Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, de uma tipicidade fechada para a aprovação do *núcleo essencial do regime tributário*, é dirigida a evitar que o Executivo promova momentos de *tributação arbitrária*, que possam legitimar o confisco fiscal, ou a expropriação sem indemnização pela via fiscal, da propriedade privada¹²³ (*normas ablativas de direitos fundamentais dos cidadãos*). E assegurando que o objecto, os sujeitos e o montante do imposto se mantenham exclusivamente nas *mãos do legislador parlamentar*. Ora tal depende sempre de um controlo judicial efectivo sobre a actividade administrativa em matéria fiscal pelos tribunais competentes.

Sendo recomendável que este controlo judicial fosse exercido por tribunais especializados (os *tribunais fiscais*), mas que no nosso sistema jurídico é atribuído ao Tribunal Administrativo, integrando o âmbito da jurisdição administrativa, mas também, em certos casos, ao Tribunal de Segunda Instância, em primeira instância, com recurso jurisdicional para o Tribunal de Última Instância. Esta falta de especialização, e mesmo a *ultrapassagem* do Tribunal Administrativo, não nos parece ser a mais adequada e recomendável para este efeito, dado que se perde a especialização associada aos tribunais que julgam o processo contencioso administrativo¹²⁴, e que deveriam também conhecer das matérias fiscais. Os tribunais competentes em matéria fiscal são chamados a se pronunciarem sobre a impugnação judicial de actos e normas fiscais, julgando as questões jurídicas fiscais, assegurando a legalidade da actividade administrativa, no domínio da *justiça fiscal*. Mas devem também exercer uma função jurisdicional mais ampla e exigente de controlo da actividade administrativa em matéria fiscal, assegurando a conformidade com a Lei Básica e com o *princípio da legalidade fiscal*. Podemos falar aqui de um controlo da *constitucionalidade fiscal*, ou de conformidade da lei fiscal, com as suas normas e princípios fundamentais, dado que ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Lei Básica

123 Em violação do artigo 103.º da Lei Básica, que garante que a expropriação tenha que respeitar um regime legal e procedimental próprio, devendo exigir-se um interesse público especialmente relevante (*utilidade pública*) que a justifique ou exija, e reconhece o direito ao recebimento de uma compensação que corresponda ao valor real da propriedade expropriada. Veja-se IEONG WAN CHONG, *Anotações à Lei Básica da RAEM*, Associação de Divulgação da Lei Básica de Macau, 2005, págs. 193-194.

124 Veja-se JOÃO LUÍS DIAS SOARES, “O Suporte Institucional do Contencioso Administrativo da Região Administrativa Especial de Macau”, in *Revista Administração*, n.º 55, vol. XV, 2002-1.º, págs. 171-228 (especialmente págs. 185-188).

e cuja liquidação e cobrança não se façam nos termos da lei fiscal.

Este controlo judicial é necessário para se aferir se as intervenções do órgão executivo em matéria fiscal (por exemplo, por via da aprovação de *regulamentação administrativa*) se mantêm plenamente respeitadoras da reserva de lei fiscal, prevista na Lei Básica, mas também do regime de reserva de lei fiscal concretizado pela Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, que se afirma como um mero desenvolvimento da Lei Básica¹²⁵. E para que a interpretação e aplicação administrativa da lei fiscal, muitas vezes assente em posições interpretativas uniformizadas e internamente vinculativas¹²⁶, se reconduza suficientemente às opções fiscais que foram aprovadas pelo órgão parlamentar, não se fazendo uso da margem de discricionariedade administrativa para se “refazer”, ou “redefinir”, as escolhas em matéria fiscal do legislador parlamentar. Sendo necessário controlar a aplicação da lei fiscal pela Administração Pública, em aspectos discricionários, ou que assumam uma dimensão técnica¹²⁷, por via de um controlo judicial efectivo.

Neste campo, é de sublinhar dois aspectos, ainda que de forma sumária, o primeiro, e de grande relevo, é que, mesmo na falta de legislação processual dirigida especificamente para este efeito, que ainda não chegou a ser aprovada, os tribunais não se devem abster do controlo judicial da constitucionalidade das intervenções do órgão executivo em matéria fiscal, assegurando a conformidade com a Lei Básica (cf. artigo 11.º, *segunda parte*, e artigo 143.º da Lei Básica) e o respeito pela reserva de lei fiscal (o controlo judicial actualmente ocorre de forma *acidental, dispersa e sucessiva*¹²⁸). Na falta de um regime processual próprio, este controlo judicial deve ocorrer no recurso contencioso¹²⁹, visando o controlo da

125 Cf. artigo 1.º da Lei n.º 13/2009. Veja-se PAULO CARDINAL/ZHENG WEI, “A Questão das Infracções Administrativas no âmbito do Sistema das Fontes Normativas internas estatuido pela Lei Básica e desenvolvido pela Lei n.º 13/2009”, in *Revista Administração*, n.º 98, vol. XXV, 2012, págs. 1083-1110 (especialmente págs. 1088-1090).

126 Por via de *despachos, circulares, ofícios*, ou similares, que obrigam os agentes administrativos fiscais a seguirem uma certa interpretação da lei fiscal aplicável. Veja-se, por todos, HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 89-90.

127 Estando em causa a margem de livre apreciação administrativa concedida por *conceitos jurídicos indeterminados* ou quando a lei fiscal permita *discricionariedade administrativa*. Veja-se ANA PAULA DOURADO, *O Princípio da Legalidade Fiscal – Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação*, Almedina, 2007, págs. 359 e seguintes.

128 Veja-se JOSÉ HERMÍNIO PAULO RATO RAINHA, “Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e Sistema Fiscal”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Ano VI, n.º 14, 2002, págs. 187-213 (especialmente pág. 204).

129 Na falta de um regime processual tributário, o contencioso fiscal actualmente segue o regime geral do contencioso administrativo, com certas especialidades. Cf. Artigo 30.º, n.ºs 3 (*contencioso fiscal*), 4 (*contencioso aduaneiro*) e 5 (*outras questões do contencioso administrativo, fiscal e aduaneiro*) para

legalidade dos actos em matéria fiscal que não respeitem as normas ou os princípios contidos na Lei Básica. Mas pode também ter em vista o cumprimento do regime paramétrico contido na Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*, podendo ocorrer pela via do regime processual para a impugnação de normas que se encontra previsto nos artigos 88.º a 93.º do Código do Processo Administrativo Contencioso¹³⁰, que permite o controlo judicial sobre a legalidade de regulamentos administrativos¹³¹.

E também, em segundo lugar, sendo um aspecto de grande relevo, que o controlo judicial deve fiscalizar a intervenção da Administração Fiscal, mesmo que este seja desenvolvida no âmbito da sua discricionariedade técnica, sindicando a legalidade e razoabilidade nomeadamente dos actos de determinação e quantificação da matéria tributável¹³². Assegurando que se está a tributar somente aquilo que o

o contencioso tributário da competência do Tribunal Administrativo e artigo 36.º, alínea 8) (*questões fiscais, parafiscais e aduaneiras*) para o contencioso tributário da competência do Tribunal de Segunda Instância, ambos os artigos citados da *Lei de Bases da Organização Judiciária*, aprovada pela Lei n.º 9/1999, alterada pela Lei n.º 7/2004, pela Lei n.º 9/2004, pela Lei n.º 9/2009 e pela Lei n.º 4/2019.

130 Da competência do Tribunal de Segunda Instância. Cf. Artigo 36.º, alínea 10) da *Lei de Bases da Organização Judiciária (processos de impugnação de normas)*. Sobre a competência do Tribunal Administrativo para a impugnação de normas municipais, cf. Artigo 14.º, n.º 2 da Lei n.º 4/2019.

131 O que é uma decorrência necessária do artigo 36.º da Lei Básica, que garante aos residentes de Macau o acesso ao Direito e aos tribunais, para defesa dos seus direitos e interesses legítimos. Veja-se, entre outros, JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Manual de Formação de Direito Administrativo de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2006, págs. 188-189; ANTÓNIO KATCHI, *As Fontes de Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2006, págs. 185-190; JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Manual de Formação de Direito Processual Administrativo Contencioso*, 2.ª Edição, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2015, págs. 196-209.

Alguns doutrinários defendem uma *interpretação derogatória* do n.º 2 do artigo 88.º do Código do Processo Administrativo Contencioso. Dado que este normativo exclui do regime de impugnabilidade, para efeitos da impugnação de normas, a ilegalidade que resulte da violação da Lei Básica, ou princípio dela decorrente, da violação de norma de lei nacional, ou equiparada, ou da violação de norma constante de acordo ou convenção celebrada com o exterior. Sendo entendido que este limite legal se deve considerar tacitamente revogado, por esta opção pressupor a existência de um processo especial de fiscalização da legalidade de normas legislativas por violação da Lei Básica e restantes normativos constantes deste n.º 2, o que não chegou a acontecer até agora. Esta doutrina entende que as ilegalidades regulamentares mais graves, decorrentes da violação da Lei Básica, de leis nacionais ou convenções internacionais aplicáveis a Macau, e não apenas da violação de lei formal, devem ser sindicadas judicialmente, com vista à declaração de ilegalidade com força obrigatória geral, nos termos dos artigos 88.º a 93.º do Código do Processo Administrativo Contencioso. Neste sentido VIRIATO LIMA/ÁLVARO DANTAS, *Código de Processo Administrativo Contencioso – Anotado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2015, págs. 281-282. Veja-se também JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Notas e Comentários ao Código do Processo Administrativo Contencioso*, Vol. I (Artigos 1.º a 96.º), Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, págs. 611-612.

132 Para efeitos do contencioso fiscal pode haver recurso contencioso, nomeadamente, dos actos contenciosamente recorríveis de indeferimento total ou parcial de impugnações administrativas

legislador permitiu, respeitando-se a opção legislativa, sem se procurar integrar lacunas no campo dos elementos essenciais do regime fiscal¹³³. Devendo ser tido em conta que, no campo da *reserva da feitura da lei fiscal nuclear* pela Assembleia Legislativa, se exige uma vinculação mais estrita da actividade administrativa à lei¹³⁴, o que implica um grau também maior de exigência sobre o controlo dos limites que a actividade discricionária administrativa deve ser sujeita. O controlo judicial do exercício de poderes discricionários, que incluam uma margem de livre apreciação administrativa, ou dos seus limites, do respeito pelo enquadramento legal e pelos princípios gerais do procedimento administrativo e da *constituição fiscal (o bloco da legalidade)*¹³⁵, resulta de lei positiva no nosso ordenamento jurídico, dado que se prevê que o “erro manifesto ou a total desrazoabilidade no exercício de poderes discricionários”, se inclui no *vício da violação de lei*, como fundamento do recurso contencioso (cf. artigo 21.º, n.º 1, alínea d) do Código

relativos aos: (1) actos de liquidação de receitas fiscais e parafiscais, (2) actos de fixação de valores patrimoniais susceptíveis de impugnação judicial autónoma, e (3) actos preparatórios dos (3.1.) actos de liquidação de receitas fiscais e parafiscais e (3.2.) actos de fixação de valores patrimoniais susceptíveis de impugnação judicial autónoma. Cf. Artigo 30.º, n.ºs 3, alíneas 1) a 5) (*contencioso fiscal*) da *Lei de Bases da Organização Judiciária*. Procede-se a uma equiparação legal, para efeitos de recurso administrativo, de quaisquer actos ou vias de factos praticados pela Administração Fiscal que tenham como efeito manifestar uma decisão sobre quaisquer pretensões formuladas pelos contribuintes, impondo deveres, sujeições ou sanções, ou causem prejuízos ou extinguir ou diminuir direitos ou interesses legalmente protegidos, ou que de algum modo afectem as condições do seu exercício, que resulta do regime contido no artigo 1.º da Lei n.º 15/96/M, de 12 de Agosto. Tal implica que o conceito de acto recorrível, para o contencioso tributário, seja potencialmente mais amplo que no contencioso administrativo. Veja-se HERMÍNIO RATO RAINHA, *Impostos de Macau*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1997, pág. 10 (e nota de rodapé n.º 24). Encontramos também uma referência a outros meios processuais para o contencioso fiscal, para além do recurso contencioso de anulação de actos tributários, sendo feita referência expressa em particular: (1) às acções administrativas em matéria fiscal sobre reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, e (2) às acções administrativas de prestação de informação, consulta de processo ou passagem de certidão. Cf. Artigo 30.º, n.º 3, alínea 8) (*contencioso fiscal*) da *Lei de Bases da Organização Judiciária*.

133 Ainda que se deva admitir que as normas tributárias devem ser interpretadas nos termos da teoria geral comum da interpretação das leis, sem quaisquer especialidades, aplicando-se aqui o regime contido no artigo 8.º do Código Civil, inclusive podendo fazer-se uso de uma interpretação extensiva e actualista da lei fiscal. Aqui deve ter-se em conta que, na casuística, a diferenciação entre a integração de lacunas e a interpretação extensiva pode não ser muito evidente, o que suscita dificuldades para a prática forense. Relembre-se que a proibição da integração de lacunas não se coloca nas matérias *não essenciais do regime fiscal*, onde não há reserva de lei fiscal.

134 JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Manual de Formação de Direito Administrativo de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2006, págs. 156-160.

135 Fala-se por vezes do *princípio da juridicidade*, para ilustrar que a actividade administrativa está sujeita ao Direito, e não apenas à lei. Veja-se JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DIAS, *Manual de Formação de Direito Administrativo de Macau*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2006, págs. 136-137.

do Processo Administrativo Contencioso). E que irá remeter, muitas vezes, para aspectos relacionados com quebras do princípio da proporcionalidade, ou dos princípios da justiça, da boa fé, da prossecução do interesse público e da protecção dos direitos e interesses dos residentes, entre outros (cf. artigos 4.º, 5.º, 7.º e 8.º do Código do Procedimento Administrativo).

Ainda que este controlo do uso dos poderes discricionários esteja reservado para os casos de violação *manifesta, ostensiva* ou *intolerável* dos princípios jurídicos. Não se deve, no entanto, concluir sempre e sistematicamente pela não ocorrência deste grau maior de erro ou desrazoabilidade decisória, para denegar este fundamento de recurso contencioso, sendo exigido que os tribunais competentes em matéria fiscal assumam um *papel útil e efectivo* para efeitos da fiscalização contenciosa da dimensão discricionária da actuação da Administração Pública, inclusive quando em causa a impugnação de decisões de determinação da matéria tributável, seja por avaliação directa ou por avaliação indirecta.

4. Anualidade Fiscal: A votação anual dos impostos e a autorização de cobrança prevista na Lei do Orçamento

Tradicionalmente entendia-se como sendo necessário que os impostos fossem regularmente votados pelos parlamentos, para se aferir da continuidade da sua efectiva necessidade, dado o seu carácter ablativo dos direitos fundamentais dos particulares, tendo-se consolidado o *princípio da votação anual dos impostos*. Tal ocorre, nos nossos dias, por via da votação do *Orçamento*, que inclui nas suas receitas fiscais, os impostos que, em cada ano, o órgão parlamentar autoriza que sejam cobrados, gerando as respectivas receitas públicas, aprovando-se por essa via anualmente a cobrança dos impostos na ordem jurídica¹³⁶.

Assim, a aprovação anual do *Orçamento* pela Assembleia Legislativa assume para o Direito Fiscal o sentido de uma *autorização anual* para a cobrança dos impostos em vigor e permite que o legislador proceda a uma nova ponderação sobre o tratamento legislativo que tenha antes dado às matérias fiscais, tendo em conta as previsões económicas que estejam subjacentes à elaboração de cada orçamento anual e as necessidades de manutenção ou revisão da carga fiscal autorizada, que seja percebida pelo órgão parlamentar em cada ano.

O controlo da actividade financeira desenvolvida pelo Governo através dos parlamentos populares mediante a aprovação anual do orçamento e contas públicas (bem como os respectivos impostos) está inerente à regra da anualidade do imposto. Neste sentido, não basta que o imposto seja criado pelas assembleias

136 JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Elementos de Direito Fiscal”, in *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, págs. 189-211 (especialmente pág. 200).

representativas dos contribuintes, nos termos legalmente previstos, de acordo com o regime constitucional aplicável, respeitando as especialidades previstas na lei fundamental. A sua cobrança efectiva depende de uma autorização parlamentar via a votação anual do *Orçamento*. Isto é entendido como sendo o princípio da autorização anual da cobrança dos impostos¹³⁷ (e de outras receitas públicas) e o princípio da autorização anual da realização de despesas públicas.

4.1. Aprovação e Exame Anual dos Impostos

A fiscalização regular da actividade governativa, após a aprovação de impostos com carácter permanente, visa assegurar que a cobrança dos impostos em vigor continua a ser necessária e ainda serve suficientes necessidades públicas (*princípio do consentimento popular* ou *princípio da legalidade do imposto*). Pelo que o princípio da anualidade orçamental determina a necessidade de realizar um exame anual do orçamento (despesas e receitas públicas) para satisfazer os requisitos de legalidade e consentimento popular dos destinatários dos impostos, que se entendem estar representados indirectamente nos parlamentos.

A necessidade de uma autorização anual para a cobrança dos impostos pelo Governo consta do regime de cada *Lei de Orçamento*, onde se autoriza o Governo a proceder à cobrança dos impostos, por exemplo, no artigo 2.º da *Lei do Orçamento de 2018* pode ser encontrada uma *autorização* para o Governo proceder à *cobrança* das receitas orçamentadas, de acordo com a legislação aplicável a *cada uma das verbas inscritas* no orçamento da receita para o ano de 2018¹³⁸. Trata-se de uma *autorização anual* para a *cobrança* dos impostos, que já foram antes aprovados e se encontram em vigor, que visa assegurar que o parlamento reconsidera anualmente a necessidade de aplicar as cargas fiscais associadas a uma opção privativa da propriedade privada dos contribuintes.

4.2. Autorização de Cobrança dos Impostos

A autorização parlamentar para a cobrança das receitas fiscais, através

137 HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, págs. 81-84.

138 Artigo 2.º, n.º 3 da *Lei do Orçamento de 2018*, aprovada pela Lei n.º 16/2017:

“Estimativa das receitas

(...) 3. _Só podem ser cobradas as receitas que tiverem sido autorizadas na forma legal e todas elas, qualquer que seja a sua natureza e proveniência, quer tenham ou não aplicação especial, são, salvo disposição legal expressa em contrário, entregues nos cofres da RAEM nos prazos regulamentares, vindo, no final, descritas nas respectivas contas anuais.” (sublinhados nossos).

Este número 3 do artigo 2.º, costumeiro em *Leis do Orçamento* de anos anteriores (cf., por exemplo, ponto I, artigo 1.º, n.º 2 (*Autorização Geral*) da Lei n.º 14/77/M, de 31 de Dezembro, *Autorização das Receitas e Despesas para o ano de 1978*), deixou de constar da Lei do Orçamento para 2019.

da aprovação do *Orçamento*, é considerada uma “condição de eficácia” das leis de imposto em cada ano. Se a cobrança de um imposto pelo Governo não for autorizada pela Assembleia Legislativa, o acto tributário que aplique o imposto torna-se ilegal, dando fundamento para uma impugnação e oposição à execução do crédito. Pode falar-se aqui de um verdadeiro direito de resistência ao pagamento de impostos cuja liquidação e cobrança não se faça nos termos da lei, por não estar prevista a sua cobrança no *Orçamento* do ano em causa.

A autorização de cobrança no *Orçamento* surge agora também configurada como uma regra sobre a execução do orçamento na *Lei de Enquadramento Orçamental*, não se permitindo expressamente que nenhuma receita seja liquidada ou cobrada pela Administração Pública, ainda que seja legal, se não tiver sido alvo de inscrição em rubrica orçamental (cf. artigo 34.º, n.º 1, alínea 1) da *Lei de Enquadramento Orçamental*). E se preveja também a restituição das importâncias de quaisquer receitas que tenham dado entrada nos cofres do Tesouro sem direito a essa arrecadação, por falta de previsão orçamental (cf. artigo 38.º, n.º 1 da *Lei de Enquadramento Orçamental*), o que implica que eventuais receitas fiscais cobradas indevidamente devem ser reembolsadas aos contribuintes¹³⁹, sendo que se prevê também a prescrição desta obrigação de restituição no prazo de 5 anos, aplicando-se o regime civil de interrupção e suspensão da prescrição para este prazo (cf. artigo 38.º, n.ºs 2 e 3 da *Lei de Enquadramento Orçamental*).

No processo executivo fiscal pode ser invocada a ilegalidade da contribuição lançada ao executado, por a espécie de contribuição não existir nas leis em vigor ou por não estar autorizada a cobrança na lei orçamental. Tal ocorre por via da oposição à execução, no contexto da defesa contra execução fiscal por meio de *embargos*, onde o executado pode alegar a ilegalidade da contribuição cobrada com o fundamento de “não ter sido autorizada a sua cobrança pela lei orçamental do ano a que for referida” (Artigo 165.º, § 2 e 176.º, n.º 1 do Código das Execuções Fiscais¹⁴⁰ - CEF). O Código das Execuções Fiscais foi aprovado

139 Onde se deve aplicar o *Regime geral da anulação e restituição das contribuições e impostos*, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/85/M, de 2 de Março, para se processar a devolução das colectas cobradas indevidamente. Trata-se de um caso especial de anulação de colectas fiscais decorrente da violação do princípio da anualidade, para dar cumprimento ao previsto nos artigos 34.º e 38.º da *Lei de Enquadramento Orçamental*.

140 Artigo 176.º, n.º 1 do Código das Execuções Fiscais:

“Além dos fundamentos mencionados no artigo 169.º, a oposição por meio de embargos poderá ter mais os seguintes:

1.º Ilegalidade da contribuição lançada ao executado, por essa espécie de contribuição não existir nas leis em vigor ou por não estar autorizada a sua cobrança na lei orçamental; (...).”

Artigo 165.º, § 2 do Código das Execuções Fiscais:

“A ilegalidade da contribuição a que se refere o n.º 1 do artigo 176.º diz respeito apenas à não existência, em absoluto, de uma contribuição ou imposto ou qualquer outro rendimento, ou ao facto de não ter

pelo Decreto n.º 38 088, de 12 de Dezembro de 1950, e publicado no Boletim Oficial de Macau de 6 de Janeiro de 1951. Tendo sofrido várias alterações pontuais ao longo das décadas, sobretudo na década de oitenta do século passado¹⁴¹. Nas últimas décadas, o legislador ordinário deixou de rever e actualizar este diploma legal, tendo em vista a sua revogação e substituição por nova legislação. Até aos nossos dias, apesar da sua patente desactualização e de se tratar de um diploma muito datado, não já plenamente articulável com aspectos centrais e princípios gerais do direito processual, ainda não foi substituído por outro diploma legal.

4.3. A Falsa Vigência do CEF

O Código das Execuções Fiscais, que continua a ser de importância estrutural para o sistema fiscal de Macau, é por vezes designado como o “pré vigente CEF” pela jurisprudência, por se entender que o Código das Execuções Fiscais, ao qual acaba por se recorrer materialmente para o julgamento das execuções fiscais (entenda-se para regular e tramitar o processo judicial relativo a uma execução do património de um devedor fiscal) não se encontra formalmente em vigor. Esta cessação de vigência resulta de uma opção do legislador, por força da Lei n.º 1/1999, *Lei de Reunificação*, sendo entendido que o Código das Execuções Fiscais é apenas aplicado como um *mero quadro de referência*, possivelmente por integração de lacunas, ainda que por aplicação de legislação não vigente, mas que surge como uma vigência material de um regime jurídico tido como revogado¹⁴².

Tal resulta de não se ter localizado a legislação relativa à execução fiscal, não se tendo aprovado um novo regime para as execuções de dívidas fiscais. O Código das Execuções Fiscais está incluído na legislação portuguesa anteriormente vigente em Macau que não foi “adoptada como legislação da Região” (Artigo 3.º, n.º 5 da Lei n.º 1/1999, *Lei de Reunificação*). Cujas vigências cessou, por se

sido autorizada a sua cobrança pela lei orçamental do ano a que for referida, não podendo, portanto, em oposição à execução, discutir-se e julgar-se, à sombra desse fundamento, se as contribuições, impostos ou outros rendimentos que existam nas leis em vigor e cuja cobrança tenha sido autorizada por lei orçamental ou autorização posterior foram bem ou mal lançados ou liquidados ao executado, ou se existem ou não para ele, ou se os autos de transgressão das leis e regulamentos foram bem ou mal levantados.”.

141 Veja-se Decreto n.º 38 295, de 17 de Julho de 1951, Decreto n.º 46 849, de 12 de Fevereiro de 1966, Decreto-Lei n.º 4/83/M, de 22 de Janeiro de 1983, e Decreto-Lei n.º 29/83/M, de 26 de Junho de 1983.

142 A manifesta desactualização e desadequação material do Código das Execuções Fiscais tem levado a que muitas vezes se tenha que fazer uma interpretação actualista e sistemática do seu regime, nomeadamente para se assegurar, em termos básicos, as garantias de defesa dos executados. Para um apanhado recente, LUÍS PESSANHA, “A Consideração Fiscal da Família no Sistema Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 657-695 (especialmente págs. 679-687).

tratar de “(...) legislação portuguesa previamente vigente em Macau, incluindo a elaborada por órgãos de soberania de Portugal exclusivamente para Macau”, que deixou de vigorar “na Região Administrativa Especial de Macau a partir do dia 20 de Dezembro de 1999” (Artigo 4.º, n.º 4 da Lei n.º 1/1999, *Lei de Reunificação*).

Deve também ter-se presente que, para além da execução de dívidas fiscais, este é o regime processual que será utilizado para a execução contra particulares para pagamento de quantia certa, que resulte de uma relação jurídica administrativa, em sede de processo executivo nos processos administrativos, em geral (cf. artigo 176.º, n.º 1 do Código de Processo Administrativo Contencioso), e que vão integrar o volume de processos de execução fiscal que compete ao Tribunal Administrativo conhecer, em primeira instância (cf. artigo 30.º, n.º 3, alíneas 6) e 7), n.º 3, alíneas 6) e 7) (*contencioso fiscal*) e n.º 4, alínea 1) (*contencioso aduaneiro*) da *Lei de Bases da Organização Judiciária*). Neste sentido, todas as execuções para o pagamento de quantia certa movidas contra particulares, no contexto do processo administrativo, são reguladas e tramitadas segundo o processo executivo que se encontra vertido no Código das Execuções Fiscais.

Este estado de coisas é bem conhecido e tem sido frequentemente referenciado. Merece notícia que em intervenções legislativas recentes, mormente aquando do esforço de *recensão legislativa* desenvolvido pelo Governo e pela Assembleia Legislativa, se tem indicado que o Código das Execuções Fiscais seria considerado como *legislação que não estaria formalmente em vigor, mas que seria aplicada transitóriamente* na ordem jurídica da RAEM, até que seja adoptada nova legislação sobre esta matéria¹⁴³. Tendo também sido referido que a continuação de aplicação material de legislação formalmente não em vigor na ordem jurídica da RAEM poderia encontrar algum acolhimento, desde logo, no artigo 3.º, n.º 3 da Lei n.º 1/1999, *Lei de Reunificação*, que prevê “A legislação previamente vigente em Macau, enumerada no Anexo II da presente lei, contraria a Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau e não é adoptada como legislação da Região Administrativa Especial de Macau. Todavia, enquanto não for elaborada nova legislação, pode a Região Administrativa Especial de Macau tratar as questões nela reguladas de acordo com os princípios contidos na Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, tendo por referência as práticas anteriores”. Tal sugere que se possa estar perante uma *aplicação temporária*, tendo em vista obstar a uma lacuna legal no sistema jurídico, de legislação formalmente

143 Parecer n.º 6/V/2017 da 1.ª Comissão Permanente, relativo à proposta de lei que deu lugar à Lei n.º 11/2017, *Determinação de Não Vigência de Leis e Decretos-Leis Publicados entre 1976 e 1987*, de 31 de Julho de 2017, págs. 44-45 (em especial notas de rodapé n.ºs 25 e 26). No mesmo sentido, retomando esta mesma perspectiva da questão, Parecer n.º 1/VI/2018 da 2.ª Comissão Permanente, relativo à proposta de lei que deu lugar à Lei n.º 7/2018, *Lei de Bases da Gestão das Áreas Marítimas*, de 28 de Junho de 2018, págs. 67-68 (em especial nota de rodapé n.º 53).

revogada, que surge, em alguma medida, autorizada pela Lei n.º 1/1999, *Lei de Reunificação*, que foi o próprio instrumento legal revogatório¹⁴⁴. E seria uma aplicação de legislação formalmente não vigente que resultaria da necessidade de evitar uma ruptura na ordem jurídica, decorrente de uma lacuna legal, criada por uma revogação não substitutiva de diplomas processuais estruturais para o sistema, que seria sustentada pelo princípio da continuidade.

4..4 A Reforma Fiscal Sempre Adiada

Há muito que se alerta para a necessidade premente de uma reforma fiscal profunda que incida sobre o regime procedimental e processual fiscal de Macau¹⁴⁵, sendo evidente que se deve aprovar nova legislação com a maior brevidade que seja possível. De uma forma simples, falta uma *lei geral tributária*, mas também um regime próprio para o *procedimento tributário* e para o *processo judicial tributário*, para além da necessidade de se actualizar a legislação contida no Código das Execuções Fiscais, relativa à *execução fiscal*, entre outros aspectos. O sistema fiscal vive há quase duas décadas com um regime de execução fiscal que é aplicado pelos tribunais, mas que é frequentemente considerado não vigente pela jurisprudência, que o aplica como *mero quadro de referência*, fazendo uso de uma interpretação actualista e correctiva do mesmo. A continuidade deste estado de coisas não é recomendável, afronta o princípio da certeza e segurança jurídica e coloca em cheque a confiança dos particulares no regime processual tributário, que deve ser pautado por regras legais claras e seguras, carecendo de uma intervenção legislativa urgente, sobretudo tendo em conta que se lida com a privação da propriedade privada, matéria restritiva de direitos fundamentais.

Em 2011 deu-se início a um processo legislativo na Assembleia Legislativa com vista à aprovação de uma proposta de lei que se designou como o “Código Tributário”¹⁴⁶, que incluía nomeadamente um Capítulo III sobre o “Procedimento Tributário”, um Título IV sobre “Disposições Processuais do Procedimento e do Processo Judicial Tributário” e com um Título VIII sobre o “Processo de Execução Fiscal”. Esta proposta de lei, que não sendo porventura perfeita e tendo suscitado algumas interrogações sobre certas opções que foram formuladas¹⁴⁷,

144 Mais recentemente, alguma jurisprudência considerou que as normas do Código das Execuções Fiscais continuam, transitoriamente, a vigorar no ordenamento jurídico da RAEM, desde que respeitem certos princípios nucleares da ordem jurídica (TSI, Processo n.º 576/2017, de 18 de Janeiro de 2018).

145 Já assim o referia Rato Rainha, em 1996, veja-se HERMÍNIO RATO RAINHA, *Apontamentos de Direito Fiscal*, Universidade de Macau/Fundação Macau, 1996, pág. 29 (nota de rodapé n.º 20).

146 Veja-se JOÃO ANTÓNIO VALENTE TORRÃO, “Algumas Notas sobre o (Um) “Código Tributário” da (Para A) RAEM, *Revista Administração*, n.º 105, vol. XXVII, 2014-3.º, 631-713.

147 Um aspecto que terá que merecer maior reflexão é se deve manter-se uma opção fiel ao *princípio da territorialidade*, que actualmente domina o sistema fiscal de Macau, apenas se tributando os

estava tecnicamente bem elaborada, e iria permitir colmatar as principais lacunas existentes no sistema fiscal de Macau. Inesperadamente, esta proposta de lei foi retirada em 2012 pelo Governo, com a indicação de que seria necessário proceder-se a mais estudos. A retirada desta proposta de lei privou o sistema jurídico-fiscal de Macau de legislação fiscal que claramente carece, permitindo que se perpetue as insuficiências e lacunas profusamente identificadas.

4.5. O Constante Agendamento do Código Tributário

A revisão da proposta de lei que se designou como o “Código Tributário” tem-se arrastado desde 2012, em termos que não são inteiramente compreensíveis, não se tendo prestado informação ao público sobre as razões que levaram à retirada desta proposta em 2012, nem sobre os aspectos que estão ainda a ser estudados. Por várias vezes tem sido anunciado pública e formalmente pelo Governo que esta proposta de lei estaria concluída, ou pelo menos numa fase muito avançada de elaboração, na dimensão dos trabalhos técnicos preparatórios, mas sem que tenha ainda sido apresentada à Assembleia Legislativa. Sobre isto foi declarado oficialmente pelo Governo nas Linhas de Acção Governativa de 2017:

“Aperfeiçoamento do regime jurídico das finanças públicas. Procedeu-se ao acompanhamento do trabalho legislativo da Lei de Enquadramento Orçamental, encontrando-se actualmente finalizado o trabalho de elaboração da respectiva proposta de lei. Foi acompanhado o trabalho da revisão da lei de aquisição de bens e serviços. A 1.ª versão da proposta de lei sobre o Código Tributário está basicamente finalizada.” (negrito no original)¹⁴⁸

Mais recentemente, aquando da apresentação pelo Governo nas Linhas de Acção Governativa de 2019, pode encontrar-se a indicação que se encontra ainda em curso os trabalhos de “Acompanhar a elaboração do «Código Tributário»”, e que se espera a “Conclusão da elaboração da respectiva proposta de lei em 2019”¹⁴⁹.

rendimentos gerados em Macau, não se pretendendo admitir a *tributação universal* dos rendimentos dos contribuintes de Macau, nos termos actuais, ou se é de permitir, pelo menos em geral, que se possam formular opções nas leis fiscais no sentido da consideração de rendimentos com fonte ou origem no exterior, dando-se um passo no caminho da *tributação universal*.

148 *Relatório das Linhas de Acção Governativa para o Ano Financeiro de 2017*, pág. 238. Este documento pode ser consultado em http://images.io.gov.mo/pt/lag/lag2017_pt.pdf.

149 *Relatório das Linhas de Acção Governativa para o Ano Financeiro de 2019*, pág. 98. Este documento pode ser consultado em https://www.policyaddress.gov.mo/policy/download/2019_policy_pt2.pdf. No *Relatório das Linhas de Acção Governativa para o Ano Financeiro de 2018*, em pág. 102, já era

Independentemente de eventuais melhorias que possam estar a ser ainda alvo de estudo técnico, sendo sempre possível aperfeiçoar a qualidade das iniciativas legislativas, e havendo seguramente também matérias onde se pode contar com diferenças de entendimento, nomeadamente tendo em conta as preocupações com o reforço da eficiência funcional da máquina administrativa fiscal, num panorama de evasão fiscal que se pode suspeitar ser quase generalizada¹⁵⁰, e perante a necessidade de se procurar evitar a crescente erosão das garantias dos contribuintes, atendendo ao estado verdadeiramente calamitoso e lacunoso em que o regime procedimental e processual tributário de Macau se encontra, não se pode deixar de desejar que uma nova proposta de lei que se ocupe destas matérias seja apresentada e aprovada pela Assembleia Legislativa, passando a vigorar na ordem jurídica da RAEM, com a maior brevidade que seja possível. Seguramente que há já largas décadas que tal deveria ter ocorrido e o passar dos anos apenas tornou este estado de coisas cada vez menos comportável.

5. A Tributação Anualizada: os impostos em vigor e as opções fiscais anuais no orçamento - Algumas Reflexões...

Nos últimos anos, a *Lei do Orçamento* tem vindo a prever um conjunto abrangente de alterações temporárias ao regime fiscal em vigor. Este padrão de intervenção crescente no campo do Direito Fiscal verifica-se já desde 2001 (*Lei do Orçamento de 2002*), visando adequar a carga fiscal às necessidades orçamentais estimadas para cada ano, havendo um salto orçamental positivo, e às opções económico-financeiras anuais, tendo em vista uma linha de fundo de redução da carga fiscal aplicável aos contribuintes, que não se quer assumir como definitiva. Este conjunto de alterações fiscais, assume actualmente uma forte componente de continuidade, e apesar de se dirigir apenas ao ano civil em causa, caducando no final do mesmo, tem vindo a ganhar crescente amplitude e relevância.

O *Orçamento* tem vindo a permitir um desagravamento significativo da carga fiscal aplicável, nomeadamente nos *impostos mais relevantes* para o sistema fiscal, como é o caso do Imposto Profissional e do Imposto Complementar de Rendimentos. Tal resulta da atribuição de um conjunto amplo, e tendencialmente

antes referido que se espera concluir a elaboração da proposta de lei relativa ao “Código Tributário” em 2018. Este documento pode ser consultado em https://www.policyaddress.gov.mo/policy/download/2018_policy_pt.pdf.

150 A situação não tem merecido grande atenção do legislador, mas trata-se de uma fonte de graves desigualdades fiscais que apenas se torna sustentável, para *quem paga os impostos devidos*, nos termos da lei, pela baixa carga fiscal aplicável no sistema fiscal de Macau. Sobre este ponto, veja-se LUÍS PESSANHA, “A Consideração Fiscal da Família no Sistema Fiscal de Macau”, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, CFJJ, 2018, págs. 657-695 (especialmente pág. 676 e nota de rodapé n.º 48).

crescente de benefícios e isenções fiscais, por vezes sem uma total coerência nas opções de intervenção fiscal, numa visão global do sistema fiscal. Naquilo que é uma política já consolidada, ao longo de mais de uma década, de procurar auxiliar as pequenas e médias empresas e a população em geral a enfrentar as dificuldades que se entendem resultar da elevada inflação nos bens de consumo e ainda dos reflexos que possam derivar da crise financeira, que deve ser entendida no contexto de orçamentos largamente superavitários. Por ser impressivo, no apelo à ideia de *continuidade dos benefícios fiscais* como linha condutora das opções fiscais no *Orçamento*, veja-se como a questão é colocada pelo Governo, aquando da apresentação das *Linhas de Acção Governativa* ao parlamento¹⁵¹:

“Continuarão a ser adoptadas medidas de redução e isenção fiscal favoráveis aos residentes: a manutenção do valor da matéria colectável a beneficiar de isenção de imposto complementar de rendimentos em 600.000 patacas; a isenção do pagamento da contribuição industrial, da taxa de licença de exploração dos vendilhões, da renda das bancas dos mercados, da taxa de inspecção sanitária dos produtos frescos e animais vivos, do imposto do selo sobre as apólices de seguro, incluindo o seguro de vida, e do imposto do selo sobre as operações bancárias; a isenção da taxa de licenciamento para afixação de material de propaganda das unidades comerciais; a isenção do imposto de turismo dos estabelecimentos de restauração; a redução da contribuição predial urbana até 3.500 patacas, para residentes de Macau; a isenção do pagamento do imposto do selo sobre os bilhetes de entrada e de assistência pessoal a espectáculos, exposições e diversões e a isenção do imposto do selo sobre leilões. Para os residentes permanentes de Macau que não possuam imóveis e que venham a adquirir o primeiro imóvel para habitação, os primeiros 3 milhões de patacas do valor do imóvel estarão isentos do pagamento do imposto do selo sobre a transmissão do imóvel. Os rendimentos obtidos ou gerados pelas empresas locais em países de língua oficial portuguesa estarão isentos do pagamento do imposto complementar de rendimentos.

Continuaremos a apoiar o grupo social de rendimentos médios,

151 Sem descurar que o próprio texto das *Linhas de Acção Governativa* assume uma assinável dimensão repetitiva, havendo largos trechos similares a anos anteriores. O trecho citado já se encontrava, em termos idênticos, no *Relatório das Linhas de Acção Governativa* de anos prévios, havendo aqui repetição linguística e discursiva, o que é sugestiva de uma forte continuidade entre *Orçamentos*.

mantendo a redução de 30% no imposto profissional, com o limite de isenção em 144.000 patacas. Efectuaremos a devolução de 60% do imposto profissional pago, referente a 2018, sendo 14.000 patacas o limite máximo de devolução. As referidas devoluções de imposto terão lugar em 2020.

Com a aplicação das referidas medidas de isenção e redução de taxas e impostos e de devolução de imposto, o Governo deixará de arrecadar receitas fiscais no valor aproximado de 4.243 milhões de patacas”¹⁵².

5.1. Benefícios Fiscais Anuais

Merece ser reflectido se estamos ainda perante medidas fiscais verdadeiramente de carácter *meramente temporário*, dado que apesar das normas fiscais em causa terem assumidamente uma vigência anualizada¹⁵³, é manifesto que estas opções fiscais são introduzidas *reiteradamente*, ano após ano, nas *Leis do Orçamento* apresentadas pelo Governo. E que são também aprovadas anualmente pela Assembleia Legislativa, segundo uma lógica que se assume ser de manutenção e de *continuidade* de um bloco já consolidado de benefícios e isenções fiscais.

A repetição das mesmas medidas fiscais, no *Orçamento*, durante largos anos, é um aspecto que merece reflexão tendo em atenção que tal pode implicar uma gradual consolidação de expectativas junto dos contribuintes, no sentido da manutenção destas medidas fiscais anuais. O que pode colocar obstáculos, em termos de tutela da confiança, em caso de se tomar uma opção no sentido da sua não renovação numa futura *proposta de lei do orçamento*. O *princípio da certeza jurídica* começa a ser um aspecto a merecer maior ponderação. Apesar de ser claro, reconheça-se, que as medidas são aprovadas apenas para cada ano civil, assumindo, na sua intenção legislativa, um cariz temporário e não permanente.

5.2. Padronização e Permanência

Há que notar uma forte tendência para uma repetição normativa, retomando-se as mesmas medidas fiscais que foram adoptadas na *Lei do Orçamento* do ano anterior novamente na *Lei do Orçamento* do ano seguinte. Adoptando-se a mesma redacção legal, mesmo em termos textuais, as *propostas de lei do orçamento* são praticamente idênticas, havendo uma verdadeira *padronização normativa* das *Leis do Orçamentos*. Apenas onde há novidades, onde se introduzem novas medidas

¹⁵² *Relatório das Linhas de Acção Governativa para o Ano Financeiro de 2019*, págs. 12-13.

¹⁵³ As várias deduções à colecta que resultam da *Lei do Orçamento de 2019*, vigoram durante o ano de 2019, mas serão aplicáveis durante o período de caducidade do direito à liquidação, contado desde o ano ou exercício a que se reporta o benefício fiscal (artigo 25.º da *Lei do Orçamento de 2019*).

fiscais ou se alteram as opções em matéria fiscal antes aprovadas, normalmente para resolver aspectos complementares que a aplicação prática colocou, é que o texto das *propostas de lei do orçamento* sofre modificações relevantes. Esta forte tendência para a padronização normativa, que sugere uma abordagem *mecânica* e *automatizada* à produção legislativa, e que, em conjunto com um calendário legislativo muito apertado, tendo em conta que a *proposta de orçamento* dá entrada na Assembleia Legislativa em princípios de Outubro, para ser aprovada até finais de Dezembro e entrar em vigor no primeiro dia de Janeiro, tem contribuído para uma assinalável inflexibilidade legislativa, havendo fortes resistências a que se introduzam quaisquer alterações materiais à *proposta de orçamento* apresentada pelo Governo, mesmo quando se verificam matérias carecidas de correcção, como aconteceu no *Orçamento de 2018*¹⁵⁴.

Para além deste aspecto da prática legislativa, onde a aprovação do *Orçamento* adquiriu uma especial rigidez, há ainda que considerar a dimensão *temporária* das medidas fiscais adoptadas, onde um carácter de permanência pode surgir, pelo decurso do tempo, mesmo contra a intenção legislativa formulada, que se assume como meramente anualizada e não definitiva. E aqui chegados, podemos começar a questionar se poderá haver uma expectativa legítima já consolidada dos contribuintes a uma dada isenção fiscal, que se tenha previsto durante largos anos, de forma sucessiva e repetitiva nas leis do *Orçamento* das últimas décadas.

Na nossa leitura, apesar da resposta dever ser negativa, mantendo-se a liberdade do legislador ordinário para não retomar medidas fiscais contidas em *leis do orçamento anteriores*, a questão pode suscitar alguma dúvida, pelo menos em certos casos, onde se pode encontrar uma forte consolidação na ordem jurídica da isenção fiscal em causa, pelo largo decurso do tempo em que a mesma tem sido concedida, e pelo claro apelo à ideia de continuidade na sua concessão pelo legislador, que pode gerar uma expectativa da sua futura manutenção junto dos contribuintes, para além do horizonte de vigência de cada *Orçamento*¹⁵⁵.

154 A questão já se colocava perante a *Lei de Orçamento* de anos anteriores, sendo uma medida fiscal conhecida, mas aquando da discussão do *Orçamento* de 2018 foi referenciado um problema de articulação entre as medidas fiscais aprovadas na *Lei do Orçamento*, para efeitos do Imposto Profissional, e o regime especial contido neste mesmo imposto para incentivar a prestação de trabalho pelos empregados e assalariados com mais de 65 anos de idade ou com um grau elevado de invalidez permanente, nos termos do artigo 7.º, n.º 2 do Imposto Profissional. Esta questão, no entanto, não foi corrigida neste *Orçamento*, o que apenas aconteceu no *Orçamento de 2019* (cf. artigo 18.º, n.º 5 da *Lei do Orçamento de 2019*), por alegada urgência, mas que se pode antes considerar como uma manifestação clara da maior *rigidez legislativa* que se pode identificar na discussão e aprovação do *Orçamento*. Veja-se o Parecer n.º 4/VI/2018 da 2.ª Comissão Permanente, de 11 de Dezembro de 2018, relativo à Proposta de Lei intitulada “Lei do Orçamento de 2019”, pág. 13 (e nota de rodapé n.º 1).

155 Ainda que a regra seja, como é evidente, da *livre revogabilidade* das leis relativas a benefícios fiscais, há aqui aspectos relativos ao *princípio da segurança jurídica* na sua expressão do princípio da

Tal será assim sobretudo para as medidas fiscais que são adoptadas há mais de uma década, onde pode ser mais difícil que as mesmas não continuem no futuro. Por exemplo, podemos atender à habitual *isenção de pagamento das taxas* da Contribuição Industrial, que está prevista, em termos materiais praticamente inalterados, desde 2001 (*Lei do Orçamento de 2002*), e assume uma natureza prática evidente, dado que as taxas deste imposto são actualmente de tal forma baixas que a Administração Fiscal perderia dinheiro com a sua cobrança (as despesas administrativas seriam superiores às receitas potenciais que este imposto geraria em caso de cobrança). Ora, é assinalável que uma isenção de um imposto esteja prevista “no Orçamento” há sensivelmente 18 anos, tendo sido sempre retomado pelo legislador ordinário, sem que lhe seja dado carácter definitivo. Caso o legislador viesse a optar por deixar de prever esta isenção de pagamento da Contribuição Industrial, tal poderia ser alvo de objecções não apenas do ponto de vista político, mas eventualmente também jurídico, podendo ser entendido que estaria aqui em causa, pelo menos em alguma medida, uma quebra na confiança e nas expectativas legítimas que os contribuintes podem investir na renovação anual, também no futuro próximo, desta medida fiscal.

5.3. Alteração da Legislação Fiscal

Parece-nos claro que, pelo menos em alguns casos mais evidentes, estas medidas fiscais deveriam ser introduzidas nas próprias leis fiscais em vigor de uma forma permanente e definitiva, tendo em conta que se tratam de alterações que se justificam e não visam introduzir medidas fiscais temporárias, de cariz anual¹⁵⁶.

protecção da confiança a serem considerados, sobretudo para isenções fiscais que se aproximam das duas décadas de vigência temporária. Veja-se, em geral, sobre este ponto JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª Edição, Almedina, 2013, págs. 152-153.

¹⁵⁶ Merece reservas que o legislador fiscal faça uso de medidas anuais durante largos anos, para introduzir sempre as mesmas alterações temporárias, não procedendo à alteração definitiva da norma em questão. Sendo que o facto de se ter alterado essa norma sucessivamente, ano após ano, sempre no mesmo sentido, indicia fortemente que a alteração deveria ser introduzida permanentemente na própria legislação fiscal. Por via de uma alteração definitiva da lei fiscal vigente. Este aspecto é particularmente visível na *lei do orçamento*, mas verifica-se também noutros momentos na ordem jurídico-fiscal, como por exemplo com a medida anual já habitual de se prorrogar o prazo, durante o mês de Março, para a entrega do modelo M/5 do Imposto Profissional (cf. Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 1/2019, em relação aos rendimentos auferidos em 2018). Isto acontece desde 2008, havendo todos os anos um novo Despacho a prever a mesma prorrogação deste prazo, sendo patente que já se deveria ter alterado o artigo 10.º, n.º 1 do Imposto Profissional neste sentido.

Refira-se ainda que a prorrogação de um prazo previsto em lei formal por um Despacho do Secretário para a Economia e Finanças, consistindo numa derrogação temporária de um regime contido em lei formal por via de um regulamento administrativo material, não nos parece conforme com a reserva de lei e com o *princípio da prevalência da lei*, contidos na Lei Básica e na Lei n.º 13/2009, *Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*. Veja-se, com citações de jurisprudência,

Para ilustrar este ponto basta considerar, por exemplo, a isenção do Imposto do Selo sobre os bilhetes de entrada a espectáculos, exposições ou diversões, que afasta um imposto que encarece o preço de mercado da oferta cultural e recreativa, e que deveria constar do próprio Imposto do Selo, não se justificando actualmente a opção por esta tributação. Trata-se de uma isenção que é concedida reiteradamente desde a *Lei de Orçamento desde 2010 (Lei do Orçamento de 2011)*, e que resultou de dificuldades práticas na cobrança deste imposto para os espectáculos oferecidos pelos casinos locais, onde os bilhetes eram emitidos localmente, e seriam alvo de Imposto do Selo no momento da sua emissão, mas a sua venda ocorria posteriormente, muitas vezes fora de Macau, havendo situações onde um número elevado de bilhetes não seriam vendidos no mercado, por falta de procura e onde se discutia se o imposto pago deveria ou não ser devolvido. Do ponto de vista do regime legal aplicável, a resposta seria aparentemente negativa, dado que Imposto do Selo assume aqui uma natureza documental, incidindo sobre a emissão do ingresso ou bilhete. Tal levava, no entanto, a uma questão de justiça fiscal, por se tributar a emissão do ingresso (e não a sua venda), mas onde se pressupõe que o bilhete apenas seria emitido no acto de venda ao público destes ingressos. A venda ao público estaria subjacente à tributação sobre este tipo de ingressos e bilhetes de espectáculos.

Ou também, por exemplo, a isenção do Imposto do Selo sobre a transmissão onerosa de imóveis destinados a habitação, que afasta ou reduz parcialmente o imposto devido pelos residentes na compra da sua primeira casa para habitação própria. Trata-se de uma isenção que é concedida, com crescente desenvolvimento e extensão, por via da *Lei de Orçamento desde 2007 (Lei do Orçamento de 2008)*. Tendo em conta que se trata de uma medida fiscal de apoio à aquisição de habitação pela população que está já amplamente consolidada, assumindo também crescente complexidade, na sua regulamentação legal, trata-se de mais uma medida fiscal que deveria deixar de constar da *Lei do Orçamento*, passando a ser adoptada no Imposto do Selo ou porventura autonomizada em lei própria. Ou ainda, por exemplo, o aumento do mínimo de isenção do Imposto Profissional, dado que se trata de uma isenção que é concedida, tendo o seu valor sofrido actualizações, por via da *Lei de Orçamento desde 2007 (Lei do Orçamento de 2008)*. O valor desta isenção que pode ser fixado em 144 mil patacas, como faz a *Lei do Orçamento de 2019*, ou noutro valor que se entenda razoável, tendo em conta a desactualização do montante de rendimentos do trabalho actualmente previstos como isentos de

PAULO CARDINAL/ZHENG WEI, “A Questão das Infracções Administrativas no âmbito do Sistema das Fontes Normativas internas estatuído pela Lei Básica e desenvolvido pela Lei n.º 13/2009”, in *Revista Administração*, n.º 98, vol. XXV, 2012, págs. 1083-1110 (especialmente págs. 1087-1088 e 1091).

tributação no Imposto Profissional (no valor de 95 mil patacas por ano, que foi introduzido pela Lei n.º 12/2003) deveria ocorrer no próprio Imposto Profissional. Actualizando-se o valor legal do rendimento anual do trabalho não tributado por corresponder a um mínimo de existência condigna no próprio Imposto Profissional, e não temporariamente, por via do *Orçamento*.

5.4. Impacto Fiscal do Orçamento

Um outro aspecto que pode ser questionado é o impacto sistémico que este conjunto de medidas fiscais avulsas, e cuja a natureza temporária se confunde com um grau elevado de permanência, tem no sistema fiscal. Não se conhecem dados estatísticos que possam esclarecer esta questão, mas é sabido que o impacto de certas destas medidas fiscais contidas no *Orçamento* é muito grande.

Por exemplo, no que diz respeito ao elevadíssimo número de contribuintes que passam a ficar isentos de Imposto Complementar de Rendimentos, ou na redução da carga fiscal sobre os contribuintes com rendimentos médios/altos em sede de Imposto Profissional e Imposto Complementar de Rendimentos, em resultado das isenções de tributação previstas no *Orçamento*. E correspondente aumento muito expressivo do número de contribuintes que ficam isentos de tributação sobre os seus rendimentos, para efeitos dos rendimentos comerciais e industriais, ao abrigo do Imposto Complementar de Rendimentos, onde o universo dos contribuintes é cada vez menor e menos representativo da realidade económica de Macau. Assim já foi assumido pelo legislador, tendo sido dito que:

*“Tomada de medidas para atenuação da pressão das PME’s e das microempresas decorrente da operação dos seus negócios. Em 2015, o valor isento do Imposto Complementar de Rendimentos foi aumentado de 300 mil patacas para 600 mil patacas, traduzindo uma descida significativa de contribuintes, passando de 44.819 para 1.911. (...)”*¹⁵⁷.

Nestes termos, em 2015, por via do *Orçamento* apenas 1.911 contribuintes estariam sujeitos a Imposto Complementar de Rendimentos, em vez dos 44.819 contribuintes que estariam sujeitos a tributação sem estas medidas orçamentais. O que implica que só sensivelmente 4,26% do universo dos contribuintes do Imposto Complementar de Rendimentos continuam a ser tributados, naquilo que é um impacto muito profundo sobre o universo de pessoas sujeitas a tributação. Este estado de coisas não deve ter sofrido modificações relevantes em anos posteriores,

¹⁵⁷ *Relatório das Linhas de Acção Governativa para o Ano Financeiro de 2016*, pág. 280. Este documento pode ser consultado em https://images.io.gov.mo/pt/lag/lag2016_pt.pdf.

sendo espectável que actualmente este seja o panorama existente.

Merece reflexão que, por via das medidas fiscais contidas no *Orçamento*, a esmagadora maioria dos contribuintes deixe simplesmente de pagar Imposto Complementar de Rendimentos. Para efeitos do Imposto Profissional, mesmo não se conhecendo dados estatísticos oficiais, que permitam confirmar e aprofundar estes elementos, como seria desejável, pode adivinhar-se um impacto sistémico similar, sendo provável que a esmagadora maioria dos contribuintes deixe também de estar sujeito ao pagamento de imposto sobre os seus rendimentos laborais, ou que seja reembolsado de grande parte do imposto que tenha pago em anos anteriores por via do regime contido no *Orçamento*¹⁵⁸. É absolutamente notável que o legislador fiscal tenha optado, sem o assumir claramente, por medidas fiscais anuais que aproximam o sistema fiscal de um *regime de não tributação dos rendimentos* da generalidade do universo dos contribuintes, apenas se tributando os rendimentos mais elevados, deixando de tributar o contribuinte médio. Pode também questionar-se se estas opções mereceram sempre a devida reflexão e ponderação em sede legislativa, dado que não parece que a discussão na Assembleia Legislativa, aquando da aprovação do *Orçamento*, centrada nas alterações das medidas fiscais perante o ano anterior, ou na sua continuidade, tenha em conta suficientemente os *profundos impactos fiscais*, para o ordenamento jurídico-fiscal, decorrente do gradual acumular e avolumar das isenções fiscais, que estão actualmente previstas na *Lei do Orçamento*.

158 Jornal *Hoje Macau*, 20 de Março de 2014:

“Imposto profissional começa a ser distribuído para a semana

É já a partir da próxima quarta-feira que cerca de 100 mil contribuintes vão começar a receber o reembolso do imposto profissional que pagaram em 2012, uma medida que foi anunciada pelo Chefe do Executivo no âmbito das Linhas de Acção Governativa (LAG). Contudo, segundo o calendário apresentado ontem na sede da Direcção dos Serviços de Finanças (DSF), os funcionários públicos e trabalhadores de escolas que recebam subsídios directos, ou professores que recebam subsídio para o desenvolvimento profissional, só começam a receber os seus reembolsos em Abril. Mais de 67 mil beneficiários vão receber 60% do imposto que pagaram em 2012 através de um cheque cruzado a enviar por correio, o que corresponde a uma fatia de 220,961 mil patacas. Depois, mais de 29 mil contribuintes vão receber, via transferência bancária, o resto do seu imposto, numa tranche de 155,315 mil patacas. Quem não tem a situação regularizada nas finanças terá de fazer os pagamentos para posteriormente receber o cheque em casa. No total, a devolução que o Governo vai devolver 390 milhões de patacas. O pagamento do imposto rendeu, em 2012, 1,2 milhões de patacas aos cofres do Governo. A devolução do imposto profissional pretende, segundo o Governo, servir de apoio à classe média, sendo que as devoluções nunca serão acima das 12 mil patacas. Um trabalhador com um salário anual superior a 570 mil patacas receberá esse valor na totalidade. Cerca de 200 mil residentes vão ficar de fora desta iniciativa, uma vez que têm rendimentos anuais inferiores a 144 mil patacas. A DSF não tem ainda um calendário para iniciar a devolução do imposto pago em 2013, uma vez que os dados só começaram a ser inseridos no início do ano e ainda estão a ser processados. Só em Agosto poderão saber-se mais resultados” (acessível em <http://hojemacau.com.mo/?p=68250>).

Para melhor se compreender este ponto, talvez seja interessante passar em revista alguns exemplos típicos, para se aferir do impacto sobre a carga fiscal e taxa média (*efectiva*) que resulta para os dois principais impostos sobre o rendimento nestas isenções fiscais, sobretudo visível junto dos contribuintes com rendimentos baixos¹⁵⁹ ou médios, para o ano de 2019. Em primeiro lugar, tendo em vista a tributação dos rendimentos laborais no Imposto Profissional:

Rendimento anual sujeito a Imposto Profissional de:	Imposto devido de acordo com a lei vigente, sem ter em conta o Orçamento:	Imposto devido com a Lei do Orçamento de 2019:	Diferencial entre as taxas aplicáveis:
150 mil patacas ¹⁶²	1.225 patacas [0,82% ¹⁶³]	0 patacas ¹⁶⁴	1.225 patacas [100%]
200 mil patacas	4.350 patacas [2,17%]	294 patacas [0,14%]	4.056 patacas [93,24%]

159 É de referir que os rendimentos mais baixos não são tributados, sendo os *rendimentos do trabalho* isentos até ao valor de 95 mil patacas por ano, nos termos do n.º 1 do artigo 7.º do Imposto Profissional, sendo que esta isenção aumentou até ao valor de 135 mil patacas para os contribuintes com mais de 65 anos ou com um grau de invalidez permanente igual a superior a 60%, nos termos do n.º 2 do artigo 7.º do Imposto Profissional. A *Lei do Orçamento de 2019* (cf. artigo 18.º, n.ºs 2 e 5 da *Lei do Orçamento de 2019*) aumenta este valor isento, que se pode considerar como o *rendimento mínimo de existência*, para efeitos do Imposto Profissional, respectivamente para 144 mil patacas e 198 mil patacas.

Do nosso ponto de vista, uma *interpretação sistemática e cumulativa* do regime previsto no n.º 2 do artigo 7.º do Imposto Profissional e na *Lei do Orçamento* exigia sempre que se tivesse em conta o diferencial entre o valor da isenção contido no n.º 1 e no n.º 2 do artigo 7.º do Imposto Profissional para se respeitar a opção legislativa de se imputar uma carga fiscal mais reduzida aos contribuintes referidos no n.º 2 do artigo 7.º do Imposto Profissional, o que implicaria que o valor isento teria já em anos anteriores que respeitar o diferencial de 40 mil patacas. Veja-se, sobre esta questão, Parecer 1/VI/2017 da 2.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada «Lei do Orçamento de 2018», de 05 de Dezembro de 2017, páginas 13-14. A opção expressa na *Lei do Orçamento de 2019* é de fixar o valor isento, para este grupo de contribuintes, num valor um pouco superior, em 198 mil patacas (cf. artigo 18.º, n.º 5 da *Lei do Orçamento de 2019*), o que implica um novo diferencial de 54 mil patacas.

O Imposto Complementar de Rendimentos adoptou, desde a Lei n.º 4/2005, uma tabela de taxas progressiva decalcada da taxa do Imposto Profissional, prevendo que os *rendimentos da actividade comercial e industrial* (sobretudo os *lucros empresariais das sociedades comerciais*) até 32 mil patacas por ano estejam isentos de tributação, nos termos do artigo 7.º do Imposto Complementar de Rendimentos. A *Lei do Orçamento de 2019* aumenta este valor isento para 600 mil patacas, aplicando aos montantes que excedam este valor a percentagem fixa de 12% (cf. artigo 22.º da *Lei do Orçamento de 2019*). Fica assim perdida a progressividade da taxa atribuída a este imposto em 2005, sendo todos os rendimentos tributáveis sujeitos a *uma única taxa fixa*.

Rendimento anual sujeito a Imposto Profissional de:	Imposto devido de acordo com a lei vigente, sem ter em conta o <i>Orçamento</i> :	Imposto devido com a Lei do <i>Orçamento</i> de 2019:	Diferencial entre as taxas aplicáveis:
300 mil patacas	11.600 patacas [3,86%]	4.690 patacas [1,65%]	6.910 patacas [59,57%]
400 mil patacas	19.550 patacas [4,88%]	9.940 patacas [2,48%]	9.610 patacas [49,16%]
500 mil patacas	27.800 patacas [5,56%]	15.687 patacas [3,13%]	12.113 patacas [43,57%]
600 mil patacas	36.800 patacas [6,13%]	21.644 patacas [3,6%]	15.156 patacas [41,18%]
700 mil patacas	45.800 patacas [6,54%]	27.944 patacas [3,99%]	17.856 patacas [38,99%]
800 mil patacas	54.800 patacas [6,85%]	34.244 patacas [4,28%]	20.556 patacas [37,51%]
900 mil patacas	63.800 patacas [7,08%]	40.544 patacas [4,5%]	23.256 patacas [36,45%]
1 milhão de patacas	72.800 patacas [7,28%]	46.844 patacas [4,68%]	25.956 patacas [35,65%]
2 milhões de patacas	162.800 patacas [8,14%]	109.844 patacas [5,49%]	52.956 patacas [32,53%]
5 milhões de patacas	432.800 patacas [8,65%]	298.844 patacas [5,97%]	133.956 patacas [30,95%]
10 milhões de patacas	882.800 patacas [8,83%]	613.884 patacas [6,14%]	268.916 patacas [30,46%]

162 Tendo em conta a dedução fixa de 25% sobre os rendimentos do trabalho, prevista na alínea o) do artigo 4.º do Imposto Profissional, introduzida pela Lei n.º 12/2003, os rendimentos anuais até 126.666 patacas não são tributados (rendimento total anual de 126.666 mil patacas, deduzido de 25% de matéria não colectável, apura rendimento colectável de 94.999,50 patacas, que se aproxima do valor anual isento de tributação de 95 mil patacas, nos termos do artigo 7.º, n.º 1 do Imposto Profissional). Nos termos da *Lei do Orçamento de 2019*, este valor do rendimento anual isento passa a ser de 192 mil patacas (rendimento total anual de 192 mil patacas, deduzido de 25% de matéria não colectável, apura rendimento colectável de 144 mil patacas, que corresponde ao valor isento de tributação para Imposto Profissional, no artigo 18.º, n.º 2 da *Lei do Orçamento de 2019*).

163 Os valores percentuais foram arredondados para a segunda casa decimal.

164 Tivemos em conta também a dedução fixa correspondente de 30% do imposto calculado, nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da *Lei do Orçamento de 2019*.

Da consulta da tabela resulta bastante evidente que a carga fiscal decorrente do Imposto Profissional sofre alterações relevantes por via do *Orçamento de 2019*, em linha com as opções fiscais tomadas em anos anteriores. É também possível concluir que as medidas fiscais beneficiam marginalmente mais os contribuintes com rendimentos baixos e médios tributados ao abrigo do Imposto Profissional. Para os rendimentos relativamente mais elevados o diferencial surge entre uma redução de imposto devido a rondar os 40%, que desce gradualmente para perto dos 30% para os rendimentos anuais tributáveis acima de 5 milhões de patacas.

Em segundo lugar, tendo em vista o impacto da *Lei do Orçamento de 2019* sobre a tributação dos rendimentos comerciais e industriais que decorre do Imposto Complementar de Rendimentos:

Rendimento anual sujeito a Imposto Complementar de Rendimentos de:	Imposto devido de acordo com a lei vigente, sem ter em conta o <i>Orçamento</i> :	Imposto devido com a Lei do <i>Orçamento de 2019</i> :	Diferencial entre as taxas aplicáveis:
150 mil patacas	6.240 patacas [4,16%]	0 patacas [0%]	6.240 patacas [100%]
200 mil patacas	9.740 patacas [4,87%]	0 patacas [0%]	9.740 patacas [100%]
300 mil patacas	18.740 patacas [6,24%]	0 patacas [0%]	18.740 patacas [100%]
400 mil patacas	30.740 patacas [7,68%]	0 patacas [0%]	30.740 patacas [100%]
500 mil patacas	42.740 patacas [8,54%]	0 patacas [0%]	42.740 patacas [100%]
600 mil patacas ¹⁶⁵	54.740 patacas [9,12%]	0 patacas [0%]	54.740 patacas [100%]
700 mil patacas	66.740 patacas [9,53%]	12.000 patacas [1,71%]	54.740 patacas [82,02%]
800 mil patacas	78.740 patacas [9,84%]	24.000 patacas [3%]	54.740 patacas [69,52%]
900 mil patacas	90.740 patacas [10,01%]	36.000 patacas [4,5%]	54.740 patacas [60,33%]

165 O aumento do valor anual de isenção previsto no n.º 1 do artigo 7.º do Imposto Complementar de Rendimentos (e na tabela anexa) de 32 mil patacas para 600 mil patacas, nos termos do artigo 22.º da *Lei do Orçamento de 2019*, implica que apenas se tributem os rendimentos tributáveis (sobretudo *lucros empresariais*) gerados pelas actividades comerciais e industriais acima deste montante.

Rendimento anual sujeito a Imposto Complementar de Rendimentos de:	Imposto devido de acordo com a lei vigente, sem ter em conta o Orçamento:	Imposto devido com a Lei do Orçamento de 2019:	Diferencial entre as taxas aplicáveis:
1 milhão de patacas	102.740 patacas [10,27%]	48.000 patacas [4,8%]	54.740 patacas [53,28%]
2 milhões de patacas	222.740 patacas [11,14%]	168.000 patacas [8,4%]	54.740 patacas [24,58%]
5 milhões de patacas	582.740 patacas [11,65%]	528.000 patacas [10,56%]	54.740 patacas [9,39%]
10 milhões de patacas	1.182.740 patacas [11,83%]	1.128.000 patacas [12,82%]	54.740 patacas [4,63%]

Como seria de esperar, tendo em conta que em resultado da *Lei do Orçamento de 2019* se passa a tributar apenas os rendimentos anuais acima de 600 mil patacas, aplicando-se aos rendimentos que excedam este valor a taxa de 12%, para efeitos do Imposto Complementar de Rendimentos, resulta que haja uma isenção dos rendimentos mais baixos e mesmo médios. Para os rendimentos anuais que excedam este novo valor mínimo de isenção resulta um montante de isenção de imposto devido de até 54.740 patacas, que corresponde à tributação isenta, segundo a *Lei do Orçamento de 2019*, para os rendimentos anuais entre 32 mil patacas e as 300 mil patacas, que seriam tributados segundo n.º 1 do artigo 7.º do Imposto Complementar de Rendimentos (e tabela anexa a este imposto). Este montante corresponde a uma isenção de sensivelmente 50% da colecta para os rendimentos anuais até 1 milhão de patacas e de quase 25% para os rendimentos anuais até 2 milhões de patacas. Para os rendimentos mais elevados a isenção é menos significativa, em termos percentuais, ficando-se por perto de 10% da colecta para os rendimentos anuais de 5 milhões de patacas e abaixo dos 5% para os rendimentos anuais de aproximadamente 10 milhões de patacas.

Da leitura conjunta destas duas tabelas resulta que o regime de benefícios fiscais contidos na *Lei do Orçamento de 2019* é relativamente mais favorável para os contribuintes com rendimentos comerciais e industriais, onde os rendimentos que não são tributados até ao montante anual de 600 mil patacas, para efeitos do Imposto Complementar de Rendimentos, enquanto que os rendimentos laborais são tributados, ao abrigo do Imposto Profissional, acima de 192 mil patacas por ano. Para efeitos deste imposto, para os contribuintes com rendimentos anuais de 400 mil patacas, apenas sensivelmente metade da carga fiscal aplicável é isenta por via da *Lei do Orçamento de 2019*. Esta percentagem de isenção desce para apenas 45% para os rendimentos anuais de 500 mil patacas e para aproximadamente

40% para os rendimentos anuais de 600 mil patacas. O que implica que os contribuintes com rendimentos médios, que aufera anualmente entre 200 mil e 600 mil patacas será mais beneficiado pelo regime contido na *Lei do Orçamento de 2019* se obtiver rendimentos tributáveis ao abrigo do Imposto Complementar de Rendimentos e não do Imposto Profissional. O que pode suscitar dúvidas sobre a justiça material dos benefícios fiscais em causa. Este desequilíbrio poderá, no entanto, ser mitigado caso se venha a dar continuidade no futuro, conforme será porventura razoavelmente expectável, à devolução parcial da colecta do Imposto Profissional para os rendimentos de 2019¹⁶⁶.

Para os montantes acima de 600 mil patacas este efeito marginalmente mais favorável à tributação dos rendimentos comerciais e industriais, perante os rendimentos do trabalho, começa gradualmente a reverter-se em resultado dos termos em que as isenções surgem formuladas: (1) o aumento da isenção do Imposto Profissional, de 95 mil patacas para 144 mil patacas, é acompanhada de uma opção legal no sentido dos rendimentos que excedam este valor sejam alvo das taxas progressivas contidas no artigo 7.º, n.º 1 do Imposto Profissional (isto é, da aplicação cumulativa, pelo valor de cada escalão, da taxa de 7%, 8%, 9%, 10%, 11% e 12%, sendo que a taxa de 12% só se aplica acima de 492 mil patacas), nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da *Lei do Orçamento de 2019*, e (2) o aumento do limite da isenção do Imposto Complementar de Rendimentos, nos termos em que surge formulada, implica que os rendimentos que excedam este limite seja tributado à taxa única de 12%, nos termos do artigo 22.º da *Lei do Orçamento de 2019*. A taxa média aplicável é igual (4,5%) em ambos os impostos para os rendimentos anuais tributáveis de 900 mil patacas, sendo a tributação mais favorável abaixo deste montante para efeitos do Imposto Complementar de Rendimentos e mais reduzida acima deste montante para efeitos do Imposto Profissional (para os rendimentos anuais tributáveis acima de 900 mil patacas). A esmagadora maioria dos trabalhadores, que são contribuintes para efeitos do Imposto Profissional, no entanto, irá auferir rendimentos tributáveis abaixo de 900 mil patacas por ano, o que coloca dificuldades de compatibilização e de razoabilidade desta solução, na sua comparação com a isenção correspondente dada, mais generosa, para o Imposto Complementar de Rendimentos.

5.5. Universo das Medidas Fiscais no Orçamento

Acresce que para além de se verificar um impacto significativo sobre o

166 Caso a *Lei do Orçamento de 2021* conceda uma devolução da colecta do Imposto Profissional, de 60% do imposto pago, até ao valor limite de 14 mil patacas, para os rendimentos de 2019, conforme resulta actualmente do artigo 19.º, n.º 1 da *Lei do Orçamento de 2019*, para os rendimentos de 2017. Sempre pensamos que seria mais adequado a devolução da colecta reportar-se ao ano fiscal anterior, evitando-se este intervalo de dois anos entre a cobrança e a devolução da colecta do Imposto Profissional.

valor da colecta para os contribuintes com rendimentos tributados ao abrigo do Imposto Profissional e do Imposto Complementar de rendimentos, que se podem considerar os impostos mais relevantes para o sistema fiscal de Macau, a *Lei do Orçamento* gera um impacto transversal, introduzindo alterações junto de um número expressivo de diplomas fiscais em vigor, havendo impacto no: Imposto Profissional, Imposto Complementar de Rendimentos, Contribuição Predial Urbana, Contribuição Industrial, Imposto do Selo, *Impostos do Selo Especiais*¹⁶⁷, Imposto de Turismo. Pelo que se pode porventura afirmar que o *Orçamento* é cada vez mais uma lei fiscal, e também que cada vez mais o *Orçamento* é uma lei fiscal central para a composição do Direito Fiscal aplicável em Macau.

A mera enumeração dos benefícios fiscais previstos para 2019 é ilustrativa:

1. Dedução à colecta do Imposto Profissional de 30%, para o ano de 2019, do valor da colecta e aumento da parcela isenta do Imposto Profissional para 144 mil patacas, em geral, e de 198 mil patacas para efeitos do n.º 2 do artigo 7.º do Imposto Profissional, aplicando-se a taxa progressiva previstas no n.º 1 do artigo 7.º do Imposto Profissional aos rendimentos que excedam este novo limite anual de 144 mil patacas, ou 198 mil patacas, conforme cada caso (artigo 18.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
2. Devolução da colecta do Imposto Profissional de 2017 durante o ano de 2019 (de até 60% do valor da colecta do Imposto Profissional, até ao valor máximo de 14 mil patacas) (artigo 19.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
3. Aumento da parcela isenta do Imposto Complementar de Rendimentos para 600 mil patacas, para os rendimentos do exercício de 2018¹⁶⁸, aplicando-se ao rendimento que exceder este limite a taxa única de 12%, o que implica que o Imposto Complementar de Rendimentos deixe de fazer uso de uma taxa progressiva, conforme previsto no artigo 7.º do Imposto Complementar de Rendimentos (artigo 22.º da *Lei do Orçamento de 2019*);

167 Este aspecto pode merecer controvérsia, mas a isenção do Imposto do Selo nas *Leis do Orçamento* parece implicar uma repercussão de isenções no *Imposto do Selo Especial sobre a transmissão de bens imóveis* (cf. artigo 2.º, n.º 3, 9.º, alínea 7) e 15.º, n.º 2 da Lei n.º 6/2011, na redacção da Lei n.º 15/2012; aqui aparentemente apenas para os bens imóveis destinados à habitação adquiridos antes da entrada em vigor deste *Imposto do Selo Especial*) e no *Imposto do Selo Especial sobre a aquisição do segundo e posteriores bens imóveis destinado à habitação* (cf. artigo 9.º, n.º 1 da Lei n.º 2/2018), na medida em que os sujeitos passivos passem a estar isentos de imposto do selo pela transmissão de bens imóveis.

168 Que são alvo de cobrança em 2019 (cf., entre outros, artigos 10.º, n.ºs 1 e 2, alínea b), 19.º, n.ºs 1 e 2 do Imposto Complementar de Rendimentos).

4. Aumento do montante fiscal para efeitos da dedução de despesas ao rendimento colectável pelo Imposto Complementar de Rendimentos, durante o ano de 2019, nomeadamente triplicando o valor da dedução das despesas com estudo e desenvolvimento no âmbito da inovação, ciências e tecnologia, até 3 milhões de patacas, e duplicando o valor destas deduções fiscais acima deste valor limite, com um limite total para estas deduções de 15 milhões de patacas (artigo 23.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
5. Isenção do Imposto Complementar de Rendimentos, para o ano de 2019, dos rendimentos de juros da dívida pública da China, que sejam emitidos na RAEM, bem como os rendimentos que resultem da sua compra e venda (alínea 1) do n.º 1 e n.º 2 do artigo 24.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
6. E uma isenção do Imposto Complementar de Rendimentos, para o ano de 2019, sobre os rendimentos obtidos ou gerados em países de língua oficial portuguesa, que tenham sido tributados na fonte (alínea 2) do n.º 1 do artigo 24.º da *Lei do Orçamento de 2019*)¹⁶⁹;
7. Isenção do Imposto do Selo sobre a emissão ou aquisição de dívidas de natureza pública, no ano de 2019, para os actos de emissão, compra e venda ou cessão onerosa de dívida, que se reporte aos títulos de dívida que estão isentas de Imposto Complementar de Rendimentos nos termos desta *Lei do Orçamento* (artigo 15.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
8. Isenção de pagamento da Contribuição Industrial, durante o ano de 2019, estando previsto que não se proceda à cobrança das taxas da Contribuição Industrial, mantendo-se as obrigações declarativas que resultam do regime da Contribuição Industrial (artigo 10.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
9. Dedução à colecta de até 3.500 patacas da Contribuição Predial Urbana

169 Trata-se de uma regra de isenção para obstar à *dupla tributação internacional*, que pressupõe a existência prévia de uma tributação, da mesma natureza jurídica-fiscal, numa outra jurisdição de referência, de rendimentos que são também sujeitos a Imposto Complementar de Rendimentos em Macau, que foi introduzida pela primeira vez pela *Lei do Orçamento de 2018*.

Esta medida terá utilidade prática apenas para os países de língua oficial portuguesa com os quais não exista ainda um *acordo contra a dupla tributação em vigor* (havendo acordos com Portugal, Moçambique e Cabo Verde) e onde haja rendimentos tributados nestas jurisdições e em Macau. Sendo que, regra geral, se deve ter presente que “Os rendimentos que sejam auferidos no exterior não são sujeitos a tributação em Macau, mas apenas os rendimentos da actividade comercial e industrial que sejam auferidos na RAEM estão sujeitos a Imposto Complementar de Rendimentos” (sublinhados no original), Parecer 1/VI/2017 da 2.ª Comissão Permanente, relativo à Proposta de Lei intitulada «Lei do Orçamento de 2018», de 05 de Dezembro de 2017, página 16, nota de rodapé n.º 4.

- (ou isenção de pagamento quando o montante devido seja igual ou inferior a este montante) para o ano de 2019 – mas não para empresas ou empresários e não residentes (artigo 20.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
10. Redução da taxa da Contribuição Predial Urbana, para o ano de 2019, para 8%, sobre os prédios arrendados (artigo 21.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
 11. Isenção do pagamento de taxas e impostos sobre publicidade e propaganda no ano de 2019 (artigo 17.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
 12. Isenção do Imposto do Selo sobre as arrematações, no ano de 2019 (artigo 13.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
 13. Isenção do Imposto do Selo sobre os bilhetes de entrada ou de assistência a espectáculos, exposições ou diversões de qualquer natureza, durante o ano de 2019 (artigo 14.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
 14. Isenção do pagamento do Imposto de Turismo pelos restaurantes e similares estabelecimentos, no ano de 2019 (artigo 16.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
 15. Isenção do pagamento de rendas de valor anual inferior a 100 patacas, no ano de 2019 (artigo 26.º da *Lei do Orçamento de 2019*);
 16. Isenção do Imposto do Selo sobre juros e comissões das actividades de crédito bancário e sobre as apólices de seguros, sobre as operações realizadas no ano de 2019 (artigo 11.º da *Lei do Orçamento de 2019*); e
 17. Isenção do Imposto do Selo sobre transmissão de imóveis, no ano de 2019, para primeira habitação dos residentes permanentes até ao valor de 3 milhões de patacas – mas não para os contribuintes que já antes beneficiaram desta isenção (artigo 12.º da *Lei do Orçamento de 2019*).

O confronto deste conjunto de medidas fiscais com as previstas no ano anterior permite concluir que as medidas referidas nos pontos 1, 2, 3, 6, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17 são uma simples continuação do que se encontrava já previsto em anos anteriores. Por outro lado, as medidas referidas nos pontos 4 (*dedução adicional de despesas com estudo e desenvolvimento no âmbito da inovação, ciências e tecnologia para o Imposto Complementar de Rendimentos*), 5 (*isenção do Imposto Complementar de Rendimentos para os rendimentos de juros da dívida pública da China, que sejam emitidos na RAEM*¹⁷⁰), 7 (*isenção do Imposto do*

170 De notar que os rendimentos que provierem de quaisquer *títulos de dívida pública* da República Popular da China não são incluídos nos proveitos ou ganhos do exercício para a determinação do lucro tributável, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, alínea c) do Imposto Complementar de Rendimentos. A

*Selo sobre a emissão ou aquisição de dívidas de natureza pública para os actos de emissão da dívida pública que estão isentas de Imposto Complementar de Rendimentos nos termos desta Lei do Orçamento de 2019) e 10 (redução da taxa da Contribuição Predial Urbana de 10% para 8% para os prédios arrendados) são medidas fiscais novas¹⁷¹, que foram pela primeira vez previstas pela *Lei do Orçamento de 2019*, não estando antes previstas em *Orçamentos* anteriores.*

5.6. A Tributação Anualizada

É possível de se concluir que o regime fiscal, que é efectivamente aplicável no sistema jurídica da RAEM, depende “do Orçamento”, em termos que o reconfiguram profundamente, reduzindo o universo de contribuintes para uma pequena minoria, e descendo a taxa efectiva dos principais impostos em termos significativos. Não nos parece que estas opções fiscais tenham sido devidamente ponderadas, ou tenham subjacente uma reflexão sobre a utilidade do *Orçamento* para reformular o sistema fiscal em vigor, mas que foram surgindo gradualmente e de forma orgânica, crescendo e sendo retomadas de ano para ano, permitindo que passado uma década o panorama fiscal se tenha alterado por via do *Orçamento*. Sem que tal tenha sido uma escolha consciente do legislador fiscal. Trata-se, portanto, de um exemplo curioso de gradualismo e continuidade, que produzem

nosso ver, todos os títulos da dívida pública da República Popular da China beneficiam deste regime. Pelo que esta isenção não parece ser necessária e pode suscitar dúvidas interpretativas e de articulação. Assim, nos termos da *Lei do Orçamento de 2019*, para o ano de 2019, é feita uma enumeração dos títulos de dívida pública que não são alvo de Imposto Complementar de Rendimentos. Ficando previsto, nos termos do n.º 2 do artigo 24.º da *Lei do Orçamento de 2019*, que não apenas os títulos da dívida do Estado, mas também que a dívida emitida pelos governos locais e pelas empresas centrais estão isentas. Depreende-se que eventuais outros títulos de dívida pública não estejam abrangidos. No entanto, devem tendencialmente estar abrangidos pelo artigo 20.º, n.º 1, alínea c) do Imposto Complementar de Rendimentos. Registe-se ainda uma outra dúvida interpretativa: não nos parece muito evidente qual o sentido a atribuir às expressões “que sejam emitidos na RAEM” (cf. alínea 1), n.º 1 do artigo 24.º da *Lei do Orçamento de 2019*). Não nos parece que esteja aqui em causa verdadeiramente a *emissão* desta dívida do Estado, mas antes a sua *subscrição* pelos contribuintes, junto de entidades financeiras locais. Estes aspectos deveriam ser clarificados por alteração ao próprio regime legal contido no Imposto Complementar de Rendimentos, e não por um normativo contido na *Lei do Orçamento*, de natureza temporária, apenas para o ano de 2019. Também para evitar dificuldades de articulação entre o regime contido no Imposto Complementar de Rendimentos e no *Orçamento*, neste campo.

- 171 Passou também a ser previsto que, para os empregados e assalariados com mais de 65 anos de idade e com um grau de invalidez permanente, devidamente comprovado, igual ou superior a 60%, o limite da isenção previsto no n.º 2 do artigo 7.º do Imposto Profissional seja de 198 mil patacas (cf. artigo 18.º, n.º 5 da *Lei do Orçamento de 2019*). Também esta medida fiscal é inovadora, ainda que resulte de um aspecto já antes referenciado.

Para mais desenvolvimentos sobre as novas medidas fiscais introduzidas pela *Lei do Orçamento de 2019*, veja-se Parecer n.º 4/VI/2018 da 2.ª Comissão Permanente, relativa à Proposta de Lei intitulada «Lei do Orçamento de 2019», de 11 de Dezembro de 2018, páginas 12-16.

resultados para o sistema fiscal que se consolidam naturalmente.

É por isso que se poderá porventura começar a falar em Macau, ainda que com hesitações sobre a sua correcção conceitual, de uma *tributação anualizada*, para descrever um sistema fiscal que depende, em largos momentos das opções fiscais contidas no *Orçamento*. Neste sentido, é possível de se concluir que (1) os *impostos* em vigor são mantidos inalterados, ainda que por vezes existam necessidades comprovadas de actualização e revisão da legislação fiscal relevante, (2) mas que os *impostos* sofrem anualmente desvios tão amplos e significativos, em termos do seu regime material (nomeadamente por via de uma muito expressiva redução da carga fiscal, com isenção de tributação da larga maioria dos contribuintes, nos impostos sobre o rendimento do trabalho e sobre o rendimento das actividades comerciais e industriais) e (3) de uma forma tão consistente e sistemática (quase que padronizada, mesmo na própria formulação utilizada nas opções orçamentais em matéria fiscal, que seguem uma lógica assumida de continuidade) por via das *Leis do Orçamento* nos últimos anos, permitindo que se possa antecipar de ano para ano que as várias isenções fiscais vão ser mantidas e retomadas no *Orçamento* dos próximos anos.

Ainda que se possa também verificar uma tendência para o alargamento destas medidas fiscais, de forma gradual, mas com um padrão facilmente comprovável, dado que na última década se tem verificado um número crescente de benefícios fiscais que vão sendo introduzidos nas *Leis do Orçamento*. Existe, por isso, continuidade e expansão gradual dos benefícios fiscais no *Orçamento*. Esta dinâmica parece difícil de ser travada, tendo em conta a tendência para a repetição orçamental que é evidenciada, mas beneficiaria de uma opção no sentido de transportar para os próprios impostos, para a *legislação fiscal ordinária*, das medidas fiscais que comprovadamente se justificam como opções definitivas. Pelo menos para os casos mais evidentes, para as medidas fiscais que há largos anos vão sendo retomadas e repetidas nas *Leis do Orçamento* da RAEM.

LIÇÕES

O EQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO NA LEI BÁSICA DA RAEM À LUZ DA ACTUAL LEI DE ENQUADRAMENTO ORÇAMENTAL DE MACAU*

Hugo M. R. Duarte Fonseca
Assistente Eventual, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: A actual Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 15/2017, publicada em 2017.08.28), entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2018, prescreve o mesmo critério de equilíbrio orçamental que a Lei Básica (LB). Porém, tal não constitui um critério de equilíbrio *material* do orçamento, mas tão-somente *formal* (equilíbrio entre receitas *totais* e despesas *totais*), suscitando assim aturada reflexão, pois que implica que todos os orçamentos da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) estejam necessariamente “*equilibrados*”.

Palavras-chave: Equilíbrio orçamental; lei de enquadramento orçamental (LEO); artigo 105.º da Lei Básica da RAEM.

Introdução

Bem se sabe que poderá parecer inusitado começar qualquer texto de índole jurídica com a citação expressa de preceitos legais.

Sucedem que não ceamos a imputação de qualquer exasperado legalismo, conquanto isso não possa – nem deva – significar, de qualquer jeito, que descuremos a importância da lei como primacial fonte normativa¹.

* O presente texto constitui breve sùmula da comunicação realizada no colóquio intitulado “*A Lei Básica, o Orçamento e a nova Lei de Enquadramento Orçamental de Macau*”, ocorrido em 20 de Abril de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Serve este texto simplificado sobretudo o propósito de poder constituir apoio aos alunos que, meses mais tarde, tivemos a felicidade de vir a

Ora, versando o presente texto sobre tema pelo qual o jurista tradicional tende a experimentar alguma preliminar inimizade (embora felizmente cada vez menos intensa), revela-se de particular utilidade que se inicie a exposição subsequente pela simples citação do preceito da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau (LB) que disciplina o *equilíbrio orçamental*, a par da menção expressa da prescrição da recente Lei de Enquadramento Orçamental de Macau (LEO – Lei n.º 15/2017) que possui idêntico objecto.

Assim será.

Art. 105.º da Lei Básica da RAEM:

“Na elaboração do Orçamento, a Região Administrativa Especial de Macau segue o princípio de manutenção das despesas dentro dos limites das receitas, procurando alcançar o equilíbrio entre as receitas e as despesas, evitar o deficit e manter o orçamento a par da taxa de crescimento do produto interno bruto da Região”.

Art. 10.º da Lei de Enquadramento Orçamental da RAEM (Lei n.º 15/2017):

“(equilíbrio orçamental)

No orçamento segue-se o princípio da manutenção das despesas dentro dos limites das receitas, procurando alcançar o equilíbrio entre as receitas e as despesas, evitar o défice, mantendo-o a par da taxa de crescimento do produto interno bruto local”.

1. Da previsão de um preceito sobre equilíbrio orçamental na Lei Básica da RAEM

O primeiro tópico merecedor de sintéticas observações é o da previsão, na LB, de um preceito regulador do “equilíbrio orçamental”.

Não se crê que fosse necessário que a LB tratasse a questão, mais a mais nos termos em que o faz: fornecendo uma noção vinculativa de equilíbrio orçamental (*rectius*, vinculativa para todas as leis criadas e vigentes em Macau com carácter hierárquica e jurídico-formalmente *inferior* ao da LB) sem qualquer relevância

encontrar, no exercício de funções docentes, na mesma Faculdade.

- 1 Não há quaisquer dúvidas acerca da caracterização do ordenamento jurídico da RAEM como sendo pertencente à denominada “família romano-germânica”, na qual a lei assume papel preponderante como fonte de direito (sobre o ponto, cfr., PAULA NUNES CORREIA, “O sistema jurídico de Macau: uma perspectiva de Direito Comparado”, *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, pp. 17-34).

ou “utilidade” prática².

Porquê a inexistência de “utilidade” prática? Muito simplesmente porque – tal como constataremos abaixo – a norma (da LB) em apreço não fornece um *verdadeiro* critério de *equilíbrio orçamental*, razão pela qual acaba sendo perfeitamente despicienda.

Repare-se que o problema a que aqui é feita específica referência resultará acrescidamente aclarado quando abaixo nos centrarmos no conteúdo da norma constante da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) vigente em Macau, pela razão simples de que o conteúdo de tal norma é idêntico (e não apenas sob o prisma da literalidade) ao do preceito congénere que já constava da LB.

O que por enquanto releva é, pois, que tão-só apreciemos a questão que deve formular-se deste modo: deve uma lei de *valor paramétrico* superior relativamente a todos os demais diplomas legislativos internos (como é o caso da LB no concernente ao ordenamento jurídico da RAEM³) pronunciar-se – e, logo, dispor – sobre a questão do *equilíbrio do orçamento*?

Creemos que não, assim como creemos, no quadro dos mais diversos ordenamentos, que corpos legislativos com estas características não devem predispor, por exemplo, *limites* quanto ao valor (*absoluto e/ou relativo*⁴) do *défice orçamental*.

Todavia, a questão que temos entre mãos é ainda mais singela (sendo que propositadamente descuraremos a questão mais ponderosa de saber se, em geral, o *equilíbrio orçamental* deve ser objecto de uma norma reguladora em dispositivos normativos com as características – *materiais* – da LB). Com efeito, basta aqui questionar se uma norma com conteúdo (afinal) irrelevante (tal como sobretudo constataremos abaixo, a propósito da norma equivalente constante da LEO)

2 Insistimos sempre em recordar a evidência de que as normas jurídicas acerca do que constitui objecto típico da Economia Pública não estão dispensadas de serem compreendidas à luz da sua relevância “prático-normativa” (para que se recupere aqui a expressão modelarmente utilizada, a tantos títulos, por A. CASTANHEIRA NEVES, nomeadamente em *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, reimpressão, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, *passim*).

3 Cfr., desde logo, o §2º do art. 11.º da LB.

4 A previsão de um limite quanto ao valor *absoluto* do *défice orçamental* implicaria a indicação de um valor expresso na moeda com curso legal que funcionasse como tecto máximo do valor (absoluto) desse *défice* (o que constituiria, outrossim, opção manifestamente desajustada, face, antes de mais, à oscilação do valor de qualquer moeda ao longo do tempo). Assim, é a previsão de um limite quanto ao valor *relativo* do *défice* que é vulgarmente utilizada nos ordenamentos jurídicos (designadamente, no ordenamento jurídico da União Europeia) – por exemplo, o limite em causa pode ser dado pela relação entre o valor absoluto do *défice* face ao valor (absoluto) do produto interno bruto do país (ou região administrativa especial, para nos reportarmos a Macau), ou seja, tal limite (relativo) resulta da *relação percentual máxima* (por exemplo, 3%) que poderá existir entre o valor absoluto do *défice* (expresso na moeda com curso legal que releve) e o valor absoluto do produto interno bruto (PIB).

deve ou não constar de um documento legislativo com índole inequivocamente primacial em termos normativos.

A nossa resposta à questão ainda agora formulada não pode deixar de ser negativa.

Na verdade, não se logra alcançar préstimo *prático-jurídico* para uma norma (inserta no art. 105.º) – mais a mais da LB – em face da qual *todos* os orçamentos estarão... “equilibrados”.

É que, muito prosaicamente, é certo que as *receitas totais* sempre serão *pelo menos* equivalentes às *despesas totais* em qualquer orçamento, não obstante, por exemplo, as receitas *efectivas* constantes desse orçamento poderem ser inferiores às despesas *efectivas* que nesse mesmo orçamento estejam inscritas⁵.

Mas a esse assunto – conforme já dito – regressaremos mais adiante.

Por enquanto, podemos bastar-nos com um reparo óbvio, o qual se prende directamente com a circunstância de já sabermos que o conteúdo da norma da LB que rege em matéria de *equilíbrio orçamental* ser equivalente ao conteúdo da norma que rege o equilíbrio orçamental na LEO.

Efectivamente, limitando-se – tal como agora sucede – a LEO a reproduzir a norma da LB que preceitua de que modo, ou em que moldes, deve o orçamento da RAEM estar “equilibrado”, não cremos que possa deixar de falar-se numa *degradação normativa* dessa norma da LB.

Tudo porque uma norma da LB vale normativamente – e deve valer – atendendo, antes de tudo o mais, ao facto de tal norma proceder precisamente da LB, e não de qualquer outro diploma legal.

É certo que a LB não é, formalmente – e tendo estritamente em vista o plano *formal* das fontes normativas e sua hierarquia –, uma Constituição, porquanto apenas tem índole *materialmente* constitucional⁶.

5 Receitas e despesas *efectivas* são um dos *tipos* ou *modalidades* de receitas e despesas orçamentalmente inscritas (de acordo tão-somente com um dos critérios de classificação possíveis, são *efectivas* as receitas que aumentam o património [monetário] do ente com poder orçamental [de que são exemplo paradigmático os impostos] e *efectivas* as despesas que diminuam aquele património [tradicionalmente, todas as despesas à excepção das havidas com o reembolso de empréstimos públicos previamente contraídos]) – cfr. TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Finanças Públicas*, 5ª ed. (refundida e actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 92, ss.

6 A LB da RAEM não é, *formalmente*, uma Constituição (vigora em Macau, tal como afirma LOK WAI KIN – in “A Constituição e a Lei Básica são base constitucional da Região Administrativa Especial”, *Administração*, n.º 88, vol. XXIII, 2010, pp. 383 ss. – a Constituição da República Popular da China, desde logo porque Macau constitui território plenamente sob soberania chinesa), ou sequer uma “mini-constituição” (ao estilo do que poderia ocorrer ao sabor de qualquer género de federalismo). Trata-se, porém, de uma lei (e lei ordinária, com *valor reforçado*) *materialmente constitucional*, desde logo se atendermos à índole do conteúdo dos respectivos preceitos – cfr. PAULO CARDINAL, “Fundamental Rights in Macau: From Territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region

Do mesmo modo, é também certo que várias Constituições – como, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa (na parte inicial do seu art. 105.º, n.º 4) – integram normas que dispõem, de modo também patentemente inoperante, sobre o equilíbrio orçamental. Porém, e para utilizarmos o mesmo exemplo, quando tal acontece, não ocorre o que hoje sucede na RAEM (com a entrada em vigor, em Macau, da referida Lei n.º 15/2017), pois que as normas da lei de enquadramento orçamental (de Portugal⁷) não reproduzem os preceitos do instrumento normativo a que a lei de enquadramento se encontra submetida (no exemplo tido em vista, a Constituição da República Portuguesa).

Mas é exactamente isso que sucede na RAEM Tudo porque, tal como acima é passível de ser constatado através do cotejo do art. 105.º da LB com o art. 10.º da LEO, não há qualquer diferença relevante entre ambas as normas.

Dir-se-á: o facto de aquele artigo da LEO ser equivalente ao art. 105.º da LB significa forçosamente que a LEO não contraria – tal como não poderia contrariar (cfr. o art. 11.º, §2, da LB) – o que surge plasmado na LB a respeito de equilíbrio (dessa lei anual, determinante para a gestão da *coisa pública*, que é precisamente o orçamento – veja-se, a propósito dessa importância, desde logo, e por exemplo, o disposto no art. 54.º/3 da LB).

Decerto.

Porém, a pura e simples reprodução de norma da LB na LEO é susceptível de gerar engulhos jurídicos e afigura-se passível de crítica.

Primeiro, e antes de mais, porque traduz infeliz técnica legislativa: é produto de *legística* desajustada reproduzir toda e qualquer norma de um corpo normativo com *valor paramétrico* superior em texto legal com força normativa hierarquicamente inferior. Com efeito, tal mais não redundaria senão em *degradação normativa*, a qual traduz, pelo menos, uma deficiente técnica legislativa.

Depois, porque a mesma reprodução da citada norma (na verdade, é apenas de uma só norma que se trata dada a apontada equivalência de sentido jurídico) coloca problemas diversos (e, bem assim, desperta amplas cogitações) ao tratar-se, no fundo, de repetição de norma constante da LB em outro diploma legislativo (no caso, a LEO) do mesmo ordenamento: desde logo, problemas jurídicos que têm que ver com os órgãos que são juridicamente competentes para criar (ou depois rever o conteúdo de) normas pertencentes à LB e, outrossim, as entidades

of the PRC”, *Studies on Macau Civil, Commercial, Constitutional and Criminal Law*, Universidade de Macau, LexisNexis, Hong Kong, Singapore, Malaysia, India, 2010, p. 6, e JOÃO ALBUQUERQUE, *Lições de Direito Constitucional*, vol. II, *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, Lições proferidas no Ano Lectivo de 2015/2016*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, policop., pp. 63 e 90 ss.

7 Actualmente, a Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro.

que podem ser juridicamente responsáveis pela criação de normas inseridas na demais legislação vigente na RAEM (como é o caso da LEO).

Por último, porque as perplexidades referidas nos dois pontos anteriores se intensificam assim que se pense que o papel ou função da inclusão na LEO de uma norma sobre *equilíbrio orçamental* (seja qual for o seu conteúdo) só faz sentido se a existência dessa norma na LEO significar um *plus* (*hoc sensu*, algo mais) relativamente a outras normas (também) sobre equilíbrio orçamental existentes no mesmo ordenamento jurídico (em particular, na LB). Ora, tal como é meridianamente evidente a partir da mera consideração do simples facto de que são *iguais* as normas sobre equilíbrio orçamental constantes na LB e na LEO, logo se conclui que a prescrição da LEO em matéria de equilíbrio do orçamento não constitui qualquer *plus* (tal como sempre deveria constituir) face ao dispositivo da LB em apreço.

Mas mais.

É que a citada norma da LB não fornece (nem sequer heurísticamente) qualquer indício relativamente a qual deva ser o critério de *equilíbrio material* respeitado pelo orçamento de cada ano económico; antes se limita (como sucede, por exemplo, com a Constituição da República Portuguesa) a fornecer um critério de *equilíbrio formal* do orçamento, com pouco (ou nenhum) préstimo realmente operativo ou sequer prático (porquanto, tal como dissemos acima, mal se concebe qualquer orçamento em que as receitas *totais* não sejam pelo menos suficientes para fazer face às despesas *totais*).

Por isso cabe questionar: se é assim (isto é, se não tem verdadeira relevância *prática* a regra de equilíbrio orçamental constante quer da LB quer da LEO), para quê repeti-la (na LEO), com todos os malefícios jurídicos que daí advêm? Em poucas palavras: não se compreende.

Terminaremos este ponto acrescentando, à guisa de conclusão parcelar, o que segue:

- (i) Pode ainda aceitar-se que uma norma inserta numa lei *materialmente constitucional* (como é a LB) vise lograr uma simples *proclamação de princípio* (e, na verdade, não mais do que isso) relativamente ao tema do equilíbrio orçamental. E pode admitir-se isto pela circunstância de que uma lei com esta natureza poderá funcionar (também nesta matéria) como um último reduto jurídico que intencione a pura evicção do que seria absurdo: a validade jurídica de um qualquer orçamento, na RAEM, em cuja elaboração (pela DSF⁸) se houvessem previsto e inscrito receitas *totais* (independentemente da respectiva qualidade ou fonte) em montante inferior ao das despesas *totais*;

8 Cfr. o art. 17.º da LEO da RAEM

- (ii) Todavia, se é excogitável e admissível que a LB – tal como, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa (veja-se, uma vez mais, o respectivo art. 105.º, n.º 4) – albergue uma norma que se reporte tão-somente ao equilíbrio *formal* do orçamento, já não caberá sufragar-se que, no mesmo ordenamento jurídico, haja uma lei de enquadramento orçamental que apenas cure do mesmo tipo (*formal*) de equilíbrio orçamental (imprestável – porque óbvio, necessário e evidente) vinculando o orçamento de cada ano. Tudo porque a evidente função de uma qualquer LEO não é *repetir* o que já consta da LB (até por ser isso juridicamente desnecessário e revelador de malograda técnica legislativa), mas sim fornecer um critério de equilíbrio *material* do orçamento, que se aceita que não possa (ou nem deva) estar previsto na LB.

Do que vem de ser dito, algo deve, ademais, ser compreendido desde já: é que, sendo equivalentes as normas sobre *equilíbrio do orçamento* que se descobrem na LB e na actual LEO da RAEM, a observação de que é merecedora de reparos a actual redacção do art. 10.º dessa LEO – a qual, como veremos, redunda na previsão de um mero critério de equilíbrio *formal* do orçamento – serve também para aclarar as afirmações já acima enunciadas, pois que quedará suficientemente demonstrado o alcance e préstimo limitados de todo e qualquer critério de equilíbrio *formal* do orçamento.

Vejamos.

2. O preceito sobre equilíbrio orçamental constante da Lei de Enquadramento Orçamental (LEO) actualmente em vigor na RAEM (art. 10.º da Lei n.º 15/2017):

a) A vinculação do orçamento pelo disposto na LEO:

É quase despiciendo salientar o relevo jurídico do orçamento para a definição jurídica e económica do que será a *vida* de qualquer país e também de uma Região Administrativa Especial da República Popular da China com as características de Macau.

De todo o modo, sempre diremos que o orçamento tem um relevo absolutamente crucial na RAEM, tal como seguramente o tem em países como Portugal, cujo ordenamento jurídico, mormente mercê de razões histórico-políticas, tem obviamente, ainda hoje, uma relação íntima com o ordenamento jurídico da RAEM, porquanto pode perfeitamente servir de bordão para a compreensão do que estatuem normas do ordenamento jurídico de Macau.

Assim, tal como sucede no ordenamento jurídico português, vale a regra da *anualidade* para o orçamento da RAEM (cfr. o art. 5.º, n.º 1, da LEO), *i.e.*, todos os anos vigora um orçamento na RAEM, sendo que esse orçamento, em princípio em vigor de 1 de Janeiro até 31 de Dezembro de cada ano civil, é uma lei (com todas as consequências jurídicas que daí advêm) que, à semelhança do que ocorre em Portugal, tem que respeitar o preceituado na LEO.

Já dissemos acima que todos os orçamentos desempenham um papel relevantíssimo no contexto da generalidade dos ordenamentos jurídicos. Quanto à RAEM, essa relevância é ademais revelada pela circunstância de a própria LB estabelecer uma conexão directa entre o orçamento e a sorte da Assembleia Legislativa e do Chefe do Executivo – veja-se, a este propósito, o disposto nos arts. 52.º/2) e 54.º/3)º da LB.

Mas se é verdade que, na RAEM, o enorme relevo de todos os orçamentos é, desde logo, demonstrado pela regra da LB a que acabámos de aludir, é igualmente certo que a instituição orçamental desempenha funções *jurídicas, económicas e políticas* axiais em qualquer ordenamento jurídico desenvolvido. E, para que tenhamos noção disso mesmo, basta lembrarmos que a *função executiva* tem de desempenhar-se, todos os anos, no quadro da vital *separação de poderes*, com respeito pelos denominados princípios da *tipicidade quantitativa* (a que está sujeito todo e qualquer acto que equivalha à realização de uma despesa pública) e *tipicidade qualitativa* (a que não apenas estão sujeitos os actos que se traduzam na realização de despesa, mas igualmente toda a actuação jurídico-publicística que tenha que ver com a cobrança de receitas).

Com efeito, reportando-nos àquela que é, muito provavelmente, a mais importante função orçamental – a da *fixação ou limitação das despesas*¹⁰ – logo nos apercebemos do vital papel desempenhado pelos orçamentos de todos os anos: muito prosaicamente, não pode ser feita qualquer despesa que não esteja inscrita no orçamento (*tipicidade qualitativa*) e tem sempre que verificar-se o *cabimento* dessa despesa, *i.e.*, o valor da despesa a levar a cabo não poderá exceder, no seu montante, a cifra que está inscrita na dotação orçamental respeitante a essa mesma despesa (*tipicidade quantitativa*).

Configurando o “*orçamento das despesas*” (continua a ser vulgar distinguir-se, para efeitos de análise, entre “*orçamento das receitas*” e “*orçamento das*

9 De acordo com o estatuído pelo art. 54.º/3) da LB, o Chefe do Executivo da RAEM “*deve renunciar ao cargo (...) quando, tendo sido dissolvida a Assembleia Legislativa por motivo de esta recusar a aprovação da proposta de orçamento (...) [nos termos do art. 52.º/2)] a nova Assembleia Legislativa insistir na recusa da aprovação da proposta inicial em disputa*”.

10 É o que, reforçando a doutrina de TEIXEIRA RIBEIRO (*op. cit.*, p. 57), FERNANDO ROCHA ANDRADE enfatiza no seu ensino oral.

despesas” no contexto de um mesmo orçamento, malgrado este seja *uno e indivisível*, sem verdadeira relação jurídica estabelecida, genericamente, entre receitas e despesas¹¹) um *sistema de créditos ou dotações orçamentais* (que constituem juridicamente um tecto ou limite inultrapassável quanto ao que pode ser gasto em cada tipo de despesa orçamentalmente inscrita – cfr. o art. 34.º, n.º 1, 4) e 5) da LEO), fica logo aclarada a primacial importância do orçamento para o funcionamento de todo o *sector público administrativo* (cfr. o arts. 3.º e 6.º da LEO da RAEM). Já quanto ao chamado “*orçamento das receitas*”, o mesmo grau de importância se perscruta, pois que nenhuma receita pode ser cobrada (nomeadamente, qualquer imposto) caso tal (tipo de) receita não esteja inscrita no orçamento (muito embora o valor da receita cobrada possa ultrapassar o valor da respectiva inscrição orçamental) – cfr. o art. 34.º, n.º 1, 1) e 2), da LEO.

De tudo quanto foi já dito retira-se que, também na RAEM, há que reputar de essencial o actual significado *jurídico, político e económico* do orçamento. Mas esse é ponto que não carece de ser acrescidamente focado num texto – como este – cujo escopo se centra tão-só no tema do *equilíbrio orçamental*.

Como tal, no presente contexto, interessará apenas reter, por enquanto, o seguinte:

- (i) Qualquer orçamento que vigore anualmente na RAEM tem que cumprir os preceitos da LEO da RAEM e, em último termo, as normas da LB que tenham por objecto a disciplina jurídica da instituição orçamental;
- (ii) No tocante ao equilíbrio orçamental, cada orçamento tem que cumprir o disposto no art. 10.º da LEO, sendo que, tal como já sabemos, caso tal norma seja respeitada, tal significará necessariamente (dada a equivalência de redacção de ambos os preceitos) que foi igualmente cumprido o art. 105.º da LB.

b) Equilíbrio *formal* e equilíbrio *material* do orçamento; apreciação do tipo de equilíbrio sufragado pela LEO de Macau:

O art. 105.º da Lei Básica da RAEM prescreve um critério de equilíbrio meramente *formal* do Orçamento, assim como sucede com o art. 10.º da Lei n.º 15/2017. É que, efectivamente, analisar a redacção de um ou do outro artigo acaba, em bom rigor (e malgrado despiciendas diferenças de estilo e/ou de pormenor), por revelar que ambos redundam em idêntica estatuição.

Vejamos.

Temos um orçamento *formalmente* equilibrado – repita-se – quando a *totalidade* das receitas inscritas nesse mesmo orçamento (independentemente da qualidade de tais receitas) ascende a montante pelo menos equivalente ao

11 Recorde-se, a este propósito, a regra geral da *não consignação* (expressa no art. 8.º da LEO da RAEM).

das despesas (de *todas* as despesas) que, no mesmo orçamento, surjam também inscritas.

Não se quer com isto sufragar que o Orçamento não seja sempre unitário e, logo, insusceptível de uma acabada separação, com significado jurídico, entre receitas (e, logo, “*orçamento das receitas*”) e despesas (aqui, “*orçamento das despesas*”). Quer-se apenas, na verdade, salientar a inevitável fecundidade analítica que, para alguns fins, inclusive no tocante ao equilíbrio, deriva da independente consideração de receitas e despesas orçamentais.

Ora, dispondo o art. 10.º da LEO (e, do mesmo modo, em termos substanciais, a LB, no seu art. 105.º) que, nos orçamentos da RAEM, se segue “*o princípio da manutenção das despesas dentro dos limites das receitas, procurando alcançar o equilíbrio entre as receitas e as despesas*”, evitando-se, assim, “*o défice*”, está, por um lado, (i) a prescrever-se o óbvio, e, por outro, (ii) a sufragar-se um critério de equilíbrio orçamental *imprestável* (porque vazado de qualquer conteúdo *prático*-jurídico, tal como se importaria que sucedesse numa lei de enquadramento – vinculativa – de todos os orçamentos):

- (i) Em primeiro lugar, a citada norma da LEO de Macau prescreve o que é óbvio e, já de si, incontornável, na medida em que, necessariamente, o montante *global* das despesas (*rectius*, de *todas* as despesas) inscritas num determinado orçamento haverá de manter-se, de jeito logicamente forçoso, “*dentro dos limites das receitas*” (*rectius*, do montante *global* das receitas) inscritas (ou previstas) no mesmo orçamento, alcançando-se assim “*o equilíbrio entre as receitas e as despesas*”. E é assim porque, efectivamente, seria pura e simplesmente impensável que um orçamento pudesse ter sido elaborado (e, depois, aprovado) pelos órgãos competentes sem que esse orçamento contivesse inscrito um volume de receitas (ao menos) suficiente para fazer face a *todas* as despesas lá inscritas.

Perguntar-se-á: mas não existirão situações em que, de um modo geral (em Macau e não só) a previsão orçamental contempla a contracção de empréstimos públicos, de modo justamente a fazer face a volumosas despesas? Decerto que sim. Mas é então necessário ter em conta que os empréstimos contraídos pelo sector público administrativo são *receitas* e nunca *despesas* orçamentais¹². E, logo, jamais o “*tecto*” de todas as despesas orçamentalmente inscritas será superior ao montante global das receitas previstas no mesmo orçamento. Trata-se de pura

12 Sendo justamente neste sentido que deve depor a correcta interpretação do art. 24.º, 2), da actual LEO da RAEM, pois que a “*contracção de dívidas*” é apontada como um “*recurso financeiro*” (e, logo, claro, como receita).

impossibilidade lógica (e que apenas teria interesse excogitável vedar, quando muito, num diploma com a dignidade axial da Lei Básica, mas nunca numa LEO).

Muito simplesmente, pois, nenhum orçamento existiria como tal – nenhum orçamento seria elaborado e aprovado para valer juridicamente durante todo um ano civil – caso contivesse inscrições de receitas que, em globo, fossem insuficientes para fazer face ao montante total das despesas orçamentais.

- (ii) Em segundo lugar, resta apontar – em decorrência do que se expôs no ponto imediatamente anterior – que é então *imprestável*, do essencial ponto de vista prático-normativo, o critério de *equilíbrio orçamental* acolhido na LEO da RAEM. É que, muito prosaicamente, tal como acabámos de constatar, nenhum orçamento o violará, pelo que *orçamento algum apresentará, à luz de tal critério, um défice (formal)*. E tudo porque os orçamentos sempre estarão *formalmente* equilibrados, sendo que é somente isso o que exige a LEO de Macau actualmente vigente.

Aqui chegados, é altura para que se afronte a questão fulcral.

Já vimos que a LB e a LEO da RAEM proclamam a intenção de que seja evitado “o défice”. E já quedou esclarecido que, quer para a LB, quer para a LEO de Macau, esse “défice” (*tout court*) é meramente *formal* (e, logo, de escassíssima – ou mesmo nula – utilidade jurídica, económica e contabilística), pois que tal *défice* resultaria apenas da diferença “*entre as receitas e as despesas*” (que, sem precisões ulteriores, só podem entender-se como sendo as receitas e despesas *totais*).

Mas quererá isto então significar que nunca existirá *défice*, ou que o conceito de défice orçamental (apesar de juridicamente *impossível* em Macau nos termos já vistos) não tem qualquer préstimo?

Certamente que não. E a prová-lo estão, logo à partida, por exemplo, as conhecidas constringências (e sanções) que a União Europeia impõe aos seus estados-membros em matéria de *equilíbrio orçamental*, ao ditar o afamado limite ao défice orçamental (agora *estrutural*) desses estados que se cifra numa determinada percentagem do respectivo produto interno bruto¹³.

Ou seja: é *pensável*, como é evidente, que o défice orçamental exista. E

13 As referidas constringências (ou limites) e sanções (nomeadamente, multas) remontam, independentemente da evolução depois ocorrida (a qual não releva no presente texto), ao denominado Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC), primeiramente idealizado por Theo Waigel, depois aprovado no Conselho Europeu de Amesterdão, e com início de vigência em 1999. Foi justamente o PEC que celebrou o limite de 3% do PIB (se bem que com várias excepções) para o défice orçamental dos Estados àquele vinculados.

existe – com impacto jurídico, económico e financeiro – bastas vezes. A questão é, portanto, esta: *qual déficit?* Ou seja: de *que déficit* podem sofrer os orçamentos?

O déficit de que faz (juridicamente) sentido falar-se não é o déficit *formal* do orçamento (isto é, a existência, ou não, na prática inviável, de diferença entre as despesas *totais* e as receitas *totais* orçamentalmente inscritas); o *déficit* que releva é, claro, o déficit *material* do orçamento, ou seja, a existência (já perfeitamente pensável e possível) de disparidade (ou diferença) entre o montante de *certas* despesas e o montante de *certas* receitas orçamentalmente plasmadas¹⁴.

Daí que haja vários critérios de equilíbrio orçamental (sempre, obviamente, critérios de equilíbrio *material*, por só esses, nos termos vistos, cobrarem sentido), com uma variedade tão ampla que vai desde o *equilíbrio efectivo* do orçamento, o *equilíbrio ordinário* do orçamento, o *equilíbrio corrente* do orçamento, ou o equilíbrio do saldo primário orçamental¹⁵.

Tais critérios de equilíbrio – os quais servem para julgar do equilíbrio de um mesmo orçamento (e que podem permitir que o mesmo orçamento apresente déficit ao sabor de um determinado critério, mas já denote a existência de equilíbrio ou mesmo *superavit* à luz de um outro critério de equilíbrio diferente) – são, evidentemente, todos eles, critérios de equilíbrio *material* do orçamento.

Sucedede que, tal como defluiu do exposto *supra*, é meramente *formal* o critério de equilíbrio acolhido pela LB da RAEM (quer também pela Constituição portuguesa) e pela LEO actualmente vigente em Macau. Convém apenas acrescentar, a este respeito, que, se se pode compreender e aceitar que seja essa a mira da lei (formal e/ou materialmente) constitucional (de modo a abrangermos quer a Lei Básica de Macau, quer a Constituição portuguesa), já mal se compreende – e dificilmente se poderá juridicamente aceitar – que seja também um critério de equilíbrio orçamental tão-simplesmente *formal* que seja prescrito por uma Lei de Enquadramento Orçamental, malgrado seja isso mesmo que sucede, hoje, em Macau (compulse-se, uma vez mais, o art. 10.º da Lei n.º 15/2017).

É esta a razão pela qual questionámos “*que déficit?*”, ao referirmo-nos à actual LEO de Macau. E fizemo-lo muito simplesmente porque a actual solução prescrita por este art. 10.º, ao eleger um critério de equilíbrio orçamental meramente *formal* (o que é claramente infeliz – nos moldes focados – para uma lei deste cariz), deixa plenamente em aberto (e necessariamente) que todos e quaisquer orçamentos se apresentem, todos os anos, como “equilibrados”. Tudo

14 Cfr., por todos, TEIXEIRA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 92.

15 Quanto à definição de tais critérios de equilíbrio orçamental e sua apreciação crítica, cfr., desde logo, TEIXEIRA RIBEIRO, *op. cit.*, pp. 90-103.

porque estarão *necessariamente* equilibrados, do ponto de vista *formal*, todos os orçamentos, sendo que apenas alguns ostentarão equilíbrio à luz de um critério *material*.

3. Conclusões

Não deveria, pois, o art. 10.º da LEO de Macau ostentar a redacção que hoje detém. E isso porque é imprescindível (sob pena de o equilíbrio orçamental não ter qualquer relevo ou préstimo) que uma lei como esta fixe um critério *material* de equilíbrio, que possa vincular juridicamente, de modo eficaz, os orçamentos que se vão sucedendo ano a ano. Com efeito, apenas a adopção de um critério *material* de equilíbrio orçamental (que inexistia na actual LEO de Macau) permitirá aquilatar da existência, ou não, de “défice” (ao sabor de algum critério *material*) num determinado orçamento.

Se bem vemos, aliás, era esta a razão para que a versão preliminar da actual LEO de Macau acolhesse um critério de equilíbrio bastante diferente daquele que acabou prescrito pelo art. 10.º da Lei n.º 15/2017.

Com efeito, previa aquela versão preliminar ou preparatória que fosse com base no critério do equilíbrio *ordinário* que fosse ajuizada a existência de “défice” nos orçamentos da RAEM (tendo sido essa, por conseguinte, a solução normativa que tivemos em conta aquando da nossa comunicação realizada no colóquio em que tivemos o privilégio de participar, em 20 de Abril de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Macau).

Ocorre que não foi tal solução que quedou plasmada na versão final da LEO que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2018, pois que tal solução legislativa se limita a reproduzir (praticamente *ipsis verbis*) a prescrição já constante da Lei Básica, razão por que, se é verdade que seria passível de críticas que houvesse sido adoptado, já no século XXI, um critério de *equilíbrio ordinário* do orçamento¹⁶ na aludida versão preparatória, é a todas as luzes ainda mais de repudiar a solução

16 Na verdade, uma estrita opção pelo critério de equilíbrio *ordinário* do orçamento resulta, afinal, na adopção de um critério de equilíbrio que, no fundo, tal como foi sempre hábito referirmos no nosso ensino oral, *não é critério algum* (dada a contingência suscitada pela variabilidade da classificação de receitas e despesas em que assenta) – o que significa, *tout court*, o desvalor acabado deste critério de equilíbrio.

Com crítica lapidar ao critério de equilíbrio do orçamento *ordinário*, veja-se, uma vez mais, TEIXEIRA RIBEIRO, *op. cit.*, p. 94-96 (devendo ter-se, de todo modo, presente que será sempre útil e avisado, para efeitos de disciplina financeira, aquilatar, todos os anos, da evolução das despesas e receitas ordinárias (aquelas que presumivelmente se repetirão em todos os períodos financeiros), independentemente da circunstância de que não seja ao critério de equilíbrio *ordinário* que os orçamentos devam estar sujeitos.

que acabou por imperar (no actual art. 10.º), a qual, na prática, dita que *todo e qualquer orçamento da RAEM esteja, inevitavelmente, “equilibrado”*.

Em relação à previsão, tanto na norma da LEO em apreço, como na norma da LB referida, de que é desejável que se evite “*o défice*” (voltamos a perguntar: *que défice?*) e que este deve ser mantido “*a par da taxa de crescimento do produto interno bruto local*”, resta apenas dizer, em completa consonância com o já exposto, que se afigura de muito difícil (ou mesmo impossível) compreensão o que possa querer significar aquele trecho de ambos os preceitos. Efectivamente, *nunca existindo défice* (e é essa a forçosa consequência da adopção de um critério de equilíbrio orçamental meramente *formal*), não se compreende que valor haverá que manter... “*a par do crescimento do PIB*” (o qual até pode, como é sabido, ser “*crescimento... negativo*”).

Apenas uma derradeira nota – para afirmar que não é a (feliz) prosperidade económica actual de Macau (a qual poderia, de resto, proporcionar a tomada de opções desafiantes e proveitosas em matéria fiscal, às quais fizemos também alusão no colóquio já referido) que poderá justificar a opção legislativa analisada¹⁷. Aliás, bem ao contrário, tal como surte evidente¹⁸. Tudo, em suma, porque o défice orçamental jamais deverá ser juridicamente convertido na “*grotesca reserva de caça do pescador*”¹⁹.

17 Referimo-nos aqui, para que fique claro, e em decorrência do que enunciámos no texto, à opção do legislador conducente à redacção do art. 10.º da actual LEO da RAEM

18 Na verdade, essa mesma prosperidade económica (a qual resulta inclusivamente na desnecessidade de endividamento público da RAEM até à data) tornaria simples a adopção de um critério de equilíbrio material *exigente* (como é o caso do *equilíbrio efectivo*), pois que daí não resultaria – e antes pelo contrário – qualquer quebra de confiança dos agentes económicos.

19 A expressão é de PEDRO CAEIRO, conforme assinalámos no nosso *Sobre a interpretação do contrato de sociedade nas sociedades por quotas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

OS DEVERES DE LEALDADE E DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS

Wang Huating

Estudante do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Resumo: No contexto da expansão do *corporate governance movement*, várias ordens jurídicas de *civil law* introduziram alterações aos deveres fiduciários dos administradores e apropriaram-se de figuras jurídico-societárias cunhadas na experiência anglo-saxónica. No nosso ordenamento jurídico, o art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial faz impender sobre os administradores da sociedade o dever de agir sempre no interesse da mesma e empregar nessa actuação a diligência de um gestor criterioso e ordenado, o qual, no presente texto, será decomposto em dois deveres gerais a acautelar pelos administradores: o dever de lealdade e o dever de diligência. Com vista à compreensão destes deveres enquanto pressupostos da responsabilidade dos administradores, optaremos por analisá-los nas suas diferentes vertentes, com enfoque nas controvérsias relativas ao “interesse da sociedade” e à “diligência de um gestor criterioso e ordenado”, tendo presente, mormente, uma abordagem crítica das alterações ao regime português introduzidas pela reforma jurídico-societária de 2006 sob a influência da experiência anglo-saxónica. Com isto, pretendemos dar mais dinamismo ao direito societário de Macau face aos novos problemas que as sociedades modernas vêm enfrentando.

Palavras-chave: Administradores de sociedades comerciais; dever de lealdade; dever de diligência, interesse da sociedade; diligência de um gestor criterioso e ordenado; *business judgment rule*.

1. Quadro geral

A temática do governo das sociedades (em inglês, *corporate governance*)

está na ordem do dia, sendo alvo de numerosos estudos não só jurídicos, mas também económicos nos diversos países. Na origem da ideia de *corporate governance* esteve a separação entre o capital e a administração (em inglês, *ownership and control*), fenómeno esse surgido primeiro nas grandes empresas, onde os sócios deixaram de actuar simultaneamente como investidores e gestores, passando a confiar a administração da empresa a indivíduos especializados na área¹. Hoje em dia, tal separação verifica-se também nas pequenas e médias empresas, ainda que seja menos acentuada do que nas grandes empresas que são, maioritariamente, sociedades anónimas². Suscitam-se, por conseguinte, questões relativas à estrutura organizacional da sociedade, à repartição de poderes entre quem possui a sociedade e quem controla a sociedade, à imposição de regras de conduta àqueles que gerem bens e interesses alheios, entre outras. Tópicos acabados de referir integram o universo do governo das sociedades.

A evolução da teoria de *corporate governance* começou nos anos 70 do século XX, com o desvendamento dos financiamentos ilegais por sociedades no escândalo de Watergate. Nas décadas seguintes, houve nos Estados Unidos constantes esforços para codificar as regras de *corporate governance*, evidenciados pela publicação dos *Principles of Corporate Governance* em 1994 pelo *American Law Institute* e do *Model Business Corporation Act* em 2002 pela *American Bar Association*³. No início do século XXI, uma série de casos escandalosos, como Enron e Worldcom, chamaram atenção para a necessidade de as sociedades terem uma supervisão efectiva e eficaz⁴. Acompanhando os desenvolvimentos registados nesta área, os legisladores da Europa Continental procuram introduzir no seu ordenamento jurídico regras de inspiração anglo-saxónica quanto ao governo das sociedades⁵.

Como se mencionou acima, o relacionamento entre os sócios⁶ e os

1 Sobre a separação entre a propriedade e a gestão das empresas, vide Paul Davies e Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, vol. I, 9ª edição, versão chinesa, Law Press - China, 2016, p. 367; e Shi Tian Tao, *Corporation Law*, 2ª edição, Law Press - China, 2006, p. 279 e ss.

2 Nas sociedades anónimas, sobretudo nas sociedades abertas (as de capital aberto ao investimento público), o capital social encontra-se disperso por um número alargado de accionistas, a quem faltam os conhecimentos e habilidades necessários à gestão dos negócios da sociedade, pelo que se justifica mais a concentração dos poderes de administração nos gerentes profissionais para tal designados.

3 Walter A. Effross, *Corporate governance: principles and practices*, Aspen Publishers, EUA, 2010, p. 2.

4 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in ROA, Ano 67, I, Janeiro de 2007, p. 104.

5 Por exemplo, a *business judgment rule* foi introduzida no direito alemão em 2005, e no direito português em 2006.

6 Fala-se, aqui, da colectividade dos sócios, desconsiderando-se o relacionamento dos administradores

administradores constitui uma das problemáticas tratadas pela teoria em causa. Apesar da divergência doutrinária no que atine à natureza da relação jurídica existente entre os sócios e os administradores, actualmente, é pacífico que dessa relação de administração advêm para os administradores diversos deveres, incluindo os de lealdade e de diligência. A distinção entre o dever de lealdade e o dever de diligência (ou o dever de cuidado), que se fazia inicialmente nos sistemas anglo-saxónicos, mas chegou a ser acolhida por alguns países de tradição romano-germânica, corresponde à presença de dois riscos na actuação dos administradores: o risco de abuso de poderes e o risco de falta de zelo e diligência⁷. O nosso Código Comercial, não contendo embora referência expressa ao dever de lealdade dos administradores, impõe-lhes, no art.º 235.º, n.º 2, o dever de agir sempre no interesse da sociedade e empregar nessa actuação a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Podemos dizer que a primeira parte deste preceito legal se refere especialmente ao dever de lealdade, e a segunda parte diz respeito, especialmente, ao dever de diligência⁸⁻⁹. Assim entendendo, daqui em diante,

com os sócios individualmente considerados.

- 7 Para que os administradores desempenhem as suas funções de modo mais eficiente, com aplicação da sua inovação e criatividade, qualidades que as sociedades ambiciosas não param de procurar, costumam ser-lhes atribuídos amplos poderes discricionários por lei e pelos estatutos. À margem da discricionariedade dos administradores, associam-se, inelutavelmente, o risco de abuso de poderes, referente, designadamente, aos casos em que os administradores exerçam os poderes no seu próprio interesse, em detrimento dos interesses da sociedade, assim também o risco de falta de zelo, diligência ou de competência técnica. Neste contexto, o direito das sociedades sente a necessidade de fornecer um quadro normativo que assegura a lealdade e a diligência dos administradores para com a sociedade, sem ingerir desmedidamente no exercício dos seus poderes de administração e prejudicar assim a eficiência da gestão da sociedade. [Consideram-se como *agency costs* os custos decorrentes da monitorização e controlo pelos sócios das actividades dos administradores, os quais, tal como acontece em outros tipos de organizações, pretenderão aqueles reduzir tanto quanto possível.] Uma das soluções desenvolvidas em resposta à dita necessidade consiste na imposição aos mesmos de um conjunto de deveres, gerais ou específicos, que, num primeiro momento, reduz as práticas abusivas ou descuidadas e, num momento posterior, dá azo à responsabilidade dos administradores faltosos pelos danos causados. Há outros regimes que contribuem para evitar o abuso de poderes por parte dos administradores, um referente às regras de composição e funcionamento do próprio conselho de administração, e outro reportado à destituição dos administradores que, em regra, é livre. A este respeito, vide Paul Davies e Sarah Worthington, *op. cit.*, p. 487.
- 8 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 16.
- 9 Todavia, Menezes Cordeiro é de parecer que o dever de lealdade dos administradores, com os seus contornos dados pela nossa tradição jurídica, resulta do princípio geral da boa fé, sendo mais amplo do que os chamados *fiduciary duties* de origem inglesa e divididos nos *duty of care* e *duty of loyalty*. Cf. António Menezes Cordeiro, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 2006, secções 11.III e 14.II, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito->

abordaremos primeiro o dever de lealdade e, depois, o dever de diligência.

2. O dever de lealdade dos administradores

2.1. A situação jurídica dos administradores

Nos sistemas romano-germânicos, a situação jurídica dos administradores começou por ser reconduzida ao mandato.¹⁰ O Código Comercial francês de 1807 previa, no seu art.º 31.º, que “*elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits*”. Sob a inspiração do Código Comercial francês, o legislador português, no Código Comercial de 1833, previu que as companhias eram administradas “*por mandatarios temporarios, revogáveis, accionistas ou não accionistas, assalariados ou gratuitos*.” O art.º 173.º do Código Comercial português de 1888 consagrava a responsabilidade dos administradores pela “*inexecução do mandato e pela violação dos estatutos*”.

A teoria organicista afastou a recondução da relação de administração ao contrato, caracterizando a sociedade como um organismo social, constituído por órgãos. A designação de administradores seria um acto unilateral, interno e de natureza orgânica, relativo à conformação do organismo social¹¹.

Posteriormente, surgiu a teoria analítica germânica, que distinguia a nomeação do contrato de emprego, sendo a primeira um negócio jurídico unilateral, e o segundo um negócio jurídico bilateral. Sustentava que da nomeação decorria uma relação orgânica, que incluía todos os poderes e deveres inerentes ao cargo, nomeadamente os poderes de direcção, de administração e de representação, bem como os deveres de diligência, de sigilo e de não concorrência. Ao passo que o contrato de emprego originava uma relação obrigacional, que compreendia o direito à remuneração, à segurança social, à indemnização em caso de destituição sem justa causa, e no âmbito da qual podiam ser acordadas, por exemplo, a ampliação da proibição de concorrência ou cláusulas penais¹². Esta teoria foi acolhida por alguns autores portugueses, entre eles, Ferrer Correia.

A jurisprudência recorreu, no início, aos deveres do mandatário para

das sociedades/. Neste sentido, afigurar-se-á que tal dever se mostra mais abrangente do que o dever de actuar sempre no interesse da sociedade ou, conforme definido no art.º 64.º, n.º 1, al. b) do CSC português alterado pelo DL n.º 76-A/2006 de 29 de Março, o dever de actuar “no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

10 Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 12.

11 *Ibid.*, p. 14.

12 *Ibid.*, p. 17 e 18.

explicitar os deveres dos administradores, fazendo decorrer da regra geral da boa fé o dever de lealdade dos mesmos. Mais tarde, entendeu que na actuação dos administradores, estava em causa a gestão de bens e interesses alheios, que implicava deveres específicos a cargo dos administradores¹³.

É verdade que a relação de administração – apesar das explicações complexas da situação jurídica dos administradores, parece ter sempre como pano de fundo uma relação de prestação de serviços – confere aos administradores poderes de gestão, ao mesmo tempo que lhes impõe deveres acessórios¹⁴, incluindo a boa fé, com vista à tutela da confiança neles depositada¹⁵, mas o dever de lealdade dos administradores perante a sociedade ultrapassa a medida de conduta reclamada em nome da boa fé. Isto porque a boa fé não proíbe que se prossigam interesses próprios, ao passo que a lealdade dos administradores os impede de o fazer. O facto de estar atribuída aos administradores a curadoria de bens e interesses alheios implica, imediata e directamente, um conjunto de deveres específicos, de cariz ético-jurídico, que visam garantir a sobreordenação dos interesses da sociedade. É este o dever ou os deveres de lealdade dos administradores¹⁶.

Trata-se de um dever geral dos administradores, pelo facto de ser impossível especificá-lo num elenco fechado¹⁷.

2.2. A quem devem ser leais os administradores

A quem devem ser leais os administradores? A pergunta pode ser reformulada para: em cujo interesse devem actuar os administradores?¹⁸ No

13 António Menezes Cordeiro, *A lealdade...*, secção 10.II.

14 Coutinho de Abreu não entende ser conveniente designar os deveres de diligência e de lealdade “deveres laterais ou secundários” face ao “dever principal” de administrar. Na opinião deste autor, administrar, mais do que um mero dever, trata de um poder-dever dos administradores, do qual defluem prestações variadas e indeterminadas. Os deveres de cuidado e de lealdade traduzem-se em prestações variadas mas mais determinadas, que, no entanto, não são menos importante para a administração. Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 35, nota 68.

15 António Menezes Cordeiro, *A lealdade ...*, secção 9.II.

16 Manuel A. Carneiro da Frada, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in ROA, Ano 67, Vol. I, Janeiro de 2007, p. 169 e 170.

17 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 14.

18 Não existe consenso na doutrina portuguesa quanto à relevância dos interesses a prosseguir pelos administradores para a aferição do seu dever de lealdade (tal como resulta do actual art.º 64.º/1/b) do CSC português), sendo que na opinião de alguns autores o problema do interesse a prosseguir releva do dever geral de gestão dos administradores. Isto porque, antes da reforma de 2006, defendia-se por muitos que a parte final do art.º 64.º do CSC, “devem actuar ... no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”, redundava no dever geral de (boa) gestão dos administradores. O mesmo poderia dizer-se em relação ao art.º 235.º, n.º 2 do nosso Código

interesse da sociedade em si? No interesse dos sócios? Ou será que para além dos interesses dos sócios, deverão ser tomados em conta os de outros sujeitos como sejam os trabalhadores, os credores e os clientes? O nosso legislador aponta, no art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial, como critério delimitador da actuação dos administradores o interesse da sociedade, deixando claro que devem os mesmos servir os interesses da sociedade.

Apesar desta referência legal expressa, o que se entende por “interesse da sociedade” é um tema que gera bastante controvérsia.

No concernente à concepção do “interesse social”, fala-se das teorias contratualistas e institucionalistas. O contratualismo, na sua essência, reconduz o interesse da sociedade ao interesse comum dos sócios enquanto tais, e não enquanto pessoas singulares, daí tratar duma concepção monista, que identifica o interesse da sociedade com o dos sócios¹⁹. O institucionalismo, por sua vez, considera como interesse social o interesse comum não apenas dos sócios, mas também de outros sujeitos, nomeadamente os trabalhadores, os credores sociais e os clientes. Enquadradas no institucionalismo, encontram-se a concepção dualista, que manda os administradores atender aos interesses dos trabalhadores além dos sócios; a concepção pluralista, segundo a qual se englobam também os interesses dos credores e até os do público em geral; a concepção finalista da maximização do interesse dos sócios, no sentido de que os interesses de outros sujeitos serão atendíveis quando forem meios de maximizar os interesses dos sócios²⁰. No caso de ser acolhida a concepção pluralista, a doutrina divide-se entre a hierarquização dos interesses relevantes²¹ e a consideração igualitária dos interesses.

Passando rapidamente pelas posições doutrinárias, importa-nos determinar, no contexto da legislação de Macau, quais os interesses devem os administradores prosseguir.

Antes de mais, sem margem para dúvidas, o interesse social abrange os interesses dos sócios. De salientar que está em causa o interesse comum ou colectivo que os sócios, através do regime jurídico da sociedade, se propõem realizar. Assim, os administradores não servem os interesses individuais dos

Comercial, pese embora no presente trabalho sigamos a posição que faz apelo ao interesse social para especificar o dever de lealdade dos administradores. Sobre a matéria, vide Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão ...*, p. 443 e 451.

19 Porém, para Pedro Caetano Nunes, a perspectiva monista implica que podem ser atendidos os interesses de outros sujeitos, mas apenas na estrita medida necessária à maximização do interesse dos sócios. *Dever de gestão ...*, p. 488.

20 Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, 5ª edição, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 264 e ss.

21 Ricardo Costa, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, p. 183.

sócios considerados como pessoas singulares, mas antes os dos sócios enquanto “partes que puseram a gestão dos seus valores num modo colectivo de tutela e de protecção”²², os quais são definidos, em regra, pela maioria em votos. Diz-se em regra porque não se pode olvidar o abuso de maioria, casos em que o sócio dominante, como definido no art.º 212.º, n.º 1 do Código Comercial, use o poder de domínio em seu benefício ou de terceiro, à custa dos interesses da sociedade ou de outros sócios. Nestas hipóteses excepcionais, os administradores obrigam-se a não executar as instruções do sócio dominante ou a impedir os respectivos comportamentos abusivos, sob pena de responderem solidariamente com o mesmo pelos danos causados à sociedade ou a outros sócios (art.º 212.º, n.º 4 do Código Comercial).

Fala-se, por vezes, do interesse da sociedade em si em manter e desenvolver a empresa, ter uma rentabilidade duradoura e criar uma imagem socialmente responsável, mesmo que isso implique, de momento, a afectação dos lucros distribuíveis à expansão do negócio da sociedade ou a dedicação de parte dos recursos da sociedade a finalidades filantrópicas, enfim, operações que pela vista se desviam da finalidade de obtenção de lucros.

Do nosso ponto de vista, estão em jogo os interesses de curto prazo e os de médio e longo prazo dos sócios.

É verdade que o fim prosseguido pelos sócios de modo colectivo consiste na obtenção de lucros, mas não é menos verdade que tal finalidade poderá ser satisfeita por meios diferentes, obrigando a optar por operações diferentes consoante as circunstâncias concretas. Portanto, sublinha-se que a promoção dos interesses dos sócios nem sempre aconselha a distribuição dos lucros distribuíveis.

A escolha do meio que, no caso concreto, se ajuste mais ao interesse comum dos sócios compete aos administradores, a quem se confere, por via legal ou estatutária, uma significativa discricionariedade empresarial²³. Os administradores podem e devem tomar decisões, ou sugerir aos sócios decidir, com vista ao crescimento empresarial a longo prazo ou à criação de uma imagem socialmente responsável, desde que o decidido se mostre necessário, útil ou conveniente à maximização dos interesses dos sócios. Em última análise, estão em causa os interesses dos sócios, daí, no nosso entender, ser desnecessário autonomizar o

22 António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. II, Lisboa, Setembro de 2006, secção 12.VI, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>.

23 Particularmente nas sociedades anónimas, em que “só a pedido do órgão de administração podem os accionistas deliberar sobre matéria de gestão da sociedade” (art.º 449.º do Código Comercial).

interesse da sociedade em si mesma²⁴.

A seguir, pergunta-se: devem os administradores atender aos interesses de outros sujeitos como sejam os trabalhadores, os credores e os clientes?

O legislador de Macau não faz alusão aos interesses desses sujeitos quando impõe o dever de lealdade aos administradores, diversamente do que acontece em Portugal e em muitos outros países. Transcrevemos abaixo a redacção original do art.º 64.º do CSC português (a versão de Raúl Ventura) e a nova redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, em ordem a confrontar o regime de Macau com o português e reflectir sobre a interpretação do “interesse da sociedade” a que se reporta a primeira parte do art.º 235.º, n.º 2 do nosso Código Comercial.

No período anterior à reforma de 2006 do direito societário português, o art.º 64.º do CSC estabelecia o seguinte:

“Artigo 64.º

(Dever de diligência)

Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”

Com o Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março, o art.º 64.º do CSC passou a ter a seguinte redacção:

“Artigo 64.º

(Deveres fundamentais)

1 - Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

2 - Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade”.

²⁴ Refira-se que não abordamos aqui a lealdade dos sócios para com a sociedade, na qual já se justifica a distinção dos interesses da sociedade em si dos interesses dos sócios.

Constata-se que a referência aos interesses dos trabalhadores já existia na versão original do art.º 64.º do CSC, cuja parte final proveio da Proposta de 5ª Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho (versão de 1983), relativa à estrutura de organização das sociedades anónimas. No art.º 10.º(a)/2 da 5ª Directiva está previsto: “*Todos os membros dos órgãos de direcção e de supervisão exercem as suas funções no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos accionistas e dos trabalhadores. Eles devem observar a necessária discricção no que respeita às informações de natureza confidencial de que disponham, sobre a sociedade. Eles ficam adstritos a essa obrigação, mesmo após a cessação das suas funções*”²⁵.

A igualdade de direitos e deveres entre os membros dos órgãos de direcção e de supervisão foi a solução sugerida pelo Parlamento Europeu para resolver os conflitos de interesse entre os trabalhadores, representados na gestão da sociedade pelos membros designados por eles, e os accionistas, que designam os demais membros dos órgãos. A depreensão desta solução obriga-nos a apresentar, brevemente, os dois sistemas de organização que existiam e continuam a existir na União Europeia.

No preâmbulo da versão de 1983 da Proposta de 5ª Directiva, o Conselho reconheceu a existência na Comunidade de, praticamente, dois tipos de estruturas de administração: o sistema monista, caracterizado pela criação de um único órgão de administração – conselho de administração – e adoptado, no espaço europeu, pelas sociedades inglesas; e o sistema dualista, típico nas sociedades alemãs, e que consiste no modelo de órgão de direcção e órgão de supervisão. Ciente de que era impraticável que todos os Estados-membros seguissem o modelo alemão, o Conselho deixou de apontar como obrigatório o sistema dualista, como tinha feito na versão inicial de 1972. No entanto, havia quem defendesse que a distinção entre os administradores executivos e não executivos e a sujeição daqueles à supervisão destes seriam características do sistema dualista, o que implicava, na realidade, a imposição do formato dualista ao sistema monista. Além disso, não deixou de ser exigida pela Directiva a tomada de medidas destinadas a assegurar a participação dos trabalhadores na gestão da sociedade²⁶. Talvez fosse ambiciosa demais a tentativa de uniformizar as estruturas de organização das sociedades, ou difícil demais generalizar o modelo alemão de co-gestão. Fosse como fosse, a 5ª Directiva acabou por ficar paralisada.

Apesar do abandono da 5ª Directiva relativa ao direito das sociedades, consagrou no CSC português o dever dos membros do conselho de administração

25 Cf. António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 8.II e Daniel T. Murphy, *The Amended Proposal for a Fifth Company Law Directive—Nihil Novum*, 7 Hous. J. Int'l. L. 215 (1985), p. 227.

26 Daniel T. Murphy, *op. cit.*, p. 220 e ss.

servirem, de forma igual, os interesses dos accionistas e os dos trabalhadores, dever esse inicialmente pensado para evitar a divisão entre os membros de origens diferentes.

Se está ausente em Portugal, e em Macau também, o regime da co-gestão empresarial, continua a ter sentido forçar os administradores a atender igualmente aos interesses dos trabalhadores?

Em Portugal, como vimos, o art.º 64.º do CSC nunca desistiu da alusão aos interesses dos trabalhadores, pelo que resta apenas o problema da sua inserção sistemática. Menezes Cordeiro, criticando o novo art.º 64.º, opina que a devida ponderação dos interesses dos trabalhadores deveria ser encaixada no dever de diligência dos administradores. O mesmo seria dizer que um administrador diligente deveria atender não apenas à dimensão societária pura, mas também à dimensão laboral, ligada ao direito do trabalho²⁷.

Coutinho de Abreu avançou a ideia de que as formulações contidas na al. b) do n.º 1 do art.º 64.º do CSC são, em grande medida, retórica normativa balofa – porque a lei não estabelece sanções eficazes para o caso de os administradores não ponderarem os interesses aí referenciados – e potencialmente desresponsabilizadora – quanto mais forem os interesses a prosseguir pelos administradores, maior será a sua discricionariedade e, conseqüentemente, mais fácil será também a exclusão e limitação da sua responsabilidade perante a sociedade²⁸. Aliás, o autor não julga que seja inútil a referência aos interesses dos trabalhadores, adiantando que a tutela dos seus interesses não se basta com as leis laborais, e que quando as leis estejam omissas, incumbe aos administradores preencher os domínios não regulados atendendo aos interesses dos trabalhadores.

Ora bem, discordamos da posição de Menezes Cordeiro. Desde logo, dificilmente se aceita que os interesses dos trabalhadores se esgotem no cumprimento das leis laborais, não bastando aos administradores atender às regras laborais, que muitas vezes se limitam a estabelecer os limites mínimos, para promover devidamente os interesses dos trabalhadores. Ainda por cima, um administrador diligente deve atender às leis laborais, tal como o deve fazer em relação às outras regras legais. Faria sentido o legislador chamar atenção especial para o acompanhamento das normas jurídico-laborais de modo que a sociedade não incorresse em responsabilidade perante trabalhadores devido à falta de diligência dos administradores? Por fim, o debate em torno do “interesse social”, quando se levantou nos direitos anglo-saxónicos (não há dúvidas de que o art.º 64.º do CSC foi alterado em 2006 por influência do direito norte-americano), tinha a ver com o confronto entre o *shareholder value* e o *stakeholder value*.

27 António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 12.VII.

28 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso ...*, p. 273 e 279.

Consideram-se como *stakeholders* os sujeitos relevantes para a sobrevivência da sociedade. Assim, argumenta-se que os administradores, obrigados a agir no interesse da sociedade, ficam igualmente obrigados a tomar em conta os interesses dos *stakeholders*, incluindo os dos trabalhadores. Certamente não se enquadra na temática em apreço a diligência que os administradores hão-de empregar para não causar danos à sociedade pelo desrespeito das leis laborais.

No que diz respeito à tese de Coutinho de Abreu, queríamos dar a nossa anuência à qualificação das formulações como expressão “retórica normativa balofa” e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores. Contudo, a propósito do preenchimento dos domínios não regulados pelas leis laborais ou convenções colectivas de trabalho, de acordo com os interesses dos trabalhadores, na nossa opinião, humilde, os administradores só devem fazê-lo se isso estiver também no interesse da sociedade ou, pelo menos, não levar ao sacrifício dos interesses da sociedade. Parece ir longe demais consagrar um dever legal de prossecução dos interesses dos trabalhadores a acautelar sempre pelos administradores, ainda que os interesses da sociedade, nomeadamente os dos sócios se lhe oponham.

Dito isto, em face do art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau, diríamos que seria inadequado e inútil fazer uma interpretação extensiva no sentido de que o interesse da sociedade abrangeria ainda os interesses dos trabalhadores. Por um lado, inexistente na RAEM o regime da participação dos trabalhadores na gestão da sociedade. E por outro, em lugar algum se estabelecem sanções eficazes para os administradores que desconsiderem os interesses dos trabalhadores. A falta de menção explícita a este tipo de interesses no preceito legal supracitado torna ainda mais difícil afirmar a responsabilidade dos administradores pela sua indiferença à tutela dos interesses laborais. Isto não significa que nunca sejam atendíveis os interesses dos trabalhadores, mas sim e tão-só que não impende sobre os administradores um dever geral de fonte legal que os obrigue a prosseguir tais interesses.

No atinente aos interesses dos credores, não acreditamos que sejam os credores importantes para a sobrevivência da sociedade. Mesmo que assim não se entenda, frisa-se que existe uma textura de regras específicas relativas à tutela dos interesses dos credores, pelo que não faz sentido forçar os administradores a prosseguir os interesses dos credores²⁹.

Quanto aos interesses dos clientes, afigura-se-nos que são atendíveis na estrita medida em que a realização dos interesses de curto ou de longo prazo dos sócios o reclame. Aliás, não se pode negar que ser leal a todos seria o mesmo que ser desleal a todos.

29 Cf. Coutinho de Abreu, *Curso ...*, p. 273.

Face ao exposto, somos de parecer que o interesse da sociedade corresponde ao interesse comum dos sócios enquanto tais. Os interesses de outros sujeitos relevantes para sustentabilidade da sociedade são atendíveis na estrita medida em que a prossecução dos interesses dos sócios o reclame. Enfim, trata-se de um contratualismo moderado pela teoria finalista da maximização dos interesses dos sócios.

2.3. Concretizações do dever de lealdade

Sendo um dever geral de conteúdo indeterminado, o dever de lealdade dos administradores vem-se densificando pela doutrina e jurisprudência.

No princípio, foram determinadas pela jurisprudência e doutrina diversas actuações vedadas, primeiro com base na cláusula geral dos bons costumes, mais tarde, por referência à lealdade. Depois disso, as actuações proibidas aos administradores vieram a ser sistematizadas por lei³⁰. E actualmente, começam a salientar a dimensão positiva do dever de lealdade. Doutrinalmente, define-se o mesmo como o dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios³¹.

Existe uma série de deveres e proibições específicas que costuma ser enquadrada pela doutrina e jurisprudência na lealdade devida pelos administradores: a proibição de concorrência, o dever de não aproveitar em benefício próprio eventuais oportunidades de negócio da sociedade, o dever de não actuação em conflito de interesses com a sociedade protegida³², o dever de não divulgar segredos societários, a proibição de celebrar negócios com a sociedade, e o dever de não discriminação de sócios³³, entre outros.

No nosso Código Comercial, encontram-se disposições que concretizam o dever de lealdade dos administradores.

Por exemplo, no que concerne à proibição de concorrência, o art.º 461.º, inserido na disciplina das sociedades anónimas, consagra que é vedado aos administradores exercer, por conta própria ou alheia, actividade abrangida pelo objecto da sociedade, salvo autorização expressa da assembleia geral. E em consonância com o art.º 389.º, n.º 5, al. b), nas sociedades por quotas, o exercício não consentido de actividade concorrente com a da sociedade constitui justa causa

30 Menezes Cordeiro, *A lealdade ...*, secção 10.III.

31 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 25.

32 Cf. Ac. do STJ, de 2.28.2013, Processo n.º 189/11.3TBCBR.C1.S1.

33 Sobre esta matéria, vide Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 27 e ss e Menezes Cordeiro, *A lealdade ...*, secção 11.

de destituição dos administradores.

Em relação à proibição de negócios com a sociedade, o art.º 460 prevê que são nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, salvo se houver autorização especial e expressa do conselho de administração, com o parecer favorável do conselho fiscal.

Todavia, admite-se que o tema em apreço é objecto de pouco tratamento jurisprudencial em Macau. A falta de intervenção judicial dificulta a formulação pela doutrina de grupos de casos que permitam concretizar o conteúdo do dever de lealdade imputado à administração e propor critérios gerais para a sua aferição. Esta realidade deixa-nos sem alternativa senão beneficiar da experiência de outros ordenamentos jurídicos.

3. O dever de diligência dos administradores

3.1 Resenha histórica

Na segunda parte do art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau está estatuída a denominada bitola de diligência de gestor criterioso e ordenado, cuja origem esteve no § 84/1 do AktG alemão de 1937, que previa que “*os membros da direcção devem aplicar, na sua condução da sociedade, o cuidado³⁴ de um gestor ordenado e consciencioso. Devem manter sigilo sobre os dados confidenciais*”. A primeira parte da citada disposição foi mantida na íntegra pelo § 93/1 do AktG alemão de 1965³⁵.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969 estabeleceu um regime de responsabilidade dos administradores, que veio a integrar o CSC. O art.º 17.º, n.º 1 do referido diploma legal dispunha que “*os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado*”³⁶. Nos trabalhos preparatórios do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro, Raúl Ventura e Brito Correia preconizavam que os administradores tinham um dever de gestão, de conteúdo indeterminado, e que para a determinação do conteúdo deste dever, havia que recorrer à noção de diligência e à noção de interesse social³⁷.

34 Entende-se frequentemente que o cuidado tem o mesmo sentido da diligência *stricto sensu*. Porém, conforme realçado por Menezes Cordeiro, o cuidado, vertido em português por diligência, nada tem a ver com o *care* anglo-saxónico que veio a ser estatuído no art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC em 2006. Cf. Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais...*, secção 4.I.

35 Cf. António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secções 4.I e 4.II.

36 Cf. Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão ...*, p. 442.

37 Raúl Ventura e Brito Correia, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas*

Refira-se que, actualmente, o art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC português, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, coloca a bitola de diligência de um gestor criterioso e ordenado nos deveres de cuidado. Mas a doutrina portuguesa maioritária sustenta que este critério é igualmente aplicável à aferição dos deveres de lealdade.

Do acima exposto resulta que os legisladores portugueses e de Macau, ao estabelecerem a aludida bitola de diligência, optaram por adoptar a fórmula do AktG alemão.

3.2 Regra de conduta ou bitola de culpa?

Indubitavelmente, a bitola de diligência releva da responsabilidade civil dos administradores. Todavia, tem sido alvo de controvérsia a questão de saber se a diligência de um gestor criterioso e ordenado, quando violada, é fonte de ilicitude ou de culpa. Dito de outra forma, ao exigir o emprego da diligência de um gestor criterioso e ordenado, a lei determina uma regra de conduta, cuja violação dá azo à ilicitude, ou consagra um critério de apreciação da culpa, mais precisamente, da negligência?

Na óptica de Raúl Ventura e Brito Correia, a noção de diligência, conjuntamente com a de interesse social, releva da delimitação do conteúdo do acto devido e não da culpa³⁸.

Menezes Cordeiro adiantou que a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever, tratando-se assim de uma regra de conduta, cujo incumprimento permite afirmar a ilicitude do facto respectivo. Destacou ainda a incompletude desta regra de conduta, uma vez que apenas será possível fixar o grau de esforço exigido quando se saiba de que conduta se trata³⁹.

Outra posição frequentemente defendida aponta no sentido de que a norma em questão assume uma dupla função, indicando, em forma de cláusula geral deveres, objectivos de conduta, e circunscrevendo o critério da culpa. Por esse motivo, constitui esta norma fundamento autónomo de responsabilidade. É esta a posição dominante na Alemanha⁴⁰.

e dos gerentes de sociedades por quotas, BMJ, n.º 192, 1970, p. 94, 95 e 101, *apud*. Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão* ..., p. 443.

38 Raúl Ventura e Brito Correia, *Responsabilidade* ..., BMJ, n.º 192, 1970, p. 94 a 97, *apud*. Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão* ..., p. 449.

39 António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais* ..., secção 6.III.

40 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil* ..., p 17, e Ricardo Costa, *op. cit.*, p. 187 e 188.

No nosso entender, da norma ora em análise decorre, desde logo, um dever de conduta. De facto, em causa está a discricionariedade empresarial dos administradores. Como se sabe, não é possível elencar, aprioristicamente, as situações que a sociedade poderá enfrentar no exercício das suas actividades, e muito menos as decisões que deverá tomar para as resolver. Em cada caso concreto, cabe aos administradores escolher entre os meios ao seu alcance aquele(s) que considerem necessário(s) e adequados para atingir os fins que estão adstritos a prosseguir. Tal discricionariedade reconhecida aos administradores não é, nem pode ser, uma liberdade total. Imputa-se, neste contexto, aos administradores uma obrigação geral de meios – a obrigação de diligente administração, segundo a qual devem fazer tudo quanto seja necessário para um efectivo e bem-sucedido desenvolvimento da sociedade⁴¹. Estamos, assim, na delimitação dos espaços das condutas permitidas e devidas pelos administradores, e portanto, na delimitação dos espaços de licitude (ou de ilicitude)⁴².

É de salientar que, sem prejuízo das concretizações da obrigação de diligente administração legalmente previstas, é impossível conhecer *ab initio* a conduta devida pelos administradores, a qual apenas é determinável perante as específicas circunstâncias do caso concreto, de acordo com o padrão de diligência aplicável⁴³.

Mas pergunta-se se este preceito legal comporta simultaneamente uma bitola de culpa? Por outras palavras, no âmbito da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, a culpa é apreciada pela diligência de um gestor criterioso e ordenado?

Menezes Cordeiro deu uma resposta negativa, com os fundamentos de que 1) sob o prisma sistemático, esta norma insere-se no capítulo da administração e fiscalização, e não no da responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade⁴⁴, daí que não faça sentido o preceito se referir a uma bitola de culpa sem mencionar as condutas donde ela emerja; 2) se fosse uma bitola de culpa, deveria prever o dolo além da negligência⁴⁵.

41 Johannes Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, 2.^a ed., Bonn, München: Heymann, 1996, p. 9-10, *apud*. José Ferreira Gomes, *A discricionariedade empresarial, a business judgment rule e a celebração de contratos de swap (e outros derivados)*, p.5, disponível em https://www.researchgate.net/publication/322101649_A_DISCRICIONARIEDADE_EMPRESARIAL_A_BUSINESS_JUDGMENT_RULE_E_A_CELBRACAO_DE_CONTRATOS_DE_SWAP_E_OUTROS_DERIVADOS.

42 José Ferreira Gomes, *A discricionariedade ...*, p. 4.

43 José Ferreira Gomes, *op. cit.*, p. 6.

44 No caso do Código Comercial de Macau, dir-se-ia que a norma integra a secção dos órgãos das sociedades, e não a da responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais.

45 Cf. António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 6.III.

Parece-nos que o primeiro fundamento não contradiz a dupla-função assumida pela norma em apreço, e que o segundo fundamento é de rejeitar, pelo facto de o art.º 480.º, n.º 2 do Código Civil de Macau (equivalente ao art.º 487.º, n.º 2 do Código Civil português) também não ter referência à culpa dolosa.

Com efeito, não se vislumbra motivo defensável para negar à aludida norma jus-societária a função de fixar um critério especial e mais exigente do que o padrão do bom pai de família para a apreciação da culpa dos administradores.

Pelo exposto, inclinamo-nos a perfilhar a tese de que a norma referida à diligência de um gestor criterioso e ordenado assume uma dupla função, sendo que a sua violação permite afirmar a ilicitude do facto e a culpa do agente.

3.3. A articulação do 235.º, n.º 2 com o art.º 245.º, n.º 1 do Código Comercial

A violação pelos administradores dos deveres gerais de lealdade e de diligência contemplados no art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau pode acarretar consequências mais ou menos gravosas.

A consequência menos gravosa será a destituição do administrador faltoso, por deliberação dos sócios (cf. art.ºs 389.º e 463.º do Código Comercial de Macau, deixamos de lado as sociedades de pessoas, em que, na maioria dos casos, os sócios são administradores).

A nós interessa mais a consequência mais gravosa, que passa pela responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, tal como está prevista no art.º 245.º do mesmo diploma legal. Aliás, uma vez deliberada pelos sócios a proposição da acção de responsabilidade, são logo destituídos os administradores visados (cf. art.º 247.º, n.º 2 do Código Comercial).

Dispõe a primeira parte do art.º 245.º, n.º 1 que *“os administradores respondem para com a sociedade pelos danos que lhe causarem por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou estatutários...”*. A parte final do n.º 1 e os n.ºs 2 e 3 comportam, respectivamente, três hipóteses que afastam a responsabilidade assacada aos administradores, designadamente a ausência de culpa, a não participação ou o voto vencido na respectiva deliberação da administração, bem como a obediência devida a deliberação dos sócios.

A responsabilidade a que se reporta o art.º 245.º é, comumente, qualificada pela doutrina como responsabilidade obrigacional, funcional e subjectiva. Diz-se obrigacional porque esta responsabilidade se distingue da responsabilidade dos administradores para com os sócios e credores, qualificada como de natureza delitual⁴⁶. Com a natureza funcional, pretende-se enfatizar que

⁴⁶ Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades anónimas*,

os administradores apenas respondem pelos factos ilícitos praticados no exercício das suas funções⁴⁷. A qualificação como responsabilidade subjectiva dá a entender que não se trata de uma responsabilidade independente da culpa.

Em conformidade com o n.º 1 do art.º 245.º, *in fine, a contrario sensu*, a culpa presume-se, cabendo, assim, aos administradores demandados provar que agiram sem culpa⁴⁸. Para tanto, precisam de demonstrar que empregaram, na sua actuação, a diligência de um gestor criterioso e ordenado, porque, nos termos atrás expendidos, é este o critério específico de apreciação de culpa para a aferição da responsabilidade dos administradores perante a sociedade. No entanto, a dupla função desempenhada pelo art.º 235.º, n.º 2 leva-nos a uma particularidade: caso haja sido provado que os administradores empregaram a diligência exigível, exclui-se a ilicitude, ao mesmo tempo que se ilide a presunção de culpa⁴⁹.

3.4. O dever de diligência (ou de cuidado) no direito societário português

3.4.1. Os deveres de cuidado (art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC)

No período anterior à reforma de 2006, o art.º 64.º do CSC era epígrafado de “dever de diligência”, defendendo-se por uma parcela da doutrina que dentre os deveres gerais dos administradores se encontrava o dever de diligência. Com as alterações introduzidas a esta disposição legal pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, a epígrafe passou a ser “deveres fundamentais”⁵⁰, e o dever de diligência veio a ser dividido nos deveres de cuidado e de lealdade⁵¹⁻⁵².

Lisboa, Lex Editora, 1997, p. 493 e ss., *apud*. Mariana Figueiredo, *A business judgment rule e a sua harmonização com o direito português*, p.7, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9507/1/Business%20Judgment%20Rule.pdf>.

47 Raul Ventura, Brito Correia, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português”, in *BMJ* 192 (1970), 5-112, 193 (1970), 5-182, e 194 (1970), 5-113, p. 13, *apud*. Mariana Figueiredo, *loc. cit.*

48 A presunção legal de culpa faz inverter o ónus da prova. Cf. art.º 337.º, n.º 1 do Código Civil de Macau.

49 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 43.

50 A nova epígrafe do art.º 64.º é alvo de críticas, dizendo-se, mormente, que o dever fundamental dos administradores é o de administrar. Cf. Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 21.III.

51 Mariana Figueiredo, *op. cit.*, p. 9.

52 No documento de consulta pública, a redacção do art.º 64.º do CSC assemelhava-se mais à versão anterior. A epígrafe era “deveres de diligência e de lealdade”, e no n.º 1 do artigo leu-se “*os gerentes ou administradores da sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com lealdade, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores*”. A única alteração seria a explicitação do dever de lealdade, a qual, nas palavras da Comissão do

Se bem que, quanto à estrutura do art.º 64.º, n.º 1 do CSC, não nos pareça difícil seguir o entendimento de Coutinho de Abreu, no sentido de que o dever de diligência em sentido amplo se desdobra nos dois deveres: de cuidado ou diligência em sentido estrito, e de lealdade⁵³, deixa-nos confusos a forma como a alínea a) define os deveres de cuidado, por se reunirem nessa norma uns deveres procedimentais de inspiração norte-americana, e a tradicional bitola de diligência do ordenamento jurídico português, sendo os primeiros manifestações concretas do dever de cuidado e esta última uma formulação genérica. É difícil, para não dizer ser impossível, coordenar os elementos oriundos de tradições jurídicas distintas e, ainda por cima, conjugar a formulação genérica com as específicas.

A CMVM referiu na Proposta de Alteração ao CSC que os deveres de diligência (*duties of care*) “se reportam genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (designadamente informativo) e a uma correcção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica.” A explicação dada não passou de uma repetição dos deveres específicos elencados no respectivo preceito.

Dito isto, em vez de proceder a uma análise detalhada da referida disposição legal, recordemos aqui as explicações doutrinárias que nos parecem mais claras.

Coutinho de Abreu define o dever geral de cuidado como a obrigação dos administradores de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias⁵⁴.

E o dever de cuidado subdivide-se pela doutrina em quatro deveres: o dever de vigilância e de controlo da sociedade (*duty of monitor*), o dever de investigar e aferir da fiabilidade das informações (*duty of enquiry*), o dever de obter informação suficiente e comportar-se razoavelmente no processo decisório (*reasonable decision making process*), e o dever de tomar e executar decisões

Mercado de Valores Mobiliários, era necessária, “porquanto complementa a vinculação a deveres de diligência (*duties of care*) e permite concretizações aplicativas mais amplas, designadamente em termos do dever de não aproveitamento de oportunidades societárias”. Nota-se que, por um lado, os deveres de diligência eram vertidos como *duties of care*, e por outro, o dever de lealdade era considerado complementar aos deveres de diligência. Na versão que chegou a vigorar, a designação “deveres de diligência” acabou por ser substituída por “deveres de cuidado”, além de que vieram a ser previstas em duas alíneas paralelas duas categorias de deveres: os de cuidado e os de lealdade. Se na versão apresentada à consulta pública, apenas nos apercebemos da influência dos direitos anglo-saxónicos nas anotações da CMVM, já na versão ora vigente, vê-se perfeitamente a intenção do legislador de “beneficiar de alguma reflexão produzida, em termos internacionais, a propósito do tema do governo das sociedades”. O texto da Proposta de Alteração ao CSC (processo de consulta pública n.º 1/2006) encontra-se disponível na página da CMVM, www.cmvm.pt.

53 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil* ..., p. 16.

54 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil* ..., p. 18.

razoáveis, equitativas e ponderadas (*reasonable decision*)⁵⁵.

3.4.2. A *business judgment rule* e a sua transposição para Portugal (art.º 72.º, n.º 2 do CSC)

Estritamente conotada com os deveres de cuidado a que se reporta o art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC vem a *business judgment rule* prevista no art.º 72.º, n.º 2 do mesmo diploma, introduzida na ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, pelo que importa apresentar breves notas a este respeito.

A *business judgment rule*, de origem norte-americana, constitui uma doutrina central da teoria de *corporate governance*. Estabelece uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores, nos termos da qual desde que reunidos certos pressupostos, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da actuação do administrador⁵⁶. Salienta-se que a *business judgment rule*, em si mesma, não é uma regra de conduta. Prende-se, antes, com a sindicabilidade judicial das decisões dos administradores.

Surgida por via jurisprudencial, a *business judgment rule* é expressa de formas variadas. Os tribunais do Estado de Delaware costumam asseverar que esta regra consagra uma presunção de que ao tomar uma decisão, os administradores da sociedade actuaram informadamente, de boa fé e na honesta crença de que essa acção era no melhor interesse da sociedade⁵⁷.

O *American Institute of Law*, nos *Principles of Corporate Governance*, opta por não utilizar a palavra *presumption*, adiantando que “o administrador ou gerente que toma uma decisão de negócio de boa fé cumpre o dever de cuidado caso 1) não tenha interesse na matéria da respectiva decisão; 2) esteja informado sobre a matéria na medida em que o administrador ou gerente acredita razoavelmente ser apropriado segundo as circunstância; 3) acredite racionalmente que a decisão de negócio esteja no melhor interesse da sociedade⁵⁸.

55 Hugo Luz dos Santos, *O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na RAEM (art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau) - algumas notas mais ou menos desenvolvidas*, in *Administração* n.º 108, Vol. XXVIII, 2015-2, p. 541 e 542.

56 Proposta de Alteração ao CSC, p. 17.

57 Tradução por Carneiro da Frada *in op. cit.*, p. 180, sendo a formulação original em inglês: a presumption that “in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith, and in the honest belief that the action was in the best interest of the company.” In *Re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006), quoting *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984). Cf. Lindsay C. Llewellyn, *Breaking Down the Business-Judgment Rule*, *Commercial & Business Litigation*, 19367597, Spring 2013, Vol. 14, Issue 3.

58 “A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer: (1) is not interested in the subject of the business judgment; (2) is informed with

Transposta a regra para o ordenamento jurídico português, a lei societária prevê que a responsabilidade do administrador ou gerente é excluída, se provar que 1) actuou em termos informados; 2) livre de qualquer interesse pessoal; 3) e segundo critérios de racionalidade empresarial (ar.º 72.º, n.º 2 do CSC), reproduzindo, assim, a formulação utilizada pelo *American Institute of Law*.

Da leitura do disposto no art.º 72.º, n.º 2 do CSC decorre, com clareza, que a *business judgment rule* se assume como causa de exclusão de responsabilidade. O problema é que como se aplica tal regra.

Se fosse acolhida a presunção de licitude da conduta dos administradores e, desta feita, a função da *business judgment rule* de descrever os elementos que servem para a ilidir – é esta a forma como normalmente se aplica a *business judgment rule* nos Estados Unidos – a consagração desta regra no direito português implicaria “uma fractura sistemática no sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis”⁵⁹. A CMVM indicou, portanto, que “a influência da *business judgment rule* foi acolhida apenas quanto à explicitação dos elementos probatórios a ser utilizados pelo administrador demandado para ilidir a presunção de culpa”⁶⁰. Assim sendo, o n.º 2 do art.º 72.º serve para complementar a parte final do n.º 1 do mesmo artigo onde se prevê “salvo se provarem que procederam sem culpa”.

Não se percebe como é que a não consagração de uma norma presuntiva da actuação lícita dos administradores redundou na qualificação do art.º 72.º, n.º 2 como causa de exclusão de culpa. Concordamos, perfeitamente, com a recusa de presunção de licitude, mas supomos que a inexistência desta presunção significa, simplesmente, que incumbe ao administrador demandado provar a licitude da sua conduta, nomeadamente, a observância dos deveres elencados no art.º 72.º, n.º 2.

Na verdade, o art.º 72.º, n.º 2 associa-se, essencialmente, à autonomia e à discricionariedade empresarial dos administradores e, portanto, aos deveres de cuidado. Cumpridos os deveres de cuidado, afasta-se a ilicitude, e não a culpa, da actuação em causa.

O âmbito de aplicação da *business judgment rule* corresponde aos espaços de discricionariedade empresarial dos administradores⁶¹. À partida, a sociedade lesada recorre ao tribunal para responsabilizar os administradores pelos danos

respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.” Cf. Melvin Aron Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 Bus. Law. 1271 (1993), p. 1281. Tradução livre.

59 Proposta de Alteração ao CSC, p. 18.

60 Proposta de articulado modificativo do CSC, anotações ao 72.º, n.º 2.

61 Manuel A. Carneiro da Frada, *op. cit.*, p. 182.

derivados das “más decisões” por eles tomadas. Só que questionar constantemente as decisões dos administradores inibi-los-ia de tomar decisões aventurosas e criativas, o que acabaria por prejudicar a própria sociedade⁶². Desta ponderação resulta um controlo judicial orientado, não pelos resultados negativos das decisões tomadas pelos administradores, mas sim pelo seu modo de administrar, pelo próprio procedimento de decisão. Neste sentido, a má gestão, ou melhor, a ilicitude da conduta dos administradores, reside nos meios, e não no resultado⁶³. A concretizar esta ideia, são-lhes imputados os deveres de cuidado, geral (art.º 64.º, n.º 1, al. a)) ou específicos (art.º 72.º, n.º 2), cuja devida observância afasta a ilicitude da actuação dos administradores, ainda que se tenham, efectivamente, causado danos à sociedade. Em suma, o art.º 72.º, n.º 2 serve para excluir a ilicitude e não a culpa.

Poderia argumentar-se que o cumprimento do dever de actuar segundo critérios de racionalidade empresarial excluía, ao mesmo tempo, a culpa do administrador⁶⁴, pese embora não deixemos de ter dúvidas quanto à coincidência da racionalidade empresarial com o padrão de gestor criterioso e ordenado, visto que o que é racional para o próprio administrador poderá não o ser para um gestor medianamente prudente e sensato.

Concluindo, o art.º 72.º, n.º 2 do CSC não consagra uma presunção de licitude da conduta dos administradores, por conseguinte, incumbe à sociedade demandante provar que o administrador demandado não cumpriu os deveres a que este está vinculado, designadamente os deveres de cuidado, e cabe ao administrador demandado provar que deu obediência aos mesmos deveres, invocando, sobretudo, a satisfação dos elementos impostos pelo dito preceito legal. Neste cenário, a norma do art.º 72.º, n.º 2 apresenta-se como causa de exclusão de ilicitude.

4. Considerações finais

Em contraste com a crescente atenção que vem ganhando a temática da *corporate governance* em muitos países, observa-se pouco tratamento jurisprudencial e doutrinário nesta área no nosso ordenamento jurídico. A ausência de incentivo por parte da jurisprudência e doutrina poderá explicar por que se mantém inalterada a nossa lei societária, sobretudo na parte referente à responsabilidade civil dos administradores, quando outros países procuram actualizar a disciplina legal das sociedades comerciais para melhor resolver os

62 Ricardo Costa, *op. cit.*, p. 177.

63 Manuel A. Carneiro da Frada, *op. cit.*, p. 181.

64 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil...*, p. 43.

litígios emergentes das sociedades modernas.

O nosso direito das sociedades é bom, mas o bom é inimigo do óptimo. No que se refere ao tema abordado no presente trabalho, isto quer dizer que, apesar de o art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial já consagrar, genericamente, os deveres a acautelar pelos administradores no exercício das suas funções, justifica-se, primeiro, aludir expressamente à lealdade dos administradores, e segundo, especificar, de modo mais ou menos extenso, o conteúdo dos deveres de lealdade e de diligência, até porque não temos uma jurisprudência abundante a esclarecer as situações específicas neles incorporadas. Ademais, vale a pena introduzir a *business judgment rule* a fim de evitar o excesso de controlo judicial *ex post* das actuações dos administradores. Porém, será indispensável reflectir ponderadamente sobre a forma como se efectua tal aportação.

5. Bibliografia

António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. II, Lisboa, Setembro de 2006, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>.

António Menezes Cordeiro, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 2006, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito-das-sociedades/>.

João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in ROA, Ano 67, Vol. I, Janeiro de 2007, p. 103 a 158.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, 5ª edição, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016.

José Ferreira Gomes, *A discricionariedade empresarial, a business judgment rule e a celebração de contratos de swap (e outros derivados)*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/322101649_A_DISCRICIONARIEDADE_EMPRESARIAL_A_BUSINESS_JUDGMENT_RULE_E_A_CEBRACAO_DE_CONTRATOS_DE_SWAP_E_OUTROS_DERIVADOS.

Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012

Manuel A. Carneiro da Frada, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in ROA, Ano 67, Vol. I, Janeiro de 2007,

p. 159 a 205.

Ricardo Costa, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, p. 159 e ss.

Hugo Luz dos Santos, *O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na RAEM (art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau) - algumas notas mais ou menos desenvolvidas*, in Administração n.º 108, Vol. XXVIII, 2015-2, p. 537 e ss.

Mariana Figueiredo, *A business judgment rule e a sua harmonização com o direito português*, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9507/1/Business%20Judgment%20Rule.pdf>.

Proposta de Alteração ao CSC e Proposta de Articulado Modificativo do CSC, disponíveis no www.cmvm.pt

Daniel T. Murphy, *The Amended Proposal for a Fifth Company Law Directive—Nihil Novum*, 7 Hous. J. Int'l. L. 215 (1985).

Paul Davies e Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, vol. I, 9ª edição, versão chinesa, Law Press - China, 2016.

Shi Tian Tao, *Corporation Law*, 2ª edição, Law Press - China, 2006.

Walter A. Effross, *Corporate governance: principles and practices*, Aspen Publishers, EUA, 2010.

Melvin Aron Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 Bus. Law. 1271 (1993).

Lindsay C. Llewellyn, *Breaking Down the Business-Judgment Rule*, Commercial & Business Litigation, 19367597, Spring2013, Vol. 14, Issue 3.

BREVE APONTAMENTO SOBRE O REGIME DO CONSENTIMENTO INFORMADO À LUZ DO DIREITO DE MACAU: ALGUMAS REFLEXÕES A PARTIR DE UM CASO NO INTERIOR DA CHINA

Li Yin, Judy

*Estudante do Curso de Mestrado em Direito em Ciências Jurídicas,
Faculdade de Direito da Universidade de Macau*

Resumo: Dada a importância do consentimento informado na prática médica, o presente artigo, tendo como ponto de partida a análise de um caso polémico no Interior da China, visa analisar o instituto do consentimento informado no contexto da responsabilidade médica no ordenamento jurídico de Macau, designadamente, a dinâmica e as fontes normativas do consentimento, os bens jurídicos protegidos, os elementos constitutivos, a urgência, o papel da família e a revogação do consentimento, bem como fazer comparação entre o regime jurídico de Macau e o do Interior da China, no sentido de demonstrar a aplicação prática do nosso regime jurídico vigente, as consequências, as deficiências, as críticas e, por fim, algumas sugestões de aperfeiçoamento.

Palavras-chave: Consentimento informado; médico-paciente, responsabilidade médica.

1. Introdução

Nos dias de hoje, a actividade médica contém riscos inerentes, pois inelimináveis e intrinsecamente ligados à própria natureza do serviço prestado. Não é exagero referir que todo e qualquer procedimento médico, especialmente cirúrgico, por mais simples que se possa aparentar, enseja um risco que não deriva

necessariamente de falhas na prestação do serviço, mas sim das imponderáveis reacções do corpo humano a determinadas acções sobre o mesmo. É verdade, também, que o médico, em princípio, não responde pelos riscos inerentes. Na busca da cura ou da melhoria das condições de sua saúde, deve o próprio paciente assumir os riscos relacionados com as intervenções médicas, sempre que não houver falhas em tais prestações. Todavia, para que tal solução se sustente, é necessário que o paciente tenha sido devidamente esclarecido sobre os possíveis ou potenciais riscos. É nesse contexto que deve ser analisado o direito do paciente a receber as informações pertinentes e o correlato dever do profissional da saúde de fornecê-las, respeitando-se, assim, a autonomia do paciente.¹

Em princípio, o médico é responsável pelos danos causados aos pacientes por actos médicos praticados de *forma negligente*, por *imperícia* ou *imprudência*. No entanto, estas não são causas únicas para dar lugar à responsabilidade médica, uma vez que a falta de esclarecimento ou a falta de consentimento informado, com frequência, também causam a responsabilidade médica.

O problema que se pretende tratar neste trabalho é o de definir os limites da acção médica em face do princípio do consentimento e abordar o regime do consentimento informado sobre a responsabilidade médica. O incumprimento do dever de obter o consentimento informado prévio ao acto médico tem repercussão na responsabilidade do médico?

O presente trabalho visa colocar o instituto do “*consentimento informado*” no enquadramento do Direito de Macau, descobrir problemas e levantar dúvidas, bem como oferecer sugestões. Para tanto, *em primeiro lugar*, introduzirei um caso real ocorrido no Interior da China, caso largamente debatido, para desenvolver o nosso estudo em torno do “*consentimento informado*”. *Em segundo lugar*, é realizada uma apresentação das fontes normativas do consentimento no ordenamento jurídico de Macau. *Em terceiro lugar*, impõe-se reflectir sobre os bens jurídicos protegidos por este instituto. *Em quarto lugar*, após uma breve enunciação dos elementos do consentimento informado, procurarei centrar-me na questão de capacidade para consentir já que se trata de questão nuclear para resolver o caso em análise; a mais moderna doutrina defende que perante os bens jurídicos pessoalíssimos aqui envolvidos se deve construir uma nova figura distinta da capacidade negocial. Defenderei, pois, que estamos perante a assunção de um novo ramo dentro da capacidade jurídica. Dada a insuficiência da resposta fornecida pelo regime geral, *em quinto lugar*, abordarei o regime especial, ou seja, o regime de urgência, para procurar resposta para o caso. *Em sexto lugar*,

1 EUGÊNIO FACCHINI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico pela Falha no Dever de Informação, à luz do Princípio da Boa-fé Objectiva*, texto acessível em <http://passthrough.fw-notify.net/static/225265/downloader.html>

no que tange ao processo de consentimento, qual é o papel da família? Mais concretamente, quais são os “direitos” do cônjuge e do unido de facto? *Em sétimo lugar*, a revogação do consentimento. *Em último lugar*, é de fazer comparação com o regime jurídico do Interior da China para a mesma questão.

Trata-se de um percurso repleto de sombras e com poucas clareiras, em que as certezas são diminutas e os problemas são múltiplos e de difícil solução. Face à dificuldade resultante de ter pouca doutrina e jurisprudência acerca desta matéria em Macau, procurarei esboçar algumas respostas, fruto da reflexão levada a cabo no âmbito deste trabalho com referência aos elementos da doutrina e jurisprudência de Portugal e do Interior da China.

2. Caso real ocorrido no Interior da China

No dia 21 de Novembro de 2007, por volta das 16h00 da tarde, Li Liyun, grávida de 41 semanas, foi enviada, por Xiao Zhijun, que coabitava como marido de Li Liyun por muito tempo (cerca de três anos em união de facto), para o Hospital de Chaoyang da Cidade de Pequim devido a complicações do parto e do frio. Foi diagnosticado que Li tinha sido infectada com pneumonia grave. Xiao e Li estavam sem dinheiro, mas devido à urgência, o Hospital decidiu permitir que Li fosse internada no Hospital para tratamento gratuito. Depois de Li ter sido internada no Hospital, os médicos diagnosticaram que a pneumonia tinha causado graves declínios da função cardiopulmonar e, por consequência, a grávida e o bebé, ambos, estavam em perigo e a grávida precisava de submeter-se imediatamente a uma cesariana.

De acordo com as normas jurídicas pertinentes, antes de qualquer cirurgia, o hospital deve obter assinatura de consentimento do paciente ou dos seus familiares.

Como Li se encontrava em coma, na altura Xiao era a única pessoa com direito a assinar. Quando o hospital entregou o formulário a Xiao, este recusou-se a assinar. No caso de urgência, os médicos realizaram RCP (*retrograde cerebral perfusion*) para Li por duas vezes. Mas Xiao ainda insistiu em recusar-se a assinar o formulário, escrevendo no formulário “*o signatário insiste em terapêutica medicamentosa e recusa-se a fazer cesariana, o signatário assumirá toda a responsabilidade daí resultante*”. Os médicos tentaram persuadir Xiao, mas falharam. Na altura, o hospital tomou três medidas: 1. Chamou imediatamente o médico de serviço de neurologia para investigar o estado psíquico de Xiao, que acabou por identificar que o estado dele era normal; 2. Chamou a Polícia para investigar a identidade da grávida para contactar os seus outros familiares próximos, mas não conseguiram obter atempadamente o contacto; 3. Informou imediatamente os líderes do sistema de saúde da Cidade de Pequim para pedir uma medida excepcional, tendo os mesmos dado ao hospital a instrução seguinte

“se os familiares não assinarem, nenhuma cirurgia será permitida”. Assim, os médicos tiveram que usar medicinas de urgência e fazer massagens cardíacas para resgatar a mulher.

Depois de ter perdido a terceira oportunidade cirúrgica, Li acabou por morrer devido a insuficiência respiratória e cardiopulmonar grave às 19h20 do mesmo dia e, logo depois, o bebé não nascido também morreu.

Posteriormente, os pais de Li ficaram a saber da notícia e intentaram uma acção, entendendo que o Hospital de Chaoyang não tomou medidas de socorro efectivo para salvar a sua filha Li, causando esta tragédia.

Durante a primeira instância, o Tribunal do Distrito de Chaoyang entendeu que não há nexo de causalidade entre os actos médicos do Hospital de Chaoyang e a morte de Li Liyun, uma vez que de acordo com o resultado da avaliação emitido pelo Centro de Avaliação Judicial, a morte de Li Liyun estava intimamente relacionada com os diversos factores, tais como a divergência significativa na tomada de decisões terapêuticas entre o hospital e Xiao Zhijun, a situação da doença crítica, o agravamento rápido da doença, a complexidade e as dificuldades no tratamento clínico, etc... Portanto, segundo a situação concreta do caso, o Tribunal indeferiu os pedidos dos pais de Li Liyun em 18 de Dezembro de 2009 com fundamento na manifesta falta de nexo de causalidade entre a morte de Li e os actos do Hospital de Chaoyang.

Inconformados com a sentença, os pais de Li interpuseram recurso para o Tribunal Popular de Nível Médio da Cidade de Pequim. O Tribunal considerou que durante o diagnóstico e a terapêutica, o paciente e os seus familiares próximos devem prestar cooperação ao hospital e, aliás, no caso de Li Liyun, que as condições eram urgentes e o seu resgate clínico não poderia ser adiado, ainda assim, Xiao Zhijun, ora unido de facto da paciente, na altura como único titular do direito a assinar, não prestou cooperação em relação à terapêutica e o seu acto passivo afectou directamente o socorro de Li Liyun. Assim, este Tribunal proferiu a sentença final, rejeitando o recurso e mantendo a sentença original. Mas o Hospital de Chaoyang quis pagar aos familiares de Li uma quantia de apoio económico, no valor de RMB\$100.000,00 por razões humanitárias.

Será que os actos dos médicos no presente caso violaram as normas jurídicas? Quais são? E no ordenamento jurídico de Macau, como seria resolvido o presente caso?

Quid iuris?

3. O consentimento informado: sua emergência histórica

Para compreender melhor o fenómeno do consentimento informado, em primeiro lugar, é necessário conhecer um breve excuro pelo seu contexto de

emergência e a sua evolução histórica enquanto direito do paciente.

Pois bem, como salienta Guilherme de Oliveira, “*começa por ser difícil precisar em que épocas, e até que ponto, os médicos se sentiram moralmente ou deontologicamente obrigados a informar os pacientes*”², havendo mesmo que procurar relativizar a ideia por vezes anunciada de que, nos primórdios, entre médico e doente nenhuma ou quase nenhuma comunicação se estabeleceria ou de que o médico a todo o custo procuraria manter o paciente na total ignorância sobre a intervenção médica a que este iria ser submetido. Tendo, contudo, bem presente esta ressalva, certo é que encontramos nos textos de *Hipócrates* referências muito claras a uma determinada ética médica assente numa ideia segundo a qual o médico deveria “esconder tudo quanto pudesse” do doente, de molde a que este não tivesse conhecimento do seu estado clínico ou de qualquer prognóstico.³

No século XVIII com o movimento filosófico do iluminismo (Benjamin Rush, Thomas Percival e Jonh Gregory), defendeu-se um papel menos autoritário para o médico, em que este profissional devia partilhar as informações com o doente. As origens do princípio da autonomia, remontam já a este século, quando, em 1797, Immanuel Kant, enquanto principal filósofo da era moderna, publicou a sua *Metafísica dos Costumes*. Os princípios éticos aí defendidos por Kant são um resultado lógico da sua crença na liberdade fundamental do indivíduo. Não a liberdade na anarquia, mas a liberdade de o indivíduo se poder orientar a si. Kant acreditava que o bem-estar do indivíduo deveria ser considerado como um fim em si próprio e que o mundo deveria progressivamente encaminhar-se para uma sociedade ideal representativa da vontade unida de um povo inteiro. Adaptados à prática médica, estes princípios estão hoje muitas vezes reflectidos na ética e na deontologia profissional, naquilo que contêm de obrigação, dever, lealdade e pensar no outro⁴.

Mesmo no século XIX, após a filosofia de Kant e a emancipação do indivíduo da filosofia das luzes, foram os avanços científicos da medicina e da biologia que prepararam o cenário para os “*dias gloriosos do paternalismo médico*”⁵, levando os conhecimentos sobre as doenças e as terapêuticas respectivas

2 GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 59 e 60.

3 PAULO JORGE FERREIRA ROSA, *A Responsabilidade Civil Médica por Violação do “Consentimento Informado” em Portugal – “Estado da Arte”*, texto acessível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23852/1/paper%20consent%20info2.pdf>

4 OLGA MARIA DE OLIVEIRA ALMEIDA, *O Consentimento Informado na Prática do Cuidar em Enfermagem*, texto acessível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22448/4/O%20Consentimento%20Informado%20na%20Prtica%20do%20Cuidar%20em%20Enfermagem.pdf>

5 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 25.

para cada vez mais longe do alcance do cidadão comum.

É, de facto, no século XX, sobretudo a partir da segunda metade, que se começou a assistir à reunião de um conjunto de condições decisivas para a definitiva integração do valor da autonomia do paciente no exercício da medicina. Com efeito, a cada vez maior previsibilidade, cognoscibilidade e eficácia a que a ciência médica começava a estar associada, acompanhada do referido fenómeno da democratização do conhecimento, criaram as bases necessárias para uma maior consciência por parte dos cidadãos relativamente aos seus direitos e, por conseguinte, à incrementação paulatina de uma mentalidade mais reivindicativa.⁶

Só em 1981, contudo, viria a ser reconhecido pela Associação Médica Mundial, na famosa *Declaração de Lisboa*, o consentimento informado do paciente como um direito de alcance geral, e não apenas circunscrito ao campo da investigação médica; um direito “*de aceitar ou recusar*” que existiria “*depois de [o doente] ter sido legalmente informado sobre o tratamento proposto*”⁷. A partir de agora, o paciente passou a poder exercer o direito de decidir livre e autonomamente sobre o seu próprio destino.

Em termos de *jurisprudência*, a primeira decisão relativa a um direito ao consentimento de que temos notícia, trata-se de uma sentença inglesa de 1767, conhecida por *caso Slater versus Baker & Stapleton*, em que dois médicos são condenados, não por terem quebrado o osso da perna do paciente (*Slater*), ao tentarem colocar um aparelho ortopédico (situação em que nos depararíamos com um caso típico de responsabilidade por má prática médica), mas por terem colocado esse mesmo aparelho sem o prévio consentimento do paciente. É, todavia, o caso norte-americano *Schoendorff versus Society of New York Hospital*, em 1914, que constitui marca fundamental da incursão do direito ao consentimento na jurisprudência mundial, quando o Juiz Benjamin Cardozo profere uma frase que haveria de ficar para a posteridade: «*Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body*»⁸. O cirurgião passava, a partir daqui, a ter de pedir ‘autorização’ ao doente para que a sua intervenção médica não fosse ilícita por violação do direito à autodeterminação do paciente. Em 1957, no caso *Salgo versus Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, na Califórnia, utiliza-se pela primeira vez a expressão “*informed consent*”. Esta expressão que,

6 PAULO JORGE FERREIRA ROSA, *A Responsabilidade Civil Médica por Violação do “Consentimento Informado” em Portugal – “Estado da Arte”*, texto acessível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23852/1/paper%20consent%20info2.pdf>.

7 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 27.

8 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 58.

por acentuar devidamente o momento mais importante do direito ao consentimento informado – que é o dever de informação que sobre o médico impende –, é ainda hoje, tanto ao nível da doutrina como da jurisprudência, a mais utilizada⁹.

4. Fontes normativas do consentimento informado no ordenamento jurídico de Macau

O direito ao consentimento informado está hoje consagrado em vários diplomas de natureza legislativa.

4.1. Direito Constitucional (Lei Básica)

À luz do art.º 30.º da Lei Básica da RAEM, é inviolável a dignidade humana dos residentes de Macau. E *o direito à vida, o direito à integridade moral e física e o livre desenvolvimento da personalidade*, que fundamentam principalmente o *consentimento informado*, são expressões concretas desse bem jurídico fundamental que é a *Dignidade Humana*.

4.2 Direito Penal

O Código Penal de Macau proíbe a intervenção médica sem o consentimento do paciente, com as intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art.º 150.º do CP) e estabelece com rigor, o dever de esclarecimento (art.º 151.º do CP).

Por outro lado, quando a intervenção médica não for praticada por um médico ou outra pessoa legalmente qualificada, ou não tenha finalidade terapêutica ou ainda se não seguir as *leges artis* da medicina, só será lícita se previamente justificada com o consentimento do lesado¹⁰ (art.º 37.º e 143.º do CP). Estas normas são muito importantes para regular o direito ao consentimento informado no nosso ordenamento jurídico em matéria penal.

4.3. Direito Civil

No plano civil, encontra-se consagrado no Código Civil (art.º 67.º do CC) o

9 PAULO JORGE FERREIRA ROSA, *A Responsabilidade Civil Médica por Violação do “Consentimento Informado” em Portugal – “Estado da Arte”*, texto acessível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23852/1/paper%20consent%20info2.pdf>.

10 ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, texto acessível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf.

Direito Geral de Personalidade. Confere-se assim uma tutela plena e absoluta ao ser em devir que é o homem, nas suas diferentes esferas do ser e do agir e aberta à historicidade. Nas palavras de Orlando de Carvalho, o direito geral de personalidade consiste “(n) um direito à personalidade no seu todo, direito que abrange todas as manifestações previsíveis e imprevisíveis da personalidade, pois é, a um tempo, direito à pessoa-ser e à pessoa-devir, ou melhor, à pessoa-ser em devir, entidade não estática mas dinâmica e com *jus* à sua “liberdade de desabrochar” (com direito ao “livre desenvolvimento da personalidade” de que falam já certos textos jurídicos). Trata-se de um *jus in se ipsum* radical, em que a pessoa é o bem protegido, correspondendo à sua necessidade intrínseca de autodeterminação (...). Só um tal direito ilimitado e ilimitável permite uma tutela suficiente do homem ante os riscos de violação que lhe oferece a sociedade moderna”¹¹⁻¹².

Para além do direito geral de personalidade, o consentimento informado também tem por base legal o direito especial de personalidade, isto é, o *direito à vida* previsto no art.º 70.º do CC e o *direito à integridade física e moral* previsto no art.º 71.º do CC. No entendimento de Orlando de Carvalho, o *direito à vida* deve ser associado a um *direito à conservação da vida* e é um direito *indisponível*, assim, em princípio, o consentimento do sujeito é irrelevante neste domínio. Enquanto o direito à integridade física e moral é relacionado intimamente com o *direito à liberdade de vontade e a autodeterminação do paciente e o dever de informar e de obter o consentimento informado do médico*.

A violação dos direitos de personalidade acarreta não só a responsabilidade civil, mas também as “providências cautelares adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos de ofensa já cometida”, nos termos dos art.º 67.º, n.ºs 3 e 4 do CC.

4.4. Legislação de direito da saúde. Decreto-Lei n.º 111/99/M

O direito da saúde está regulado na legislação avulsa. O D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro, ora regime jurídico de protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina, estipula, nos seus art.ºs 5.º a 8.º, o regime do consentimento de qualquer acto no domínio da saúde.

11 ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Centelha, 1981, p. 90.

12 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, 98.

4.5. No plano deontológico. Lei n.º 10/2010

A Lei n.º 10/2010, ora Regime da Carreira Médica, prevê, no seu art.º 11.º, n.º 2, que *os médicos estão obrigados, no respeito pelas regras profissionais e deontológicas aplicáveis, ao cumprimento dos deveres funcionais seguintes: ...* 2) *Esclarecer devidamente o utente sobre os serviços médicos a prestar, assegurando a efectividade do consentimento informado.* No que diz respeito ao consentimento informado, a Lei afirma que o dever dos médicos de informar e obter o consentimento esclarecido do doente é um verdadeiro dever deontológico, independentemente da existência de um contrato com o doente, pelo que o doente pode exigir o seu cumprimento.

4.6. Conclusão

O consentimento informado está inquestionavelmente consagrado no Direito de Macau: seja no plano constitucional, seja no plano civil ou penal, no Direito da saúde, ou mesmo no Direito deontológico. A necessidade de obter o consentimento informado baseia-se na protecção da dignidade humana, no direito geral da personalidade e no direito à integridade física e moral da pessoa humana.

O consentimento para a prática de um acto médico configura um direito do paciente e um dever do médico. O regime do consentimento informado reflecte princípios fundamentais da nossa ordem jurídica, destacando-se o princípio da autodeterminação, da autonomia da vontade, a liberdade de disposição sobre o próprio corpo, o direito à integridade moral e física, entre outros¹³. A exigência do consentimento informado é independente da natureza, contratual ou extracontratual¹⁴, da relação estabelecida entre o médico e o paciente e do exercício da actividade médica no domínio privado ou público; por outras palavras

13 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2004, p.104 e DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Janeiro de 2014, pp.4 e 5. Dissertação de Mestrado.

14 A natureza da responsabilidade civil médica é um dos temas mais discutidos pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional. O consentimento informado está intimamente ligado à temática da responsabilidade civil médica. Para um estudo sobre esta matéria veja-se TEIXEIRA PEDRO, R., *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 23 a 176; ESPERANÇA PINA, J.A., *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª edição, Lidel, 2003, pp. 112 e ss; VERA LÚCIA RAPOSO, *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.ª edição, Colecção VDA, Almedina, 2013, pp. 13 a 42; DIAS, J. A., “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, *Studia Iuridica*, n.º 21, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 221 a 402.

é sempre exigida a prestação do consentimento informado¹⁵. Como refere Vera Lúcia Raposo, a exigência do consentimento informado resulta de fonte legal (seja penal, civil, legislação específica, etc.) e deontológica, e não de fonte contratual, e existe independentemente da natureza da relação médico-paciente, de existir ou não contrato, etc¹⁶.

5. Dos bens jurídicos protegidos

Ora, os direitos de personalidade em causa nos problemas relativos ao consentimento informado serão *o direito à liberdade e autodeterminação e o direito à integridade física e psíquica*¹⁷. O consentimento informado assume-se como um direito dos pacientes por um lado, e uma obrigação dos médicos por outro lado. No plano do Direito Civil, o regime está legalmente fundamentado no art.º 67.º do CC, relativo ao direito geral de personalidade. Na violação do dever de obter o consentimento informado, o médico ofende não apenas o bem jurídico liberdade e autodeterminação, mas também o bem jurídico integridade física e moral (eventualmente o bem jurídico vida), pois a partir do momento em que o acto médico não é consentido, o mesmo acto passa a ser ilícito, assim, as “agressões” corporais subsequentes num acto cirúrgico de médicos podem ser consideradas como violação ilícita do “*direito de outrem*” (art.º 477.º n.º 1 do CC), porque os médicos, neste caso, não gozam de causa de exclusão da ilicitude do “consentimento do lesado” (art.º 332.º, n.º 1 e 74.º do CC).

A doutrina tem entendido que qualquer intervenção médica sem o consentimento do paciente (ou com o consentimento viciado) que provoca danos ao paciente é causa idónea para dar lugar à responsabilidade civil médica, mesmo no caso das intervenções bem-sucedidas (*i.e.*, em que se atingem os fins últimos da *cura* e da boa recuperação do paciente), não deixa de ocorrer ainda, para além da lesão da autodeterminação, a conseqüente lesão da integridade físico-psíquica, também ela merecedora de tutela jurídica, nos termos dos art.ºs 67.º, n.º 2 e 477.º do CC. Neste sentido, com Orlando de Carvalho, afirmamos que, independentemente da alteração do estado da saúde do doente para melhor ou para pior, certo é que a intervenção médica “*provoca sempre incómodos físico-psíquicos*

15 DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *O Consentimento Informando na Responsabilidade Civil Médica*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Janeiro de 2014, p. 44.

16 VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao problema jurídico*, 1.ª edição, Colecção VDA, Almedina, 2013, p. 238.

17 GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2ª edição aumentada, Coimbra, 2005, p. 63. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 121 e ss.

que, se assumem o mínimo relevo para o direito, não podem não haver-se como lesões da integridade físico-psíquica da pessoa”¹⁸. Assim, se houver violação da liberdade, haverá sempre danos à integridade físico-psíquica.

6. Elementos do consentimento informado

6.1. Elementos gerais

O consentimento tem por pressupostos cumulativos: *a capacidade, a informação e a voluntariedade*, ou seja, o consentimento legitima o acto médico e determina os limites destes actos desde que sejam preenchidos estes pressupostos.

Ora, para obter consentimento válido, *em primeiro lugar*, o paciente deve ter a capacidade para tomar decisões. Será necessário, então, discernir o que é a capacidade para consentir, e, ao concluir pela incapacidade do paciente, estudar os meios de suprir a sua incapacidade.

Em segundo lugar, o paciente deve ter recebido *informação suficiente* sobre o tratamento proposto. O direito à informação explica-se por uma dupla ordem de razões: *por um lado*, estamos perante relações jurídicas em que uma das partes é um perito e a outra um leigo, pelo que se impõe, em ordem a garantir uma relação de paridade material e impedir a “opressão” de uma das partes sobre a outra, um dever jurídico de informar¹⁹. Donde resulta que a intencionalidade, a teleologia e as normas do direito de protecção do consumidor podem ser aplicadas, com as devidas adaptações, no domínio da relação médico-paciente²⁰. *Por outro lado*, o consentimento informado é uma dimensão cristalizada do princípio da autonomia e só há real autonomia com cabal esclarecimento²¹. À luz do art.º 5.º, n.º 2, do D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro, *o paciente tem direito a receber, previamente, informação adequada quanto ao objectivo e à natureza da intervenção a que é sujeito, bem como das suas consequências e riscos*. Esta norma impõe aos profissionais de saúde que previamente a qualquer tratamento ou intervenção médica informem o paciente e obtenham o seu consentimento informado. A finalidade fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir

18 ORLANDO DE CARVALHO, apud ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 122, nota 256.

19 JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, 1989, p. 365, referindo casos referentes ao direito bancário e a contratos informáticos. Penso, todavia, que esta doutrina também valerá para a relação médico-paciente.

20 CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996, p. 89.

21 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 130.

que o paciente, com base no seu sistema de valores, possa determinar se deseja ou não consentir na intervenção que lhe é proposta. A informação é o pressuposto de um consentimento informado; e este é necessário para satisfazer o direito à autodeterminação do doente nos cuidados de saúde²².

Para a protecção deste direito dos particulares, a lei impõe à entidade hospitalar e ao médico de carreira o “dever de comunicação”, como um dever funcional geral da parte médica. Releva-se o “direito de consentimento livre” como um requisito legal da efectividade do consentimento informado, designadamente no que diz respeito a operação cirúrgica, nos termos do artigo 11º, alínea 2) da Lei nº 10/2010 (Regime da carreira médica)²³, segundo o qual, *sem prejuízo do conteúdo funcional inerente à respectiva categoria e com observância pela autonomia técnico-científica inerente a cada especialidade médica, os médicos estão obrigados, no respeito pelas regras profissionais e deontológicas aplicáveis, ao cumprimento dos deveres funcionais seguintes:(...) 2) Esclarecer devidamente o utente sobre os serviços médicos a prestar, assegurando a efectividade do consentimento informado.* Álvaro Rodrigues chama este dever de informação como um dos deveres acessórios por banda do médico²⁴.

Na prática do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, tem-se decidido, entre outros, no acórdão de 17 de Janeiro de 2012, no Processo nº 218/2011, no sentido de que “... , ao levar a cabo uma operação médica para fins curativos ou diagnósticos, especialmente de natureza invasiva, o médico tem o dever de informar o doente dos possíveis riscos inerentes à operação por ele escolhida ou sugerida e da existência ou não de outros meios alternativos ou sucedâneos com o mesmo ou quase o mesmo efeito curativo ou diagnóstico, assim como os possíveis riscos a estes inerentes para a saúde ou para a vida, por forma a habilitar o doente a tomar uma decisão e a prestar um consentimento efectivamente consciente e de livre vontade”.

Ora, à luz do art.º 7.º, n.º 1 (Direito à informação) da Lei n.º 5/2016, ora Regime Jurídico do Erro Médico, *1. Os prestadores de cuidados de saúde têm o dever de prestar aos utentes informações sobre a respectiva situação clínica, as medidas de tratamento médico e os riscos que delas possam advir, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que ponham em perigo a sua vida ou sejam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à saúde física ou psíquica.* A medicina é uma actividade de risco, este preceito apresenta-se como um dos mais relevantes, substantivos, e um dos mais inovatórios, na efectiva regulamentação

22 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2014, texto acessível em <http://www.dgsi.pt>.

23 Cfr. o acórdão do TSI n.º 599/2008, texto acessível em <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/welcome>

24 ÁLVARO RODRIGUES, in *Direito e Justiça*, XIV, 2000, Tomo 3, p. 183.

da temática do erro médico²⁵. No que diz respeito ao conteúdo do dever de informação, combinamos a referida norma com o art.º 151.º do CP, *para efeitos do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave ofensa à saúde, física ou psíquica*. Em regra, um tratamento apresenta não só as vantagens mas também os riscos ou incertezas, a informação deve abranger ambos os lados do tratamento proposto.

Tal como sucede, de resto, em vastos exemplos de direito comparado. Nomeadamente, e sem exaurir, na República Popular da China, por exemplo no artigo 55.º da sua «*Tort Liability Law*» («Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual») e no artigo 11.º das «Regras Concernentes a Acidentes Médicos», em Taiwan, no artigo 12.º do «*Physicians Act*», e no artigo 63.º do «*Medical Care Act*», em Hong Kong, no «*Code of Professional Conduct by the Medical Council*», em França, no artigo L1111-2, do «Código de Saúde Pública», em Portugal, nos termos do artigo 7.º da Lei n.º 15/2014, de 21 de Março, entre tantos outros.²⁶ Em relação às leis da RPC sobre esta matéria, o regime será analisado abaixo.

Como se afirmou no Parecer n.º 3/V/2016, da 3ª Comissão Permanente, no decurso da análise e debate da Proposta de Lei n.º 5/2016 supracitada, sugeriu-se que se adite mais informações ao n.º 1 do art.º 7.º da versão da proposta inicial, no sentido de salvaguardar-se que os utentes tenham suficientes informações em prol da tomada de decisão. Para além disso, deve ainda salvaguardar-se que os utentes compreendam as informações disponibilizadas; portanto, deve prever-se que as informações devem ser disponibilizadas de forma clara e simples²⁷.

Ao abrigo do n.º 2 do mesmo artigo, *as informações previstas no número anterior devem ser prestadas de uma forma clara, simples, concreta e com recurso a uma linguagem perceptível por parte do utente, de forma a permitir a tomada de uma decisão devidamente informada*. A finalidade fundamental do esclarecimento é levar o paciente a fazer uma escolha esclarecida em relação ao tratamento proposto.

Contudo, é de notar que não é suficiente a mera informação de todos aqueles aspectos ao doente, até porque o mesmo pode não compreender o alcance de alguns termos médicos. É necessário que a informação seja devidamente explicada ao utente, para que se consiga daquele uma decisão devidamente

25 Cfr. 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM – Parecer n.º 3/V/2016, p. 123.

26 Cfr. 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM – Parecer n.º 3/V/2016, p. 123.

27 Cfr. 3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM – Parecer n.º 3/V/2016, p. 125.

informada e esclarecida relativamente aos actos médicos que compreenderão os tratamentos a que se deve sujeitar (consentimento esclarecido), mormente aqueles que compreendem uma certa dose de risco para a sua saúde, por exemplo, através do recurso à opinião e acompanhamento de outro profissional em que o mesmo confie²⁸. A violação da obrigação de fornecer informações médicas pode causar a falta de consentimento do paciente por causa da falta de informações, o que viola a sua liberdade na tomada de decisões.

Ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo, *caso o utente tenha manifestado, expressamente e por escrito, a sua vontade em não ser informado do diagnóstico ou prognóstico, deve este direito ser respeitado pelo prestador de cuidados de saúde, salvo quando possa estar em causa a saúde pública*, assim se procura um equilíbrio entre a vontade do paciente e a saúde pública. E esta informação deve ser fornecida em quantidade e qualidade suficientes. A linguagem utilizada deve ser clara e compreensível para o doente decidir, fazendo com que a mensagem se torne acessível ao paciente receptor. Este dever de informar está relacionado com outro dever do médico: o de obtenção de um consentimento esclarecido. Este dever assenta no princípio da autonomia da pessoa humana e no valor da autodeterminação do paciente.

Finalmente, o consentimento (ou o dissentimento) tem de ser prestado de forma livre, voluntária e consciente, sem qualquer tipo de coacção ou outros vícios, o que se traduz também nas exigências fundamentais de todo o acto jurídico-civil. Nos termos do art.º 5.º n.º 1 do D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro, *qualquer acto no domínio da saúde só pode ser efectuado após ter sido prestado pela pessoa em causa o seu consentimento livre e esclarecido*. O consentimento do doente só é válido se o doente for capaz de decidir livremente, possuir as informações relevantes adequadas e não for dado com coacção física ou moral.

Como a questão do nosso caso concreto está mais relacionada com a capacidade para consentir, a seguir debruçar-me-ei principalmente sobre este tema.

6.2. Capacidade para consentir

“O que é que se entende por capacidade para consentir num acto médico?”

Conforme os estudos de André Gonçalo Dias Pereira sobre a concepção de *Amelung (capacidade para consentir num acto médico)*²⁹, autor especialista nesta matéria, estamos perante um conceito instrumental, que não se confunde com a capacidade negocial. Ter capacidade para consentir num acto médico significa,

28 Cfr. a 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM – Parecer n.º 3/V/2016, p. 71.

29 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 154 e ss.

para este autor, ter capacidade para tomar uma decisão racional sobre os riscos e sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos³⁰. A medida dessa capacidade deve ser determinada por médico caso a caso, uma vez que é possível que uma pessoa tenha capacidade para decidir num caso e não noutra.

De acordo com o citado Autor, *Amelung*³¹, este conceito subdivide-se em quatro fases:

- Capacidade para decidir sobre valores; pressupõe que o próprio seja capaz de fazer uma análise acerca do custo-benefício das suas decisões, de acordo com o seu sistema de valores;
- Capacidade para compreender factos sobre os quais vai decidir; o sujeito tem de ser capaz de fazer prognósticos;
- Capacidade para compreender as alternativas, isto é, procurar se existem outros meios para alcançar os mesmos fins;
- Capacidade para decidir com base na informação recebida.

Na falta de um destes elementos a pessoa é considerada incapaz para consentir.

Já para os autores americanos *Grisso e Appelbaum*, a *incapacidade para consentir está relacionada, mas não equivale, a estados de perturbação mental*³²; a verdade é que a doença mental aumenta o risco de incapacidade mas não será por esta razão que deve ser criada uma presunção de incapacidade.³³ Para estes autores a incapacidade para consentir num acto médico está ligada a défices no nível de compreensão, valorização e reflexão das informações, levando a uma diminuição da capacidade de expressar uma vontade. Apontam, ainda, que a capacidade é variável, ou seja, um paciente pode ser capaz para decidir sobre um tratamento e não ser capaz para decidir sobre outro.

Por fim, a *British Medical Association*³⁴ considera que tem capacidade para

30 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *A Capacidade para Consentir: um Novo Ramo da Capacidade Jurídica, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma da intervenção ou tratamento para que é solicitado*, p. 209.

31 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 154.

32 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 160 e ss.

33 CLÁUDIA RAQUEL SOUSA ABREU, *Os Menores e o Consentimento Informado para o Acto Médico*, texto acessível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18772/1/ClaudiaAbreu_tese.pdf

34 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 160 e ss.

consentir num acto médico quem compreender em que consiste esse tratamento, os seus fins e natureza, os seus benefícios, riscos e alternativas e quais as consequências da sua recusa.

Concluindo, estas três teorias supracitadas defendem que a capacidade para consentir exige que o doente reúna *capacidades intelectuais, volitivas e emocionais* para tomar uma melhor decisão.

6.2.1. A pessoa capaz: o titular do direito ao consentimento

Dada a natureza *pessoalíssima* do bem jurídico em jogo, de que apenas o paciente é titular, é naturalmente este quem tem o direito de consentir na intervenção médica, sempre e quando a sua capacidade de julgamento e discernimento o permita. Expropriar uma decisão tão pessoal equivaleria a *reificar* o Homem, o que é de todo inadmissível. O exercício do direito à autodeterminação nos cuidados de saúde e da livre disposição da integridade física deve ser regido pelo princípio da autonomia. Sempre que a pessoa tiver capacidade para consentir, deve ser ela, com plena soberania, quem decide sobre os cuidados de saúde a adoptar³⁵.

6.2.2. A pessoa incapaz: quem deverá autorizar o acto médico?

Levanta-se a difícil questão de saber quem deverá autorizar a intervenção médica, já que o próprio paciente não tem capacidade para o fazer? Deverá decidir o médico? A família do paciente? O representante legal ou voluntário? Suprimento judicial? A teoria do *consentimento presumido* ou mesmo do estado de necessidade não resolveriam por si todos os problemas? Para esta questão, podemos distinguir o regime de maioridade do regime de menoridade.

6.2.2.1. Menores

Quanto à protecção dos menores de prestar o seu consentimento, *sempre que, nos termos da lei, um menor seja incapaz de consentir numa intervenção, esta não pode ser efectuada sem a autorização do seu representante ou, na sua impossibilidade, do tribunal competente, sendo a opinião do menor tomada em conta, em função da sua idade e do seu grau de maturidade.* (art.º 6.º n.º 2 do D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro).

É menor quem não tiver ainda completado 18 anos de idade (art.º 111.º do CC), e os menores carecem de capacidade para o exercício de direitos (art.º 112.º do CC). A incapacidade do menor traduz-se numa “incapacidade geral” que abrange, em princípio, quaisquer negócios de natureza pessoal ou patrimonial, sendo normalmente suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela;

35 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 205.

eventualmente pode haver lugar à instituição do regime de administração de bens (art.ºs 1773.º, 1778.º e 1779.º).

Deste modo, esclarece o art.º 1733.º do CC que quem se assume como representante legal do menor no contexto do consentimento informado são os pais. A eles compete, no interesse dos filhos, zelar pela *segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrador os seus bens*, tendo igualmente, nessa qualidade de representantes, o direito de autorizar ou recusar a intervenção de tratamentos sobre o menor a seu cargo. O poder paternal é, portanto, exercido por ambos os cônjuges nos termos do art.º 1756.º n.º 1 do CC, pertencendo igualmente a ambos em caso de divórcio, nos termos do art.º 1761.º do CC.

Contudo, se os pais não estiverem de acordo em relação a questões de particular importância da vida do filho, faltando, desse modo, o comum acordo sobre uma intervenção médica proposta, qualquer deles pode solicitar judicialmente uma solução para este impasse. O tribunal deverá sempre tentar a conciliação e esforçar-se para obter a concordância de opiniões, mas se esta tentativa se frustrar, terá ele de decidir. Assim, se apenas há consentimento informado de um dos pais para a realização da intervenção, deverão ser tiradas as dúvidas. Apesar da lei estipular uma presunção de comum acordo de ambos os progenitores para o acto que integre o exercício do poder paternal praticado por um destes, o legislador colocou fora deste regime os actos de particular importância e os casos em que se verifique expressa exigência legal de consentimento de ambos os pais (art.º 1756.º, n.ºs 1 e 2, do CC).

O art.º 6.º, n.º 2, do DL n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro, indica que o consentimento será dado pelos pais ou representantes legais, mas apesar disso, o médico não fica totalmente dispensado de considerar a potencial autonomia do menor.

Assim, esta norma indica que o peso da opinião do menor depende da idade e da capacidade de discernimento deste, ou seja, quanto maiores forem a idade e a maturidade do menor, tanto mais decisiva deve ser a opinião do menor, daí, em alguns casos, tendo em conta a natureza e o grau de gravidade da intervenção, bem como a idade e a capacidade de entender, a opinião do menor deve ocupar uma posição importante, até necessária e determinante na decisão final.

A opinião do menor deve ser tida em conta em função “*da sua idade e do seu grau de maturidade*”; é desta forma que os poderes-deveres em que desdobra o poder paternal, nomeadamente o poder funcional de velar pela saúde do filho, encontram limites na autonomia do menor em função da sua idade e da capacidade de discernimento. Com efeito, o exercício de tal poder está vinculado ao interesse do filho e configura um processo gradual de atribuição progressiva de espaços de

autonomia e de independência³⁶.

A norma veio reconhecer a faculdade dos menores manifestarem opiniões, na devida proporção da sua autodeterminação, possibilitando-lhes, assim, participar nos assuntos que lhe digam respeito, devendo os pais conceder-lhes a “autonomia na organização da sua vida” (art.º 1733.º n.º 2 do CC), estando aqui em causa uma imposição aos pais de um dever de respeito pela personalidade dos filhos, que se traduz no dever de levar em conta a sua opinião³⁷. Portanto, o menor deve ser informado em função da sua maturidade e da capacidade de discernimento, pois que é um elemento essencial para moldar livremente a sua vontade, obtendo progressivamente o direito de participar nos processos de tomada de decisão que, de alguma forma, afectam o seu destino, particularmente nas decisões sobre cuidados de saúde, como é o caso em estudo.

6.2.2.2. Incapazes adultos

Na protecção das pessoas maiores que careçam de capacidade para prestar o seu consentimento, *sem prejuízo do disposto no artigo 16.º, qualquer intervenção sobre uma pessoa incapaz de prestar o seu consentimento apenas pode ser efectuada em seu benefício directo* (art.º 6.º n.º 1 do DL n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro), e quanto aos *incapazes de facto, sempre que, nos termos da lei, um maior, em virtude de distúrbio mental, de doença ou de motivo similar, seja incapaz de consentir numa intervenção, esta não pode ser efectuada sem a autorização do seu representante ou do suprimido judicial do consentimento, devendo a pessoa em causa, na medida do possível, participar no processo de autorização* (art.º 6.º, n.º 3).

Do artigo supracitado conclui-se pelos os seguintes requisitos: 1) em benefício directo da pessoa incapaz; 2) autorização do representante da pessoa incapaz ou; 3) suprimido judicial do consentimento; 4) a pessoa incapaz deve participar no processo de autorização na medida do possível.

Quanto ao *primeiro requisito*, “em benefício directo da pessoa incapaz”, também se designa por “*the best interests standard*”, ou seja, os melhores interesses do paciente. Segundo este critério, toma-se a decisão que está de acordo com a doutrina tradicional de “melhores interesses do paciente” (*best interests of the patient*), como se prevê no art.º 6.º, n.º 1, do DL n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro. E esta norma aplica-se tanto a *menores* como a *incapazes adultos*.

36 MARGARIDA DE SOUSA MARTINS, *Menores e o Consentimento Informado*, texto acessível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_0577_0600.pdf

37 MARGARIDA DE SOUSA MARTINS, *Menores e o Consentimento Informado*, texto acessível em https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_0577_0600.pdf

Como se referiu André Gonçalo Dias Pereira³⁸, a pessoa incapaz deve participar no processo de determinação dos seus melhores interesses e a lei considera as crenças e os valores do doente que teriam sido susceptíveis de influenciar a sua decisão, se ela tivesse capacidade. Portanto, este procedimento de decisão está a tornar-se semelhante à teoria do *consentimento presumido* que abordarei em seguida.

A decisão tomada pelo representante do incapaz deve corresponder ao melhor interesse do paciente, não devendo o mesmo abusar do direito; concretamente, o representante não deve tomar decisões prejudiciais à vida ou à saúde do paciente, nem deve recusar ou adiar a tomada de decisão, prejudicando os interesses do paciente. O padrão “*em benefício directo da pessoa incapaz*”, o tomador da decisão deve confiar nos melhores interesses do paciente, ponderar todos os benefícios e os riscos inerentes ou os custos das várias opções e maximizar os benefícios disponíveis para o paciente. Para o caso de abuso de direito pelo representante, o médico pode ilidir a decisão do representante com base no padrão “*em benefício directo da pessoa incapaz*”. No caso de *Curran v. Bonze* nos EUA no ano de 1990, o pai de gémeos de três anos e meio pediu ao tribunal a autorização no sentido de colectar medula óssea dos seus gémeos para doar ao meio-irmão que tinha leucemia, mas a mãe dos gémeos opôs-se a isso. Por fim, o tribunal apoiou a mãe, alegando que a colecta de medula óssea não atendia aos benefícios directos das crianças. No caso do abuso de direito de consentimento por representante (por exemplo, por interesses supersticiosos ou de propriedade ou outras razões não razoáveis para se recusar a consentir), o tribunal da Alemanha pode inibir o poder de representação tendo em conta o padrão “*em benefício directo da pessoa incapaz*”. Acredito que a lei alemã é mais aplausível. Em caso de urgência, a lei deve consagrar à instituição médica o poder de intervenção activa, no sentido de corrigir ou negar a decisão imprópria do representante.

Este benefício directo do paciente depende de se ter apenas em conta a sua vida biológica ou de se atender igualmente à sua vida biográfica. Aliás, se o critério for apenas o de manter a vida a qualquer custo, pode até acontecer que não se entre em linha de conta com o “melhor interesse” da pessoa doente. Assim aconteceu com o Supremo Tribunal dos Estados Unidos no famoso caso de *Nancy Cruzan* (decidido em 1990), quando a maioria dos juízes afirmou que era legítimo continuar a manter a jovem mulher viva de modo a reafirmar o valor da defesa da vida humana, apesar de se considerar que essa decisão ia decerto contra a defesa dos seus melhores interesses – Nancy estava em EVP há vários anos, sem qualquer expectativa de recuperação, e eram os próprios pais

38 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, p. 165 a 166.

a pedir que a alimentação e a hidratação artificiais cessassem. Quando se entra em linha de conta com os denominados “melhores interesses” da pessoa doente deve-se, assim, tentar de todos os modos tomar consciência do seu sistema de valores e convicções, procurando compreender qual seria a decisão que melhor respeitaria a sua mundividência³⁹. Segundo André Gonçalo Dias Pereira,⁴⁰ hoje em dia, entende-se que nos interesses do paciente devem estar envolvidos não apenas os interesses médicos, mas também o respeito pelos seus valores e pelas suas presumíveis vontades, pelo que, de algum modo, se desenha um “critério sincrético”.

Quanto ao *segundo requisito*, “*autorização do representante da pessoa incapaz*”, o “representante” pode ser legal, orgânico ou voluntário. Não nos interessa muito a representação orgânica (por exemplo, art.º 145.º, n.º 2, al. c), do CCM), o que nos interessa é a representação legal e voluntária.

Quanto aos incapazes adultos com *representante legal*, os adultos em situações de incapacidade jurídica estão sujeitos a um regime de *interdição* ou de *inabilitação*. No primeiro caso, a incapacidade é suprida mediante o instituto da representação legal. No caso da inabilitação, a incapacidade é suprida, em princípio, pelo instituto da assistência (art.º 136.º do CC), mas também pode o tribunal optar pela representação legal (art.º 137.º, n.º 1 do CC).

No que tange aos incapazes adultos com *representante voluntário*, pode este ser constituído através de *testamentos do paciente* ou de *procuradores de cuidados de saúde*. Estas figuras parecem admissíveis no nosso ordenamento. “Nada se opõe a que uma pessoa faça o chamado testamento vital; por outro lado, a nomeação de um procurador que cuide dos assuntos de saúde pode enquadrar-se, por via analógica, na disciplina civilística do instituto da procuração”⁴¹. No nosso caso em estudo, concentramo-nos na representação voluntária quanto a matéria de *procuração de cuidados de saúde* (e não no *testamento vital*). O *procurador de cuidados de saúde* é uma pessoa designada por “um documento que lhe atribui poderes para tomar decisões em questões relativas à saúde de uma outra pessoa quando esta não se encontra em condições de se exprimir”. A nomeação de um representante permite que este interprete a suposta vontade do representado de acordo com os seus valores e objectivos, juízo este que o procurador deverá

39 LAURAFERREIRA SANTOS, *A Recusa de Tratamentos em Portugal: Questões de Filosofia, Direito, Saúde e Educação*, texto acessível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/15260/1/Recusa%20de%20tratamento.pdf>.

40 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 239.

41 JOÃO LOUREIRO, *Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico*, Cadernos de Bioética, p. 41.

estar apto a fazer dada a relação de proximidade existencial que mantém com a pessoa que representa.⁴² A decisão tomada pelo procurador é uma decisão como se fosse tomada pelo próprio representado. No ordenamento jurídico de Macau, como ainda não há um regime específico para regular esta matéria, desde logo, podemos recorrer ao regime geral, isto é, dos art.ºs 251.º e ss do CCM para definir os requisitos e o conteúdo da procuração.

Quanto ao *terceiro requisito*, “*suprimento judicial do consentimento*”, nos EUA, o recurso ao tribunal está em regra reservado às situações mais graves, que mais põem em risco os direitos do incapaz, como é o caso dos “tratamentos extraordinários: aborto, esterilização, ensaios clínicos, doação de órgãos”. Na Alemanha, em regra, a autorização do representante legal é suficiente para legitimar a intervenção médica, mesmo que esta acarrete consequências graves. Todavia, nos casos em que a operação possa colocar em risco a vida do representado ou causar danos graves e duradouros à saúde do paciente, exige-se a confirmação do Tribunal de Família (*Vormundschaftsgerichts*). Assim, o médico deve assegurar-se, nestes casos, que, para além da autorização do tutor, se obteve a confirmação do tribunal. O mesmo deve valer no caso de recusa por parte do representante que coloque em perigo a vida do paciente. Porém, em caso de urgência pode-se prescindir da autorização judicial⁴³. Em Macau, da norma que prevê “*a autorização do seu representante ou do suprimento judicial do consentimento*” não resulta que há prevalência de uma sobre a outra em função da gravidade das situações, as escolhas estão em pé de igualdade para todas as situações. Na prática, contudo, será preferencial obter a autorização do representante, pois é mais fácil comunicar com os representantes do paciente e estes têm melhor conhecimento da situação, o que os ajuda a fazerem melhor decisão o mais rápido possível. Os médicos devem requerer o suprimento judicial do consentimento quando se considerar que as decisões dos representantes são contrárias aos melhores interesses do doente, ou no caso em que não haja representante ou seja impossível obter o consentimento deste.

Quanto ao *quarto requisito*, “*a pessoa incapaz deve participar no processo de autorização na medida do possível*”, fora das situações em que a pessoa está totalmente incapaz de exprimir uma vontade (por exemplo num estado vegetativo), mesmo que o doente não esteja totalmente capaz de exprimir vontades livres e informadas, pode estar capaz de parcialmente sentir ou compreender a situação,

42 VERA LÚCIA RAPOSO, *Directivas Antecipadas de Vontade: em Busca da Lei Perdida*, in *Revista do Ministério Público*, Janeiro - Março de 2011.

43 OLGA MARIA DE OLIVEIRA ALMEIDA, *O Consentimento Informado na Prática do Cuidar em Enfermagem*, texto acessível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22448/4/O%20Consentimento%20Informado%20na%20Pratica%20do%20Cuidar%20em%20Enfermagem.pdf>

assim, deve participar, na medida do possível, no processo de decisão. Por conseguinte, é recomendável que o doente seja sistematicamente informado e lhe seja explicado, tão claramente quanto possível e de modo adaptado ao seu nível de compreensão, a situação de doença, a terapêutica e os riscos eventuais, etc., mesmo quando o doente venha a estar sob qualquer medida de protecção legal. Todas as opiniões e desejos que o doente manifesta devem ser tidas em conta e, tanto quanto possível, influenciar a decisão final⁴⁴.

Mas no nosso caso a analisar, a mulher grávida encontrava-se em coma, onde está em causa uma intervenção imprescindível para salvar a sua vida e evitar danos irreversíveis na mulher grávida. No caso de impossibilidade de obter o consentimento dos representantes ou a decisão do tribunal em tempo útil, quem tem poder de decidir a intervenção?

7. Excepção ao dever de obter o consentimento: urgência

Em princípio, cada paciente tem o direito de ser informado, de fazer uma escolha esclarecida em relação ao tratamento e de aceitar ou rejeitar qualquer intervenção proposta, mas se o paciente for incapaz de facto?

Frequentemente o médico está perante uma pessoa em estado de *incapacidade de facto*. Essa incapacidade pode derivar de várias situações: pode ser *pontual*, no caso de um ferido ou doente em estado de inconsciência; pode ser *duradoura*, no caso, por exemplo, de doente mental que já atingiu a maioridade mas em relação ao qual não foi requerida a interdição ou inabilitação e pode ainda ser definitiva, como acontece nos casos de senilidade ou dos pacientes em estado vegetativo crónico.⁴⁵ O nosso caso, sem dúvida, enquadra-se na primeira situação, ou seja *os acidentados em estado de inconsciência*.

Numa situação de urgência em que o consentimento não pode ser obtido, os médicos devem prestar os tratamentos médicos idóneos e necessários para salvar a vida ou impedir uma deterioração grave da saúde do paciente. Quanto mais urgente for o tratamento, menos rigor deve ser exigido em relação às informações a serem divulgadas ao paciente⁴⁶. Nas situações de urgência, o fundamento legal

44 CONSELHO DA EUROPA, *Guia sobre o Processo de Decisão relativo a Tratamentos Médicos em Situações de Fim de Vida*, texto acessível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168039e8c3>.

45 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 223.

46 É bastante expressiva a decisão da Audiência Provincial de Ávila (de 3-4-1998), ao assinalar que “em caso de conflito entre o dever de informação e a assistência ao paciente, deve prevalecer sempre este último por assim o exigir o princípio da proporcionalidade”. Trata-se, neste caso, de uma histerectomia praticada perante uma perda de sangue puerperal intensa e tardia e incontrolável de outra forma. Cfr.

encontra-se no art.º 8.º do D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro. Ao abrigo do art.º 8.º, 1. *Sempre que, em virtude de uma situação de urgência, o consentimento apropriado não possa ser obtido, deve-se proceder imediatamente à intervenção indispensável à salvaguarda do estado de saúde da pessoa em causa.* 2. É tomada em conta a vontade anteriormente manifestada, no que respeita a uma intervenção de saúde, por pessoa que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua *vontade*. O art.º 8.º admite, inclusivamente, que se leve a cabo a intervenção médica sem necessidade de obter o consentimento do paciente. A urgência é uma situação em que não é possível, em tempo útil, obter o consentimento do lesado ou dos seus representantes legais e quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em perigo a vida ou leve a um agravamento do estado de saúde do doente⁴⁷.

A lei legaliza o acto praticado, quando não for possível obter o consentimento, no sentido de proceder imediatamente à intervenção indispensável à salvaguarda do estado de saúde da pessoa em causa, mas no limite da consideração da “vontade anteriormente manifestada, no que respeita a uma intervenção de saúde, por pessoa que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade”⁴⁸. Neste caso, o consentimento presumido constitui uma causa de justificação autónoma, distinta do consentimento. Este instituto tem relevo quando o interessado (ou o seu representa legal) não pode pronunciar-se sobre o tratamento, tratando-se de situações especiais, como, por exemplo, a comunicação a familiares de uma vítima, que chegou inconsciente, de um acidente⁴⁹.

O dever de informar e o dever de obter o consentimento do paciente devem ceder quando a demora na intervenção médico-cirúrgica ponha em perigo a vida ou leve a um agravamento do estado de saúde do doente. Reconhece-se que o princípio da autonomia tem este limite: quando não se verificam as condições de exercício da autonomia (pense-se, v.g., nos sinistrados em acidentes de viação), importa prestar ao doente os cuidados médicos adequados para que, em virtude de um processo de reabilitação terapêutica, ele possa vir a alcançar um estado de saúde, que, entre outros benefícios, lhe vai permitir novamente fruir da sua

GALÁN CORTÉS, *Responsabilidade Médica y Consentimento Informado*, p. 188, com indicações jurisprudenciais de Espanha, Itália e França.

Este critério é também claramente assumido pelo BGH (Tribunal Federal alemão).

47 Cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, p. 521.

48 Acórdão do TSI n.º 599/2008, texto acessível em <http://www.court.gov.mo>.

49 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 566.

autonomia.⁵⁰ O objectivo de salvar explica bem que esse regime especial não se aplica a intervenções desnecessárias e irreversíveis e estas não podem ser realizadas em caso de urgência sem o consentimento informado⁵¹.

A norma do art.º 8.º, n.º 1, do D.L. n.º 111/99/M é claramente um exemplo de uma norma “*self-executing*” (auto-executável). Trata-se de uma verdadeira *autorização legal* para a intervenção médica. No exercício de concordância prática entre o direito à livre disposição do seu corpo e o direito à vida e à saúde, a lei criou as condições para que o médico possa proceder imediatamente à intervenção para salvar a vida ou evitar uma lesão grave à integridade física do paciente. A partir do momento em que o paciente fica inconsciente, houve um *corte comunicacional*, pelo que a partir daí podemos saber a vontade *anterior* e não a vontade *actual* do paciente.

Em virtude de urgência, deve-se decidir com base no consentimento presumido (art.º 8.º, n.º 2, do D.L. supracitado), também se designa por “*the substituted judgment standard*”, que tem por critério chave a vontade hipotética do paciente. O médico deve presumir qual seria a reacção do paciente se pudesse pedir a sua opinião na mesma situação. Para esse fim, poderá apelar às pessoas capazes de o informar, ou seja, as pessoas mais próximas do doente, só se podendo determinar quem elas são em cada caso concreto. Essas pessoas próximas não decidirão em seu nome pessoal, só poderão comunicar ao médico a opinião provável do paciente. Nesta perspectiva, está mais de acordo com a natureza pessoal e intransmissível do direito a dispor do seu próprio corpo.

Assim, os familiares próximos podem ser chamados a *colaborar* com a equipa médica na tomada de decisões, no âmbito de um processo de consentimento informado, caso o doente se encontre incapaz⁵². Cabe ao médico apurar a vontade hipotética, virtual ou conjectural do paciente com o esclarecimento dos parentes próximos, tendo em consideração os danos, as alternativas de terapêutica, a percentagem de sucesso, os riscos e os efeitos secundários daí resultantes, etc. Todavia, no plano do direito a consentir ou recusar uma determinada terapêutica, o regime jurídico não estatui normas para que os familiares se substituam ao paciente na tomada das decisões.

Em regra, portanto, o papel dos membros do agregado familiar é apenas de *consulta*. Como defende André Gonçalo Dias Pereira, a decisão médica deve ser

50 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 562.

51 ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, texto acessível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf.

52 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2015, p.166.

uma *decisão partilhada* que leve em consideração a opinião que o paciente teria se pudesse se expressar, uma opinião que respeite o seu sistema de valores, as suas crenças e a sua biografia.⁵³ Um instrumento de maior utilidade para determinar a vontade hipotética da pessoa no estado de incapacidade é o *testamento do paciente*, se houver. E por isso também é importante prestar atenção especial às declarações antecipadas de vontade do paciente.

Porém, se o médico souber que o doente não quereria o tratamento em qualquer caso, deve abster-se de o fazer: E se o doente for portador de um testamento vital que recuse um determinado tratamento, deve o médico abster-se, mesmo que isso implique um desfecho fatal. Os princípios do *consentimento presumido* (*maxime*, o respeito pela vontade hipotético-conjectural) devem, pois, ser respeitados nesta sede⁵⁴.

No direito comparado, diversos países concedem aos membros do agregado familiar (cônjuge, filhos, pais, etc.) o direito de representar a pessoa em estado de incapacidade de facto, através da legislação, geralmente através da lei sobre os direitos dos pacientes ou o consentimento informado. Assim se verifica em Espanha⁵⁵, na França⁵⁶ e na Bélgica⁵⁷.

8. O papel da família

Em princípio, o consentimento e a informação devem ser dados pelo próprio paciente, sendo irrelevante o consentimento do agregado familiar do paciente do ponto de vista jurídico.

Entre nós, tanto o art.º 5.º do D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro, como o art.º 7.º da Lei 5/2016, ora Regime Jurídico do Erro Médico, prevêm expressamente que *só o paciente tem direito à informação*. Ao abrigo do art.º 6.º n.º 1 da Lei n.º 5/2016, *1. Em caso de morte ou em situação que impeça o utente de declaração de vontade, os familiares podem aceder às informações, requerer a perícia ou reclamar do relatório nos termos da presente lei, pela seguinte ordem sucessiva: 1) Cônjuge ou descendentes; 2) Ascendentes; 3) Unido de facto; 4) Irmãos; 5) Outros colaterais até ao quarto grau*. Só em casos especiais (“em

53 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2015, p.167.

54 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2015, p. 456.

55 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica.

56 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

57 Loi relative aux droits du patient, du 22 août 2002.

caso de morte ou em situação que impeça o utente de declaração de vontade”) se poderá colocar a hipótese de alguns membros da família serem titulares de um verdadeiro direito à informação. Só que não pode esta norma legitimar as violações indevidas do sigilo médico, pois o doente tem direito à sua privacidade mesmo perante a sua família.

Claramente neste sentido, na doutrina penal, Costa Andrade⁵⁸ afirma: também o médico não pode, contra a vontade do seu paciente, comunicar aos familiares deste que ele sofre de uma doença particularmente grave, para que tentem convencê-lo a aceitar os tratamentos que poderiam salvá-lo. A família, porém, ocupa um lugar de grande importância na prestação de cuidados de saúde. É sobre ela que, muitas vezes, recai o encargo de tratar o doente – o que aliás tem relevância jurídica⁵⁹ – pelo que pode ser positivo que a família esteja informada sobre determinados aspectos da doença e do processo terapêutico em curso⁶⁰.

Como se referiu acima, o papel da família consiste ainda em ajudar a apurar a vontade hipotética do doente por força do art.º 8.º do D.L. n.º 111/99/M, de 13 de Dezembro.

8.1. “Direitos” do cônjuge⁶¹

A lei (art.º 6.º n.º 1 al. 1) da Lei n.º 5/2016) prevê expressamente que o cônjuge tem *direito à informação* em casos especiais previstas na lei, aliás, quanto ao “*direito*” de *consentir*, a lei de Macau não estabelece qualquer regime especial.

De acordo com alguma doutrina espanhola, quando o cônjuge está incapaz de facto, *o outro pode consentir*, pois, embora não seja o seu representante, em caso de doença ou lesão que requeira intervenção urgente, o outro deverá prestar *auxílio* ao qual os dois consortes estão mutuamente vinculados (art.º 68.º do Código Civil espanhol).

Embora não concorde com a solução de que o cônjuge goza do direito de consentir, parece-me que não deve ser indiferente ao facto de que o médico não ouça, nem leve em consideração a opinião do cônjuge do incapaz. Isto porque no nosso direito os cônjuges estão legalmente obrigados ao dever de respeito (art.º

58 COSTA ANDRADE, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, art.º 195.º § 40, p. 798.

59 Cfr. art.ºs 1672.º e 1674.º, n.º 1: “O dever de cooperação importa para os cônjuges o dever de socorro e auxílio mútuos...”; e o art.º 1874.º n.º 1: “Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”.

60 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 208.

61 Não são direitos propriamente ditos.

1533.º do CC) e ao dever de socorro e auxílio (art.º 1535.º do CC)⁶². Do *dever de respeito* podemos inferir não só uma obrigação de não desrespeitar o cônjuge mas também um dever de *positivamente o fazer respeitar* perante as agressões de terceiro. A omissão do cônjuge perante ofensas (graves ou continuadas) à pessoa do outro cônjuge constituirá, sem dúvida, uma violação dos deveres matrimoniais. Quanto ao *dever de socorro, auxílio e a assistência* considero que pode configurar também, como face inversa da mesma medalha, o *direito de socorrer*, de *auxiliar* e de *assistir* o outro. Deste modo, a interferência de um terceiro que vise impedir o exercício deste direito poderá constituir um acto ilícito para efeitos de legítima defesa e pode inclusivamente acarretar responsabilidade civil.⁶³ Assim, parece ser defensável a existência de ilicitude quando um terceiro perturba ou impede o cumprimento dos deveres matrimoniais por parte de um cônjuge. Mas, e se o médico ignorar ou actuar em desconformidade com as indicações do cônjuge do paciente? Na opinião de André Gonçalo Dias Pereira⁶⁴, haverá ilicitude, não por violação de um direito de representação (que, de todo, não existe), mas por violação de um *direito a ser ouvido* ou o direito a fazer respeitar, socorrer e auxiliar o seu cônjuge.

Como afirmam Luna, Pérez-Cárceles e Osuna, a razão de ser de informar os familiares não se baseia num direito sobre a pessoa do paciente, mas antes na relação de laços afectivos e no dever-direito de cooperação que se estabelece em função do grau de parentesco (dever de mútua protecção, dever de cuidado, dever de assistência e as obrigações derivadas do poder paternal face aos menores de idade, bem como os deveres de tutoria dos incapazes adultos). Em qualquer caso, quando for necessário transmitir a informação aos familiares do paciente e, inclusivamente, obter o seu consentimento para a intervenção médica, deverá efectuar-se aos mais próximos e não de forma indiscriminada a todas as pessoas que tenham a condição de familiares ou parentes. Guilherme de Oliveira – muito embora perante outro contexto jurídico, onde claramente há um dever-direito de representação (a representação legal dos menores) – frisa que se deve respeitar o mais possível o poder paternal. Defende, inclusivamente, que se o médico não pedir

62 Discute-se, na doutrina, se os direitos familiares de natureza pessoal, máxime dos direitos conjugais, gozam de eficácia *erga omnes*. Alguns autores entendem que os direitos familiares pessoais são direitos relativos mas, por vezes, os estados familiares gozam de protecção absoluta, como nos casos dos art.ºs 495.º, n.º 3, e 496.º, n.º 2. Estes artigos parecem excluir o carácter absoluto dos direitos familiares: vinculam pessoas certas e determinadas, não projectando os seus efeitos em relação a terceiros. Outros autores defendem uma posição diferente.

63 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 234.

64 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 235.

o consentimento aos pais para realizar o tratamento a um menor, *deve responder civilmente por desrespeito pelo poder paternal do representante*⁶⁵.

Salvo o devido respeito ao direito espanhol, que consagra o direito de representar o incapaz pelos familiares, e com referência à doutrina portuguesa, no nosso Direito, entendo que os familiares, especialmente os cônjuges, devem ser ouvidos, nomeadamente no caso do “procurador de saúde”, e a sua opinião sobre a vontade hipotética do paciente deve ser tida em consideração, em ordem à realização de um juízo de *consentimento presumido* do paciente por médico na situação de urgência.

8.2. “Direitos” do unido de facto

Igualmente, nos termos do art.º 6.º, n.º 1, al. 3), da Lei n.º 5/2016, em casos previstos na lei, o *unido de facto* tem legitimidade de aceder às informações. Mas quanto ao “*direito*” de *consentir*, o legislador não prescreveu qualquer regime especial. Todavia, no caso de união de facto, a doutrina entende que há a produção de *alguns* efeitos pessoais, que embora distantes dos que se verificam na relação matrimonial, podem ser valorados, em conjunto, no sentido de se poder afirmar que o(a) companheiro(a) é uma pessoa com uma *relação pessoal especial* que justifica um respeito e uma protecção próxima da que é conferida ao cônjuge. Assim, v.g., no caso de reprodução medicamente assistida, deve-se exigir o consentimento do companheiro; no caso de o paciente estar em estado de incapacidade para consentir, por senilidade, demência, anomalia psíquica ou intoxicação, o médico deverá tomar em consideração, em ordem a fazer um juízo de consentimento presumido, as informações que o unido de facto lhe transmita⁶⁶. Nota-se que a doutrina geralmente exige a intervenção da *família* do paciente. No entanto, esse critério poderá ser difícil de ser aplicado na prática, porque não se sabe quem são os membros da família e quais deles devem ser informados. Ou mesmo se se soubesse quem são os familiares, talvez não seja possível ou exequível entrar em contacto com eles em tempo útil.

9. Revogação do consentimento

Nos termos do art.º 5.º, n.º 4, do D.L. n.º 111/99/M, *a pessoa em causa pode revogar livremente o seu consentimento até à execução do acto*. O consentimento

65 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 235.

66 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004, p. 210.

do paciente é revogável sem estar sujeito a nenhuma formalidade. É importante que o paciente esteja ciente dessa possibilidade de revogação, a fim de evitar qualquer pressão psicológica que possa desencadear uma irrevogabilidade da decisão que ele tomou.

A norma dispõe que “*até à execução do acto*”, neste sentido, a liberdade de consentir implica que o consentimento possa ser retirado a qualquer momento antes da execução e que a decisão da pessoa em questão deve ser respeitada uma vez que tenha sido totalmente informado sobre as suas consequências. No entanto, esse princípio não significa, por exemplo, que a retirada do consentimento do paciente durante uma intervenção seja sempre respeitada. As regras de conduta e as obrigações profissionais podem exigir que o médico continue a operação para evitar que a saúde do paciente seja gravemente prejudicada.

10. Direito comparado

No Interior da China, a legislação sobre o regime de consentimento informado abrange principalmente a «Lei sobre a Prática Médica da RPC» (“*中華人民共和國執業醫師法*”), o «Regulamento de Administração sobre Instituições Médicas» (“*醫療機構管理條例*”), as «Regras Concernentes a Acidentes Médicos» (“*醫療事故處理條例*”) e as «Normas de Implementação do Regulamento de Administração de Instituições Médicas» (“*醫療機構管理條例實施細則*”), etc.. Em geral, embora a legislação médica tenha estabelecido o regime do consentimento informado, as normas são demasiadamente simples e insuficientes na prática. Vamos ver a seguir alguns aspectos relevantes.

Ora, nos termos do art.º 24.º da «Lei sobre a Prática Médica da RPC», que entrou em vigor 27 de Agosto de 2009, *em casos de urgência, os médicos devem prestar os tratamentos urgentes e não se devem recusar a fazê-los*. E nos termos do art.º 26.º da mesma Lei, *os médicos devem informar os pacientes ou os seus familiares acerca das verdadeiras condições de saúde dos pacientes. No entanto, devem ter cuidado para evitar impacto adverso aos pacientes com essa informação*.

E ao abrigo do art.º 33.º do «Regulamento de Administração sobre Instituições Médicas», que entrou em vigor em 1 de Setembro de 1994, *antes de qualquer intervenção, exame especial ou tratamento especial, a instituição médica deve obter o consentimento do paciente e ainda dos membros do seu agregado familiar, bem como a assinatura destes; quando o consentimento do paciente não pode ser obtido, a instituição médica deve obter o consentimento dos membros do seu agregado familiar, bem como a assinatura destes; quando o consentimento do paciente não pode ser obtido e os membros do seu agregado familiar não estiverem presentes, ou em outras circunstâncias especiais, o médico*

principal pode oferecer um plano de tratamento médico e implementá-lo logo depois de obter a aprovação do responsável da instituição médica ou da pessoa responsável delegada.

Esta norma era considerada como uma medida da autoproteção do hospital em face a inúmeros litígios médicos, com o objectivo de conseguir uma defesa no caso de uma acção ser intentada. Se o próprio paciente ou os seus familiares não assinarem, eles podem efectivar a responsabilidade ao hospital, mas se assinarem, não têm fundamento tão forte para imputar a responsabilidade ao hospital. Mas, este regime de assinatura dos familiares próximos do paciente merece alguma reflexão crítica, por um lado, a mera assinatura de um documento escrito em si não basta para afastar qualquer problema de responsabilidade dos médicos e dos hospitais por violação do direito ao consentimento esclarecido, embora aligeire a obrigação de esclarecer para o consentimento; por outro lado, a necessidade de assinatura dos familiares próximos do doente prejudica gravemente o direito à autodeterminação ou à liberdade de decisão do doente nos cuidados de saúde.

Felizmente, no ano de 2009, a «Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual» (“*侵權責任法*”) entrou em vigor, melhorando essa prática irracional. À luz do art.º 55.º, n.º 1, da mesma Lei, *para fazer o diagnóstico e a terapêutica, o médico deve explicar o estado da doença e as medidas médicas relevantes ao seu paciente. Se qualquer operação, exame especial ou tratamento especial for necessário, o médico deve explicar oportunamente os riscos médicos, planos de tratamento alternativo e outras informações e obter o consentimento escrito do paciente; ou, quando não for apropriado explicar as informações ao paciente, deve explicar aos parentes próximos do paciente e obter o consentimento escrito destes.*

E segundo o art.º 56.º da mesma Lei, *quando a opinião do paciente ou dos seus parentes próximos não puder ser obtida no caso de urgência, incluindo o caso de resgate de um paciente em situação crítica, com a aprovação da pessoa responsável da instituição médica ou de uma pessoa responsável delegada, o médico pode tomar imediatamente as medidas médicas respectivas.*

De acordo com esta Lei, em circunstâncias normais, a intervenção pode ser realizada apenas com o consentimento do paciente; se o paciente estiver incomunicável, como no estado de inconsciência, é necessário ouvir os parentes próximos do paciente. Esse regime é mais razoável do que o do art.º 33.º do Regulamento de Administração sobre Instituições Médicas. Todavia, à primeira vista, há um conflito de normas jurídicas neste caso, então qual é a lei aplicável?

Em princípio, há três critérios para a solução de conflitos das normas:

- Hierarquia de norma: a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a lei inferior (*lex superior derogat legi inferiori*);
- Cronologia: a lei nova prevalece sobre a lei antiga (*lex posterior derogat*

legi priori);

– Especialidade: a lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Estão em causa a «Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual», aprovada pelo Comité Permanente do Congresso Nacional Popular em 26 de Dezembro de 2009 (adiante designado por «Lei») e o «Regulamento de Administração sobre Instituições Médicas», aprovado pelo Conselho de Estado em 26 de Fevereiro de 1994 (adiante designado por «Regulamento»).

Com aplicação dos três critérios supracitados, concretamente, segundo o critério “a lei nova prevalece sobre a lei antiga”, evidentemente, a «Lei» prevalece sobre o «Regulamento». E segundo o critério “a lei especial prevalece sobre a lei geral”, o «Regulamento» prevalece sobre a «Lei». E segundo o critério “a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a lei inferior”, a «Lei» prevalece sobre o «Regulamento».

Então, em conformidade com os critérios diferentes, chegamos a conclusões diferentes. Resta saber, qual é a conclusão aplicável ao nosso caso? A seguir, vamos resolver este problema.

Na «Lei de Legislação» (“立法法”), existe uma norma em que se regula esta matéria, segundo a qual:

Artigo 92.º *Para as leis, regulamentos administrativos, regulamentos locais, normas autónomas e disposições avulsas elaboradas pelo mesmo órgão, aplicam-se as normas especiais em caso de conflito entre as normas especiais e gerais; aplicam-se as normas novas em caso de conflito entre as normas novas e antigas.*

Daí, podemos deduzir que o critério “a lei especial prevalece sobre a lei geral” só se aplica desde que as normas em conflito sejam emanadas *do mesmo órgão*, ou seja, não se aplica quando as regras são hierarquicamente distintas. Assim, pode-se resumir o seguinte:

– Quando as normas em conflito têm a hierarquia distinta (não emanadas do mesmo órgão), aplica-se primeiramente o critério “a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a lei inferior”;

– Quando as normas em conflito têm a mesma hierarquia (emanadas do mesmo órgão), aplica-se o critério “a lei especial prevalece sobre a lei geral.”

Sendo assim, neste caso, segue-se *primeiro* “a lei hierarquicamente superior prevalece sobre a lei inferior”. Então, resumindo e concluindo, a «Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual», prevalece sobre o «Regulamento de Administração sobre Instituições Médicas» (“醫療機構管理條例”).

Apesar disso, o art.º 56.º da «Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual» também é não isento de uma série de críticas, isto é, quando um médico salva um paciente que está em estado crítico, é obrigado ou não a obter a assinatura dos

familiares do paciente? Se os familiares do paciente têm opiniões diferentes ou se recusam a manifestar as suas opiniões? Em caso de litígio médico, como é que a responsabilidade deve ser distribuída entre o hospital e a parte do paciente? Na prática, não é isento de críticas e dificuldades.

Perante esta série de dificuldades na prática, o Supremo Tribunal Popular da RPC promulgou a «Interpretação do Supremo Tribunal Popular sobre Várias Questões Relativas à Aplicação da Lei no Julgamento de Casos de Litígios sobre Responsabilidade Civil» (“最高人民法院關於審理醫療損害責任糾紛案件適用法律若干問題的解釋”), que entrou em vigor em 14 de Dezembro de 2017. Esta «Interpretação» faz interpretação extensiva do art.º 56.º da «Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual» no seu art.º 18.º e determina, de forma não taxativa, cinco circunstâncias de “impossibilidade de obter opiniões dos familiares do paciente” no n.º 1, *quando a opinião do paciente não puder ser obtida em caso de urgência, como no caso de resgatar quem está perante, e muito perto, da morte, as seguintes circunstâncias podem ser reconhecidas como circunstâncias em que a opinião dos parentes próximos do paciente não pode ser obtida conforme prescrito no art.º 56.º da «Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual»: 1) os parentes próximos são desconhecidos; 2) os parentes próximos não podem ser contactados prontamente; 3) os parentes próximos se recusam a expressar opiniões; 4) os parentes próximos não conseguem chegar ao consenso; 5) outras situações previstas na lei.*

Com base na argumentação repetida, a «Interpretação Judicial» fez provisões detalhadas no salvamento do paciente, no intuito de incentivar o resgate activo do paciente em caso de urgência. À luz do art.º 18.º, n.º 2, da «Interpretação Judicial», *nas circunstâncias previstas no n.º 1, quando o médico tomar imediatamente medidas médicas respectivas com a autorização da pessoa responsável pela instituição médica ou da pessoa responsável delegada, o pedido do paciente de efectivar a responsabilidade da instituição médica não é sustentado; quando a instituição médica e os médicos estiverem frouxos na tomada das medidas médicas respectivas e causarem qualquer dano, o pedido do paciente de efectivar a responsabilidade da instituição é sustentado.* Isso não apenas ajudará a orientar as operações práticas, mas também protegerá melhor os direitos à vida e à saúde do paciente.

No entanto, as circunstâncias supracitadas não englobam os casos em que “os parentes próximos são conhecidos (al. 1)), podem ser contactados prontamente (al. 2)) e expressam opinião mas se recusam a aceitar a medida de reanimação (al. 3)), e não se verifica as circunstâncias previstas nas al.s 4) e 5)”, o que faz com que a tragédia de nosso caso se repita.

Por fim, é de apontar que o sistema jurídico do Interior da China fornece uma lista de parentes próximos que podem receber informações e decidir pelo

paciente no caso de urgência (cônjuge, pais, filhos, irmãos, avós maternos e paternos, netos maternos e paternos) (cfr. o art.º 12.º dos «Pareceres do Supremo Tribunal Popular sobre Várias Questões relativas à Aplicação das «Regras Gerais do Direito Civil» da República Popular da China» (“最高人民法院關於貫徹執行《中華人民共和國民法通則》若干問題的意見”)), no entanto, isto não significa que essas pessoas possam impor as suas próprias vontades, na verdade, eles deveriam exprimir a vontade do paciente previamente competente.

11. Conclusão

O crescimento da responsabilidade médica nas últimas décadas tem conduzido a uma reacção defensiva ou *receosa*⁶⁷ por parte dos médicos. Estes profissionais pretendem evitar o risco de ser alvo de uma acção judicial, com todos os inconvenientes pessoais, sociais e profissionais que isso acarreta, mesmo que, no final, venham a ser absolvidos⁶⁸.

Os médicos optam por não fazer nada para além do estipulado na lei, seguindo rigorosamente a lei, a fim de evitar as acções de responsabilidade por má prática ou com o fim de conseguir uma defesa no caso de uma acção ser intentada. Assim, as respostas são tomadas principalmente para evitar a responsabilidade, em vez de beneficiar o paciente⁶⁹. Esta realidade é considerada como um dos efeitos menos desejáveis para aumentar os litígios médicos, pois pode expor os pacientes a riscos desnecessários.

Os litígios conduzem à *medicina defensiva*, à não aprendizagem com o erro, à perda de empatia dos médicos com os seus doentes e a uma crise crescente na relação médico-doente. É justamente esta medicina defensiva que contribui para muitas tragédias, incluindo o nosso caso em questão.

O direito ao consentimento livre e esclarecido está consagrado no Direito de Macau. Os direitos de personalidade relativos ao consentimento informado serão o *direito à liberdade e autodeterminação* e o *direito à integridade física e psíquica* (relativo ao direito geral de personalidade dos art.ºs 67.º, 71.º e 483.º n.º 1, 1ª parte, do CC). Serão ressarcíveis os danos daí resultantes quando o acto médico não se funde num consentimento livre e esclarecido. No entanto, são

67 Usamos a sugestiva terminologia de VAZ RODRIGUES, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português* (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente), Coimbra, 2001, p. 32 e 448.

68 ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, 2015, p. 93.

69 MICHELLE MELLO/DAVID STUDDERT, “The Medical Malpractice System: Structure and Performance”, in William SAGE/ROGAN KERSH (EDS.), *Medical Mal-practice and the U.S. Health Care System*, p. 23.

várias e de diferente natureza as exceções ao dever de obter o consentimento (informado). Uma destas situações resulta da própria aplicação da doutrina da autonomia da pessoa, em conjugação com outros princípios como a beneficência, designadamente a urgência prevista no art.º 8.º do D.L. n.º 111/99/M.

O caso de morte da mulher grávida no Interior da China não é um caso excepcional, há muitos litígios médicos semelhantes acerca da matéria do consentimento informado, o que reflecte as deficiências do sistema jurídico médico e tem algumas implicações e advertências para a implementação do sistema jurídico de erros médicos de Macau. Relembrando o processo legislativo do sistema legal de acidente médico, verifica-se que o Texto para a Consulta de Segunda Fase Relativo à «Lei do Acidente Médico» previa no seu art.º 6.º um conjunto de situações de exclusão da responsabilidade. Segundo o qual, *o pessoal médico e as instituições médicas não assumem a responsabilidade nos seguintes casos: 1) Consequência negativa resultante do emprego de técnicas adequadas para salvar a vida em caso de urgência; 2) Incidente médico resultante de anomalia da doença ou das condições físicas particulares do utente durante as actividades médicas; 3) Consequência negativa imprevisível ou inevitável resultante das condições actuais da tecnologia da medicina; 4) Consequência negativa resultante de transfusão não culposa de sangue contaminado. 5) Consequência negativa resultante de casos de força maior.*

Infelizmente este artigo foi eliminado no Texto para a Consulta de Terceira Fase. As razões da eliminação não foram divulgadas, talvez porque no ordenamento jurídico de Macau já existe o regime do estado de necessidade, ou porque este artigo provém das leis do Interior da China e é possível causar conflito com o sistema jurídico de Macau. Na minha opinião, o Código Civil de Macau, como lei geral, regula as relações civis em geral, mas não tem particularidade e especialização suficientes para resolver tais problemas, assim, parece que o Texto para a Consulta de Segunda Fase era mais adequado nas operações judiciais. Por isso, não deixamos de lamentar a eliminação deste artigo na nova Lei n.º 5/2016, ora Regime Jurídico do Erro Médico.

12. Bibliografia

ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra, 2004

CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra

CARLOS ALBERTO SILVA, *O Consentimento Informado e a Responsabilidade Civil do Médico*, in *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, n.º 5, de Maio de 2003, texto acessível em <https://jus.com.br/artigos/3809/>

o-consentimento-informado-e-a-responsabilidade-civil-do-medico

CLÁUDIA RAQUEL SOUSA ABREU, *Os Menores e o Consentimento Informado para o Acto Médico*, texto acessível em https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18772/1/ClaudiaAbreu_tese.pdf

CONSELHO DA EUROPA, *Guia sobre o Processo de Decisão relativo a Tratamentos Médicos em Situações de Fim de Vida*, texto acessível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168039e8c3>

CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico*, in *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, 1996

DIANA SOFIA ARAÚJO COUTINHO, *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Janeiro de 2014.

EUGÊNIO FACCHINI NETO, *Responsabilidade Civil do Médico pela Falha no Dever de Informação, à luz do Princípio da Boa-fé Objectiva*, texto acessível em <http://passthrough.fw-notify.net/static/225265/downloader.html>

ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE, *Consentimento Informado – Relatório Final*, texto acessível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CI.pdf

GUILHERME DE OLIVEIRA, “*Estrutura Jurídica do Acto Médico, Consentimento Informado e Responsabilidade Médica*”, in *Temas de Direito da Medicina*, 2.^a edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2005

JOÃO LOUREIRO, *Metáfora do Vegetal ou Metáfora do Pessoal? – Considerações Jurídicas em Torno do Estado Vegetativo Crónico*, Cadernos de Bioética

LAURA FERREIRA SANTOS, *A Recusa de Tratamentos em Portugal: Questões de Filosofia, Direito, Saúde e Educação*, texto acessível em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/15260/1/Recusa%20de%20tratamento.pdf>

MARGARIDA DE SOUSA MARTINS, *Menores e o Consentimento Informado*, texto acessível em https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_0577_0600.pdf

MICHELLE MELLO/DAVID STUDDERT, “*The Medical Malpractice System: Structure and Performance*”, in *William SAGE/ROGAN KERSH (EDS.), Medical Mal-practice and the U.S. Health Care System*

ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Centelha, 1981, p. 90

OLGA MARIA DE OLIVEIRA ALMEIDA, *O Consentimento Informado na Prática do Cuidar em Enfermagem*, texto acessível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/22448/4/O%20Consentimento%20Informado%20>

na%20Prtica%20do%20Cuidar%20em%20Enfermagem.pdf

PAULO JORGE FERREIRA ROSA, *A Responsabilidade Civil Médica por Violação do “Consentimento Informado” em Portugal – “Estado da Arte”*, texto acessível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/23852/1/paper%20consent%20info2.pdf>

VERA LÚCIA RAPOSO, *Do Ato Médico ao problema jurídico*, 1.ª edição, Coleção VDA, Almedina, 2013.

VERA LÚCIA RAPOSO, *Directivas Antecipadas de Vontade: em Busca da Lei Perdida*, in *Revista do Ministério Público*, de Janeiro - Março de 2011

3ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM – Parecer n.º 3/V/2016

Acórdão do TSI n.º 218/2011, texto acessível em <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/welcome>

Acórdão do TSI n.º 599/2008, texto acessível em <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/welcome>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2014, texto acessível em <http://www.dgsi.pt>

<http://news.sina.com.cn/s/2007-11-23/094914371901.shtml>

<http://www.infzm.com/content/27790>

<http://society.people.com.cn/GB/9689239.html>

VÁRIA

NOTAS DE DIREITO COMPARADO SOBRE O REGIME DA PARTICIPAÇÃO NOS ADQUIRIDOS*

Jessica Leão

*Jurista da Direcção dos Serviços de Turismo, RAEM***

Resumo: No contexto da reforma do direito civil, em que se estuda a revisão do regime de bens, procede-se à apresentação da informação recolhida sobre o regime da participação nos adquiridos em ordenamentos jurídicos com proximidade com o direito vigente em Macau, em que este tipo de regime ou regimes próximos vigoram, numa perspectiva comparada, com mais algum desenvolvimento para o direito francês e o direito espanhol, e ainda no direito holandês e no direito sueco. Procuram-se apresentar os aspectos característicos dos regimes referidos.

Palavras-chave: Casamento; regime de bens; comunhão; separação, participação; património; doações, dívidas; dissolução; crédito na participação.

* Tendo tido conhecimento deste estudo, sobre um regime de bens que veio a ser tipificado e também eleito como o regime de bens supletivo no Código Civil de Macau de 1999 incentivámos a sua Autora à sua revisão para publicação, logo que possível, em momento oportuno. Não se tendo verificado antes, chegado é o momento, quando se dá a publicação de outros estudos em matéria de Direito da Família. Mesmo se à distância da sua preparação inicial, e mesmo sem revisão para este efeito e a inclusão de referências bibliográficas, quando se começou a analisar criticamente o regime de bens da participação, e já passam vinte anos da sua vigência, a sua publicação continua a ser justificada pela utilidade do conhecimento das fontes em que se baseou a tomada de decisão da sua tipificação e da sua eleição como novo regime de bens supletivo, dada a escassa documentação sobre as fontes de inspiração do legislador de Macau sobre as matéria objecto de intervenção na reforma do Direito Civil de Macau, que têm no Código Civil o seu expoente maior.

** À data Jurista do Gabinete dos Assuntos Legislativos do Governo de Macau, tendo este estudo sido elaborado para ser apresentado para apoio aos trabalhos do Coordenador do Projecto do Código Civil de Macau, Dr. Luís Miguel Urbano, em 1998. Veja-se a menção da colaboração da Autora feita pelo Coordenador do Projecto na *Breve Nota Justificativa*, inserida no *Código Civil, Versão Portuguesa, Imprensa Oficial, 1999*.

Introdução

Neste estudo breve, quando se estuda a revisão do regime de bens, no contexto da reforma do direito civil, aqui designada como localização do direito civil, incluindo a sua adaptação à realidade social, procede-se à apresentação da informação recolhida sobre o regime da participação nos adquiridos em ordenamentos jurídicos com proximidade com o direito português vigente, em que este tipo de regime ou regimes próximos vigoram, numa perspectiva comparada, com mais algum desenvolvimento para o direito francês e para o direito espanhol, e ainda, de forma mais breve, para o direito holandês e o direito sueco. Procuram-se apresentar os aspectos característicos dos regimes referidos, como regimes mistos, designadamente de separação e de comunhão.

O regime da participação de adquiridos não se encontra previsto no ordenamento jurídico português nem no ordenamento jurídico de Macau, mas foi estudado entre os regimes a considerar já nos trabalhos preparatórios do Código Civil Português, entretanto aprovado e em vigor em Macau desde 1 de Janeiro de 1968. Também neste contexto suscita interesse especial em Macau como um regime a considerar.

I. Direito Francês

O regime caracteriza-se pelo jogo sucessivo de regras da separação que se aplicam na vigência do regime (em que os activos e passivos permanecem separados e estão submetidos a um regime de gestão autónoma por parte de cada um dos cônjuges) e de regras de participação de inspiração comunitária que intervêm apenas no momento da dissolução deste (participação no valor do enriquecimento dos cônjuges, o que permite tornear um dos maiores inconvenientes da separação de bens que é de proteger o cônjuge que não exerce uma actividade profissional ou que realizou menores investimentos).

Concretamente, faz-se uma comparação entre o património originário e final de cada um dos cônjuges. A diferença representa o enriquecimento que se verificou durante a vigência do regime. Se da comparação dos respectivos enriquecimentos resultar que um enriqueceu mais que o outro, este último fica com um crédito sobre a metade do excedente do enriquecimento do seu cônjuge.

A originalidade do regime está pois na sucessão das duas fases, primeiro separatista e depois “comunitária”. Mas porque a final se verifica esta componente comunitária têm necessariamente de haver certas interferências sobre o funcionamento do regime. A necessidade de preservar o direito à participação obriga a consagrar algumas restrições à autonomia dos cônjuges durante a vigência

do regime.

Em França, o regime foi introduzido pela lei de 13 de Julho de 1965 e algumas das suas imperfeições foram corrigidas pela lei de 23 de Dezembro de 1985.

A título subsidiário, ou por analogia, aplicam-se as normas do regime de comunhão.

1.1. Caracterização e funcionamento do regime

O regime funciona como o da separação de bens (artigo 1569.º). Não há bens comuns, existem apenas os bens próprios de cada um dos cônjuges. A prova da propriedade dos bens faz-se da mesma forma que no regime da separação. Cada um dos cônjuges tem a administração, o gozo e o poder de livremente dispor dos seus bens pessoais, em distinção entre os que tinha à data do casamento e os que advieram posteriormente por sucessão, liberalidade ou a título oneroso.

Os cônjuges têm plena autonomia. O facto dos bens serem “adquiridos” não traz qualquer restrição aos poderes de cada cônjuge nem implica uma cogestão. A distinção entre os bens “adquiridos” e os outros bens só interessa para o cálculo do valor do enriquecimento de cada cônjuge, que se fará no momento da dissolução.

O passivo dos cônjuges está igualmente separado, reserva feita às dívidas solidárias (de natureza legal – artigo 220.º – ou de natureza convencional).

Ambos os cônjuges devem contribuir para as despesas da família (“charges du mariage”).

A autonomia dos cônjuges na gestão do seu património pode ser limitada pelas disposições do artigo 215/3 (é necessário o consentimento de ambos no que toca aos direitos relacionados com a casa de morada da família).

1.2. Especificidades

A existência futura e eventual de um crédito na participação nos adquiridos significa que, mesmo durante a vigência do regime, a evolução patrimonial de cada um deles não seja indiferente ao outro e que certas operações constituem um perigo que podem vir a prejudicar o outro.

Durante a vigência do regime cada um dos esposos tem um crédito eventual sobre os adquiridos do outro. Por isso a lei protege esse crédito eventual contra as fraudes que um dos cônjuges possa cometer para prejudicar a constituição de adquiridos ou diminuir a sua importância. Fá-lo através duma dupla protecção. São regras que só se aplicam no momento da dissolução mas que têm uma incidência restritiva nos poderes de alienação dos cônjuges:

1. A má gestão pode ser sancionada com uma liquidação antecipada do

crédito na participação nos adquiridos que se traduz na dissolução do regime;

2. Os bens doados entre vivos e os bens alienados fraudulentamente por um dos cônjuges são ficticiamente reunidos ao património final para efeitos do cálculo do património em participação, de modo a não permitir que esse crédito resulte diminuído pela prática desses actos, excepto, no primeiro caso, se o cônjuge tiver consentido na doação (artigo 1573.º). Mais, o crédito em participação pode ser satisfeito com esses bens através da impugnação pauliana se os bens disponíveis do cônjuge devedor não forem suficientes (artigo 1577.º).

Na redacção originária do regime estes bens doados ou alienados fraudulentamente eram quaisquer bens do cônjuge, sem distinção. Daqui resultavam várias anomalias que a lei de 23 de Dezembro de 1985 veio corrigir: o cônjuge prejudicado só pode tomar essas medidas se os bens doados ou alienados com fraude forem adquiridos.

Donde os actos assim praticados não são nulos. A autonomia é respeitada. Mas nas relações entre os cônjuges, e para se poder calcular o crédito em participação, esses actos são inoponíveis ao cônjuge. Daqui resulta que se um dos cônjuges quiser fazer uma doação dum bem adquirido tem todo o interesse em obter o consentimento do seu cônjuge para evitar que o valor do bem doado venha a integrar o património em participação. O mesmo para as alienações a título oneroso para evitar que o outro cônjuge venha invocar a fraude.

Os terceiros também têm todo o interesse em obter o consentimento do cônjuge do doador ou alienante.

Indirectamente, a liberdade de dispor está, nesta medida, restringida.

A ideia da comunhão não está pois alienada do funcionamento deste regime, impõem-se aos cônjuges precauções que limitam efectivamente a sua liberdade de gestão.

1.3. Dissolução do regime

O regime dissolve-se da mesma forma que os outros regimes matrimoniais: por morte de um dos cônjuges, ausência declarada, divórcio ou separação judicial de pessoas ou por alteração do regime matrimonial. O artigo 1569.º esclarece que em caso de morte de um dos cônjuges os seus herdeiros têm os mesmos direitos que caberiam a este. Por analogia com as causas de dissolução da comunhão, enumeradas no artigo 1441.º, o equivalente à separação de bens é, no regime da comunhão nos adquiridos, a liquidação antecipada do crédito em participação.

1.4. Liquidação antecipada do crédito em participação

A plena autonomia dos cônjuges durante a vigência do regime tem como consequência que aquele que adquire bens pode, pelas mais diversas formas, pôr em causa as expectativas de participação do outro. A impugnação das doações entre vivos feitas sem o consentimento ou das alienações com intuito fraudulento pode não ser salvaguarda suficiente, sobretudo por razões de prova. É por isso que o legislador previu a possibilidade de provocar a liquidação antecipada do crédito em participação e a substituição do regime pela separação de bens pura e simples. Esta medida é uma transposição perfeita do que se passa no regime de comunhão com a separação de bens (artigos 1443.º e 1580.º). Aliás, o artigo 1580.º manda expressamente aplicar as regras da separação de bens (direito de intervenção de credores, execução da decisão, efeitos da decisão, etc.).

1.5. Momento a partir do qual produz efeitos a dissolução do regime

Os efeitos da dissolução do regime da participação podem produzir-se em datas diversas, dependendo das circunstâncias. Assim:

- em caso de morte ou ausência a dissolução produz efeitos *erga omnes* a partir da data da morte ou da decisão judicial;
- em caso de divórcio, separação judicial de pessoas ou liquidação antecipada o regime considera-se dissolvido a partir da data da propositura da acção.

De sublinhar que nenhum texto comparável ao artigo 1442.º, n.º 2, permite fazer retroagir a dissolução e, conseqüentemente, o momento a considerar para o cálculo do património em participação, à data da separação efectiva dos cônjuges (como prevê o artigo 1442.º, n.º 2 para a dissolução da comunhão). As tentativas de extensão através de uma interpretação pouco rigorosa de outras disposições parecem votadas ao insucesso.

No entanto, as disposições específicas do divórcio e da separação de pessoas (artigo 262.º, n.º 1 alínea 2) similares em substância às do artigo 1442.º, n.º 2, de carácter mais geral, são sem dúvida aplicáveis aos cônjuges submetidos ao regime da participação nos adquiridos. A diferença, portanto, esbate-se. A retroactividade à data da separação efectiva é, com efeito, muito raramente utilizada nos outros casos de dissolução do regime. Os cônjuges estão igualmente protegidos pela regra do artigo 1573.º, relativa às doações e alienações fraudulentas. E por fim, a disposição correctiva geral prevista pelo artigo 1579.º, em caso de “resultado manifestamente contrário à equidade”, pode ser aplicada em última análise.

1.6. Determinação do crédito em participação

É no momento da dissolução que se vão aplicar as regras de inspiração comunitária que distinguem este regime da separação pura e simples. Nesse momento cada um dos cônjuges tem um crédito sobre os adquiridos do outro. Há que procurar constituir o conteúdo desse crédito e liquidá-lo.

O crédito em participação existe quando o património dum dos cônjuges aumentou com bens adquiridos durante a vigência do regime. O crédito é igual a metade do aumento verificado no património desse cônjuge e determina-se por comparação entre o seu património originário e final. Se ambos tiverem enriquecido há lugar a uma compensação. Assim, se enriqueceram em montantes iguais o crédito em participação não existe. Pode-se por isso dizer que o crédito em participação é igual a metade da diferença entre os enriquecimentos respectivos de cada cônjuge.

Concretamente as operações desdobram-se em três etapas: determinação do património originário de cada cônjuge; determinação do património final de cada cônjuge; cálculo do património em participação.

1.7. Carácter amigável ou judicial

Qualquer que seja a causa da dissolução do regime, a liquidação do crédito em participação, tal como da comunhão ou da separação de bens, pode ser amigável ou judicial (artigo 1578.º).

O artigo 1578.º n.º 4 submete a acção de liquidação do crédito em participação a um prazo de prescrição de três anos a contar da data da dissolução do regime. Em sentido oposto, a partilha nos regimes de comunhão, que é imprescritível, demonstra bem a diferença entre a natureza do crédito em participação do cônjuge e a partilha dos adquiridos dos cônjuges. A complexidade das operações necessárias para determinar o cálculo do crédito em participação justifica que o cônjuge credor ou seus sucessores devam agir dentro do prazo legal; caso contrário, presume-se que não existia crédito em participação ou que a ele renunciaram. Mas nada proíbe umas liquidação amigável depois do decurso desse prazo.

A acção pauliana contra terceiros beneficiários de doações ou alienações fraudulentas de bens adquiridos caduca ao fim de dois anos a contar do fim da liquidação, para que a incerteza da sua situação rapidamente termine.

1.8. Património originário

1.8.1 Bens do património originário

Património originário (artigo 1570.º) compreende todos os bens que

pertenciam aos cônjuges na data da celebração do casamento bem como os que lhes advieram posteriormente por sucessão ou liberalidade e ainda todos os bens que no regime da comunhão legal sejam considerados bens próprios sem dar lugar a compensação. Esta descrição corresponde à dos bens próprios do regime da comunhão de adquiridos.

Para responder a algumas críticas à parte final da formulação do artigo 1570.º, a lei de 23 de Dezembro de 1985 veio especificar a composição do património originário.

Concretamente, o património originário de cada cônjuge compreende.

- os bens de que for proprietário à data da celebração do casamento;
- os bens que recebeu a título gratuito durante a vigência do regime;
- as roupas e outros bens de uso pessoal, as indemnizações por acções contra danos morais ou pessoais e de forma geral todos os bens que tenham carácter pessoal e todos os direitos ligados à pessoa do cônjuge, mesmo quando sejam adquiridos na vigência do regime, a menos que não dêem lugar a recompensa.

São ainda incluídos os bens subrogados no lugar de bens próprios acima descritos, ou seja, trocados ou comprados com dinheiro da venda de bens próprios, desde que, neste último, caso seja feita a prova da origem desse dinheiro. Mas não são necessárias as formalidades legais que se exigem no regime da comunhão. Tirando o caso da subrogação real, é o bem alienado que continua a fazer parte do património originário.

Também há que juntar ao património originário os bens adquiridos a título de acessórios dum elemento desse património.

1.8.2. Exclusão dos frutos

Em contrapartida, excluem-se os frutos dos bens que compõem o património originário. Assim, os frutos, qualquer que seja a data da sua percepção, quer sejam anteriores quer sejam posteriores ao casamento, são considerados como adquiridos. Isto porque os frutos devem ser afectados às necessidades da família. Assim, qualquer que seja a importância dos frutos dos bens de um ou outro cônjuge, quer sejam consumidos, economizados ou investidos, eles beneficiam sempre ambos os cônjuges.

1.8.3. Exclusão dos bens doados

Excluem-se os bens do património originário que um dos cônjuges tenha disposto por doação entre vivos durante o casamento. Trata-se de uma inovação introduzida pela lei de 23 de Dezembro de 1985. O artigo 1573.º mandava reunir ficticiamente ao património final os bens doados entre vivos sem o consentimento do cônjuge ou alienados fraudulentamente. Na redacção de 1965 essa regra

aplicava-se a todos os bens, sem distinção de origem ou natureza. Resultava que o cônjuge proprietário deveria, se quisesse garantir a segurança da posição do donatário e evitar ser penalizado no momento do cálculo do património em participação, obter o consentimento do seu cônjuge. Tratando-se de um bem do seu património originário ele acabava por ter uma liberdade de acção menor que o cônjuge no regime de comunhão quanto aos seus bens próprios. Esse paradoxo carecia de um esclarecimento que veio a ser feito pela lei de 23 de Dezembro de 1985: na nova redacção o artigo 1570.º prescreve que não se devem ter em conta os bens do património originário doados entre vivos. Assim, quanto a esses bens, cada um dos cônjuges dispõe da mesma autonomia total que se reconhece aos cônjuges no regime da comunhão no tocante à disposição de bens próprios. Desaparece assim toda a incidência dessas doações para o cálculo do património em participação: tudo se passa como se eles nunca tivessem existido.

1.8.4. Provas

Cada cônjuge tem um interesse evidente em fazer a prova do conteúdo exacto do seu património originário, a fim de que o crédito em participação do seu cônjuge não seja indevidamente aumentado. O artigo 1570.º formula as regras que seguem parcialmente as que vigoram no regime da comunhão.

O conteúdo do património originário prova-se através duma relação feita na presença do outro cônjuge e assinada por este (artigo 1570.º, n.º 1).

Para essa relação não exige a lei nenhuma forma especial. Pode ser um simples escrito particular, desde que o cônjuge não se oponha, assinando também.

Essa relação deve ser feita antes do casamento para os bens que já existem à data da celebração deste. Para os bens adquiridos por sucessão ou liberalidade a prova pode ser feita pelo título (acto de doação, testamento, partilha) de transmissão ou partilha, rubricado pelo cônjuge. Não há qualquer impedimento a que os cônjuges, a todo o momento, durante a vigência do regime ou mesmo após a sua dissolução, preencham omissões ou completem a relação, desde que o façam de comum acordo.

Na redacção originária do regime (1965), dizia-se que na falta desta relação o património originário presumia-se nulo. Essa solução veio a ser alterada pela lei de 23 de Dezembro de 1985. A alínea 3 do artigo 1570.º diz que na falta dessa relação, ou caso esteja incompleta, a prova do património originário é ainda possível mas tem de ser feita através dos meios do artigo 1402.º.

As mesmas regras se aplicam aos bens sub-rogados.

Se através dos meios disponíveis o cônjuge não conseguir estabelecer o conteúdo do seu património original, este é tido como nulo. Correlativamente, todos os bens de carácter originário ao abrigo do artigo 1570.º não podem ser considerados como comuns.

1.8.5. Avaliação

A determinação do património originário tem como única finalidade o cálculo de um valor que será dedutível ao património final.

A fim de não lesar o cônjuge proprietário é preciso ter em conta o valor actual dos bens, ou seja, o seu valor na data da liquidação do crédito em participação. Inversamente, o estado dos bens deve ser apreciado à data do casamento ou da sua entrada no património do cônjuge, sob pena de se privar o cônjuge do benefício de eventuais extensões, melhoramentos, constitutivos de enriquecimentos que tiveram lugar durante a vigência do regime (artigo 1571.º). A referência ao estado dos bens à data da celebração do casamento ou da aquisição parece mostrar que as melhorias efectuadas pelo cônjuge proprietário depois dessas datas são consideradas adquiridos. Pelo contrário, as mais-valias naturais ou fortuitas devem beneficiar apenas o proprietário.

É preciso, pois, ter em conta as eventuais modificações operadas no conteúdo do património originário. Assim:

- Se os bens do património originário foram alienados antes da liquidação do regime, calculam-se pelo valor à data da alienação;

- Se houve uma subrogação, tem-se em conta o valor dos novos bens. Essa subrogação deve ser provada pelos meios de prova previstos no artigo 1402. No caso de aquisição com dinheiro parcialmente proveniente do património originário há que determinar que parte do valor do novo bem foi adquirido pelo património originário.

O resultado a que conduzem essas regras de avaliação não se impõe ao tribunal. O artigo 1579.º permite que seja afastado se for manifestamente contra a equidade.

1.9. Dedução do passivo

É o valor líquido do património final que se deve deduzir do património final (artigo 1571.º), segunda alínea, que diz que do activo originário são deduzidas as dívidas que já existiam à data da celebração do casamento e as que onerem, caso seja o caso, as sucessões ou liberalidades feitas a um cônjuge.

Contrariamente ao activo, o passivo não é objecto de nenhuma disposição que permita a sua revalorização. Esse esquecimento foi reparado pela lei de 23 de Dezembro de 1985 que completou a disposição em causa acrescentando “reavaliadas, pelas regras do artigo 1469.º, terceira alínea”. Visa-se uma equivalência de resultados na liquidação do crédito em participação. A dívida reavaliada diminui o património originário e aumenta, correlativamente, o saldo dos adquiridos.

Para as demais dívidas que agravem o património originário aplica-se o

direito comum. Se o cônjuge devedor as pagar durante o casamento, por hipótese com fundos adquiridos, a sua dedução do património originário opera uma espécie de reembolso ao património final e credita esse montante no crédito em participação do cônjuge. Se foi este último a fornecer fundos para pagar essas mesmas dívidas, elas aparecem à mesma como dívidas do património originário do devedor e como dívidas do seu património final.

Se o passivo do património exceder o activo, o excedente é reunido ficticiamente ao património final (artigo 1572.º, alínea 2).

Convém sublinhar que cada cônjuge tem um interesse evidente em ver o activo do seu património originário integralmente contabilizado e correctamente avaliado; é o cônjuge do titular do património devedor que tem interesse na dedução do passivo.

Com efeito, quanto menos activo tiver o património originário de um deles, mais o crédito em participação do outro será aumentado.

1.10. Património final

A determinação do crédito em participação requer, simetricamente, para o património final, as mesmas operações que se fizeram para o património originário, pois o crédito em participação é precisamente constituído pela subtracção do valor do primeiro do segundo.

1.10.1 Composição

O património final compreende todos os bens pertencentes aos cônjuges na data em que o regime de bens é dissolvido e compreende, conseqüentemente, os que compõem o património originário (artigo 1572.º). A dupla contabilização destes últimos decorre do modo de calcular o crédito em participação.

Se existirem bens indivisos (porque adquiridos em conjunto ou porque não foi feita a prova da propriedade exclusiva) devem ser contabilizados metade para o património final de cada cônjuge.

Se o casamento se dissolveu por morte de um dos cônjuges, é à data do falecimento que o conteúdo do património final é determinado.

Em caso de dissolução judiciária do regime, por divórcio, separação de pessoas ou liquidação antecipada do crédito em participação, a data é invariavelmente a da propositura da acção, com a reserva de nos dois primeiros casos poderem aplicar-se as disposições do artigo 262.º-1 (data da cessação da coabitação).

O activo do património final compreende não só os bens corpóreos, móveis ou imóveis, de que cada cônjuge é proprietário à data da dissolução do regime, mas também dos bens incorpóreos de todos os tipos.

Aos bens existentes o artigo 1573.º manda reunir ficticiamente certos bens que o cônjuge tenha disposto durante o casamento sem o consentimento do seu cônjuge.

1.10.2. Bens doados entre vivos

Da mesma forma que as disposições por morte não devem ter incidência sobre o cálculo do património em participação, um dos cônjuges não pode unilateralmente arruinar as esperanças do seu cônjuge ao dispor a título gratuito e entre vivos dos bens que formam o seu património.

Na redacção de 1965 essa regra aplicava-se a todos os bens do doador, sem distinção quanto à sua origem. Resultava que o cônjuge tinha menor liberdade de acção quanto aos bens do seu património originário que o cônjuge no regime de comunhão quanto aos seus bens comuns. A lei de 23 de Dezembro de 1985 veio corrigir esta anomalia e limitou a reunião fictícia prescrita pelo artigo 1573.º aos bens adquiridos doados entre vivos.

Essa reunião fictícia só opera se o cônjuge do doador não tiver dado o seu consentimento. Não se trata de uma intervenção necessária para a validade do acto, como se exige para a disposição da casa de morada da família. O poder de disposição do cônjuge devedor não está em causa. O consentimento significa que o cônjuge renuncia a que metade do valor do bem doado venha a integrar o crédito em participação, pois esse valor nem sequer vai entrar para o cálculo do crédito. E consequentemente, o donatário não virá a ser importunado caso o património do doador se venha a verificar insuficiente.

1.10.3. Bens alienados fraudulentamente

O artigo 1573.º manda reunir ficticiamente ao património final, para além dos bens doados, aqueles que o cônjuge alienou fraudulentamente. Presumem-se feitos com fraude ao cônjuge, se ele não consentiu, as alienações com encargo de renda vitalícia ou a fundo perdido. Será assim fraudulenta a venda fictícia ou por preço ínfimo. Alguns autores entendem que esta presunção é inilidível. Nem o texto, nem o contexto tal impõem.

1.10.4. Provas

O cônjuge que tem interesse na determinação exacta do conteúdo do património final não é o seu titular mas o outro. Cada um deles tem interesse em “aumentar” o seu património originário e minimizar o seu património final. Assim se explica a parte final do artigo 1572.º.

Cada um dos cônjuges deve fornecer uma relação do seu património final. Tal como com o património originário, não se exige nenhuma forma em especial. Contudo, a lei exige que no prazo de nove meses, a contar da data da dissolução

do regime, cada cônjuge proceda à elaboração da relação do seu património final, o que não acontece com o património originário.

O facto de ser cada cônjuge ou seus herdeiros encarregue de estabelecer o conteúdo do seu próprio património final explica que sejam de aplicar as sanções previstas para o encobrimento àquele que, com intenção fraudulenta, não apresente a relação ou apresente uma relação incompleta (através do artigo 1578.º, aplicam-se os artigos 792.º e 1477.º relativos ao encobrimento).

1.10.5. Avaliação

O artigo 1574.º, tal como o artigo 1571.º relativamente ao património originário, distingue dois momentos para apreciação do estado dos bens do património final e para determinação do seu valor: os bens existentes são avaliados pelo seu estado à data da dissolução do regime matrimonial e pelo valor na data da liquidação deste.

Se houver que reunir ficticiamente ao património final os bens doados entre vivos ou com fraude dos direitos do cônjuge eles são avaliados pelo seu estado à data da sua alienação e pelo valor que teriam se se tivessem conservado no património do cônjuge alienante até à data da liquidação.

Entre os bens que compõem o património final encontram-se os bens que constituem o património originário (ou os subrogados no lugar destes). O facto de se ter em conta os mesmos bens em duas datas diferentes significa que as melhorias efectuadas no intervalo das duas datas são consideradas adquiridos que aumentam o crédito em participação do cônjuge. Esta solução está de acordo com a lógica do regime. É também lógico que, inversamente, as melhorias ou degradações posteriores à data da dissolução não tenham incidência no cálculo do crédito em participação.

A regra de recurso à equidade prevista no artigo 1579.º pode corrigir a avaliação do património final tal como para o património originário.

1.10.6. Dedução do passivo

Do activo que compõe o património final, acrescido dos valores fictícios que há que reunir, há que deduzir todas as dívidas não satisfeitas, incluindo as quantias que podem ser devidas ao cônjuge – artigo 1574.º, segundo parágrafo.

Na falta de indicação em contrário do texto legal, essa dedução é feita pelo valor nominal das dívidas não satisfeitas. Não poderia ser de outra forma para as dívidas com terceiros. Nas dívidas entre cônjuges parece à primeira vista

surpreendente que a lei de 23 de Dezembro de 1985 não tenha instituído uma reavaliação parecida com a prevista para os créditos entre cônjuges casados no regime da comunhão ou da separação de bens (artigos 1479.º e 1543.º). Mas não se trata de um esquecimento. A técnica da participação nos adquiridos priva uma reavaliação desse tipo do essencial do seu interesse. Se o credor do cônjuge for o outro cônjuge ou um terceiro e a dívida está ligada a uma aquisição, um melhoramento ou um acto de conservação, que, noutras circunstâncias, seria reavaliado, o cônjuge beneficia, graças ao mecanismo da participação nos adquiridos, da mais-valia obtida no património do devedor. Se é ele próprio o credor, o valor nominal desse crédito é tido em conta no seu património final e deduzido do património do devedor. A mais-valia obtida irá aumentar o património final deste último e por essa via a própria vocação do primeiro a um crédito em participação. Assim, se se reavaliasse o crédito no património final do cônjuge credor haveria que reavaliar simetricamente a dívida do cônjuge devedor, dedutível do seu património final. O resultado seria o mesmo: aquilo que o credor perde pela não reavaliação do seu crédito, acaba por recuperar no aumento correlativo dos adquiridos do seu cônjuge.

1.11. Cálculo do crédito em participação

Feitos os cálculos nos termos anteriormente descritos a determinação do crédito em participação requer apenas operações aritméticas simples.

Primeiro há que determinar o enriquecimento de cada cônjuge, ou seja, subtrair ao valor do património final o valor do património originário. O artigo 1575.º expõe os dois resultados possíveis desta operação:

- Se o património final de um dos cônjuges for inferior ao seu património originário, o défice é suportado inteiramente pelo seu cônjuge. Ou seja, o outro cônjuge tem de repartir com o cônjuge deficitário a totalidade do seu próprio enriquecimento.

- Se for superior, o aumento representa os adquiridos que dão lugar à participação.

Uma segunda etapa é feita pela comparação da situação dos dois cônjuges. Duas hipóteses podem novamente apresentar-se (artigo 1575.º, alínea 2):

- Se o saldo é positivo para apenas um dos cônjuges, e o outro não teve qualquer enriquecimento ou teve mesmo um défice, esse saldo constitui a base de cálculo do património em participação do cônjuge, crédito que, salvo cláusula em contrário, é de metade;

- Se há adquiridos por parte de ambos devem efectuar compensações: o cônjuge cujos adquiridos forem menores torna-se credor do seu cônjuge pela metade do excedente da diferença entre os adquiridos de ambos.

1.12. Dívidas entre cônjuges

Ao montante do crédito em participação *stricto sensu* é preciso acrescentar os outros créditos que cada cônjuge possa ter contra o seu cônjuge e, inversamente, deduzir as dívidas (artigo 1575.º, alínea 3). Esses créditos e dívidas entre cônjuges já foram contabilizados, da mesma forma que as relativas a terceiros, para a determinação do montante do património originário e final de cada cônjuge. Falta efectuar a liquidação de umas e outras. As dívidas com terceiros obedecem às regras de direito comum. Quanto às dívidas entre os cônjuges dispõe a supra citada alínea 3 do artigo 1575.º.

Levanta-se uma vez mais a questão da reavaliação das dívidas entre cônjuges. Na maior parte dos casos essa reavaliação é inútil. Mas se o valor, nomeadamente se se tratar de uma dívida proveniente do património originário do cônjuge, estiver desajustado, subsiste sempre o recurso ao correctivo da equidade previsto no artigo 1579.º.

II. Direito Espanhol

2.1. Caracterização

A ideia do regime é permitir a cada um dos cônjuges o direito de participar nos adquiridos pelo outro durante o tempo em que o regime esteve em vigor. Por isso, na vigência do regime este funciona como se vigorasse a separação de bens, mas uma vez extinto o regime há um direito de participação. Esse crédito de participação, que é um crédito pecuniário, precisa de ser determinado no seu montante. Para determinar essa quantia, e para determinar qual dos cônjuges detém a posição de credor e qual a de devedor, é preciso estabelecer os adquiridos que se verificaram nos patrimónios de cada um deles. Essa operação é de certa forma fictícia. Embora o artigo 1417.º determine que os adquiridos de cada património se determina pela diferença entre o património inicial e final, a operação é fictícia porque os bens adquiridos após o início do regime a título gratuito contabilizam-se no património inicial de maneira que não são considerados adquiridos. Por essa via se chega a um resultado parecido com o do regime de comunhão de adquiridos.

2.2. O património inicial

Segundo o artigo 1418.º, para efeitos de liquidação do crédito em participação, o património inicial de cada cônjuge considera-se constituído por

todos os bens e direitos que lhe pertenciam ao começar o regime e por todos os adquiridos a título de herança, doação ou legado.

Do activo assim formado deduz-se o passivo, constituído pelas obrigações que o titular do património tinha no momento em que se iniciou o regime e por “las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o doados”.

O artigo 1420.º estabelece uma regra importante ao dizer que se o passivo for superior ao activo não haverá património inicial, ou seja, que o património inicial apresenta um valor aritmético igual a zero. Esta regra tem sido criticada por alguns autores que consideram que os adquiridos efectivamente não deviam ser calculados senão depois de absorvido este valor negativo. Contudo, esta solução não seria justa pois a filosofia do sistema consiste em distribuir os adquiridos ou benefícios obtidos durante o casamento e os adquiridos conjugais existe mesmo quando um deles tenha utilizado os seus, na totalidade ou parcialmente, para responder às suas próprias perdas.

O artigo 1421.º diz que “Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueran adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado”.

Esta operação exige que os bens sejam avaliados pelo seu estado no momento em que se iniciou o regime. Quer dizer que não se tem em conta os melhoramentos que entretanto se fizeram nem, por outro lado, as deteriorações que tenham sofrido. A sua avaliação faz-se com base no valor que tinham no momento inicial.

O artigo 1421.º manda actualizar esses valores à data em que o regime tenha terminado. Por exemplo, o marido recebeu em 1945 por doação um terreno rústico no qual construiu mais tarde um solar. Para se determinar o património inicial do marido toma-se em conta o valor do bem doado em 1945 (por exemplo 10.000 pesetas) e como operação adicional há que transformar as pesetas de 1945 em pesetas actuais (por exemplo 300.000), valor naturalmente distinto do valor actual da quinta com o solar entretanto construído.

O artigo 1421.º impõe a actualização apenas para os bens que compõem o activo do património inicial. O mesmo critério, contudo, deveria ser aplicado às obrigações que vão ser deduzidas do activo, pois se o activo se actualiza e o passivo não, o saldo do património inicial é também fictício.

A prova da existência dos bens e do seu valor no momento inicial incumbe ao cônjuge que os alegue, que logicamente será o interessado em diminuir os seus adquiridos, ou seja, o titular dos bens. Por isso, se o interessado não chega a demonstrar que havia bens no seu património inicial, o valor desse património

será de zero e a totalidade do seu património final converte-se em adquirido. Essa regra também resulta dos princípios gerais do ónus da prova e é justa se se tiver em conta que o titular do património é quem mais facilmente dispõe dos meios de prova. Do jogo destas normas resulta o facto de que, embora não exista nenhuma presunção de adquiridos, como no regime da comunhão de adquiridos, o resultado prático é semelhante.

A prova do património inicial é fácil se os cônjuges tiverem sido cuidadosos e tiverem feito inventários. Na falta de inventários quaisquer outros meios de prova servem.

2.3. O património final

Prevê-se o seguinte no artigo 1422.º: “El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas”.

O património final é o verdadeiro património do cônjuge no momento em que termina o regime. Engloba a totalidade dos bens que lhe pertencem: os originários que ainda existam e os que haja adquirido após o casamento, qualquer que tenha sido o título dessa aquisição. Também se incluem os bens adquiridos gratuitamente, mas neste caso compensa-se caso já tenham sido incluídos no património inicial.

Os bens que compõem o património final avaliam-se pelo estado e valor que têm no momento em que o regime termina. Logicamente não é preciso proceder a qualquer actualização de valores.

Como os bens do património inicial se avaliam pelo seu estado e valor no início do regime e os do património final pelo seu estado e valor na data em que este termina (atendendo já à actualização pecuniária que se manda fazer ao património inicial), as mais-valias dos bens e os melhoramentos neles feitos são considerados adquiridos e por isso entram para o cálculo do crédito em participação.

De acordo com os artigos 1423.º e 1424.º há que incluir no património final o valor dos bens que o cônjuge dispôs a título gratuito sem o consentimento do seu consorte com excepção das liberalidades de uso. A mesma regra se aplica aos actos realizados por um dos cônjuges com fraude dos direitos do outro.

Fazem sentido estas duas disposições. Se no património final se integrassem apenas os bens efectivamente existentes no momento final, sem levar em conta as alienações gratuitas realizadas, era muito fácil o possível desaparecimento ou destruição dos adquiridos anteriores. A disposição gratuita não pode ser nunca um meio de diminuir a quantia dos adquiridos em que o outro cônjuge tem o direito de participar. Por isso se incluem no património final, como se dele nunca tivessem

saído, os bens gratuitamente alienados.

Estes bens são avaliados pelo estado que tinham à data da sua alienação mas com o valor ideal que teriam se se tivessem conservado dentro do património do cônjuge à data do fim do regime. Esta segunda parte da norma não se destina tanto a medir o valor do adquirido, pois parece mais uma medida sancionatória do doador.

Se o cônjuge tiver consentido na doação esse bem não entra para o património final. O consentimento pode ser simultâneo ao acto de disposição ou posterior e não é requisito de validade do acto mas simples condição para efeitos de computação.

Quanto às dívidas, deduzem-se aquelas que estão por satisfazer, seja o credor um terceiro seja o outro cônjuge. Entre as dívidas deduzíveis incluem-se, por conseguinte, mesmo as que existiam no momento em que iniciou o regime e que ainda não tenham sido satisfeitas.

Como se prevê no artigo 1426.º: *“Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor”*.

2.4. Protecção jurídica do crédito em participação

O crédito em participação goza da protecção geral que o ordenamento concede a todos os créditos. A lei não lhe dá uma preferência especial. Dispõe das medidas conservativas que sejam consequência da subrogação e da acção pauliana (artigo 1111.º). Ainda, o artigo 1433.º proporciona ao credor do crédito em participação duas acções impugnatórias especiais das alienações do devedor caso não existam bens no seu património para efectivar o direito à participação.

Podem impugnar-se as alienações gratuitas feitas sem o consentimento. Nestas nada mais há que provar. Podem impugnar-se as alienações que, sem ser gratuitas, tenham sido feitas com fraude. Neste caso é necessária a prova da fraude. Embora o artigo 1433.º estabeleça estas medidas de protecção ao cônjuge, devem considerar-se generalizadas aos sucessores do cônjuge quer o sejam a título universal quer a título particular.

As acções de impugnação acima mencionadas estão submetidas a um prazo de dois anos, que é um prazo de caducidade e que se conta desde o momento do fim do regime de participação e não desde o momento da exigibilidade do crédito.

A acção não pode ser intentada contra adquirentes a título oneroso e de boa fé. No conflito entre os interesses do credor do crédito em participação e do adquirente de boa fé a título oneroso, que representa os interesses do tráfico jurídico, dá-se preferência a estes últimos.

III. Direito Holandês

3.1. Regime de comunhão diferida

O regime de bens do casamento da Holanda é o da comunhão diferida que se aplica a todos os casamentos excepto aos cônjuges que escolham outro regime.

Ao contrário de outros regimes de comunhão, o sistema holandês abrange não só os bens adquiridos na vigência do casamento mas também os bens anteriores ao casamento e ainda os recebidos através de herança ou doação.

A comunhão só produz efeitos a partir do momento da dissolução do casamento, ou seja, por separação judicial, por divórcio, ou por morte. Durante o casamento o sistema é semelhante à separação de bens na medida que cada cônjuge pode dispor dos bens de que era titular à data da celebração do casamento ou que adquiriu por qualquer forma durante o mesmo. Contudo, por se tratar de comunhão tem relevância indirecta durante o casamento pois os cônjuges não podem abusar do direito de dispor dos bens em detrimento do outro. Quando isso aconteça ou haja receio que venha a acontecer, o outro cônjuge pode pedir a dissolução do regime e procede-se à divisão dos bens.

Os credores de um cônjuge apenas podem actuar contra os bens do cônjuge devedor. Mas podem ambos ser responsabilizados por aquisições feitas para despesas do lar ou para acudir a necessidades dos filhos. Mais, a mulher pode tornar o marido responsável por dívidas por si contraídas para responder a necessidades suas, mas o marido não tem este direito.

Os cônjuges podem optar por outro regime de bens: separação total ou parcial. Essa escolha tem de ser feita num notário público.

Durante o casamento os cônjuges podem celebrar contratos vinculativos entre eles e pode um demandar o outro em acções de responsabilidade extracontratual (*tort*). As doações entre cônjuges exigem formalidades especiais. Excepto se se tratar de prendas usuais, uma doação tem de ser registada para produzir efeitos entre os cônjuges, em relação a terceiros e aos herdeiros do doador. Se uma doação for registada os credores anteriores do cônjuge doador, caso este não tenha bens para responder pela dívida, podem exigir que o cônjuge beneficiário da doação lhes entregue um montante correspondente ao valor do bem doado.

Os cônjuges têm poderes limitados no que concerne à casa de morada da família. Por exemplo, para arrendar, onerar ou vender a casa de morada de família é preciso o consentimento de ambos. A mesma regra se aplica ao recheio da casa de morada da família e aos bens que sejam instrumentos de trabalho de um deles.

3.2. Dissolução do regime por divórcio

Quando os cônjuges se divorciam ou se requer a dissolução do regime,

há que proceder à divisão dos bens. Na situação económica actual constitui um problema o facto de nos casos em que o passivo excede o activo não se poder responsabilizar o outro cônjuge. A divisão dos bens faz-se normalmente por acordo entre as partes mas qualquer um deles pode recorrer a tribunal. Apenas 1% dos casos acaba em tribunal, em parte devido aos custos que isso acarreta.

Os bens a dividir incluem, por exemplo, dinheiro, a casa de morada da família – se for propriedade de um deles (o que é comum na Holanda) –, investimentos, etc. Certos bens pessoais (roupas e jóias) e certos direitos (p. ex. de autor) não são incluídos.

Nos casos em que dinheiro comum tenha sido utilizado para melhoramentos em bens próprios ou pessoais o tribunal pode aceitar que isso seja tido em conta. Se o casamento tiver durado pouco tempo (menos de 5 anos) a divisão dos bens seria injusta se um dos cônjuges tivesse trazido para o casamento bens avultados, por isso o tribunal pode decidir que a divisão não se faça pela metade. Mas na maioria dos casos aplica-se a regra da divisão pela metade.

IV. Direito Sueco

4.1. Relações patrimoniais entre os cônjuges

Consideram-se património dos cônjuges todos os bens que não sejam próprios.

São bens próprios:

- os bens assim qualificados pelo acordo matrimonial;
- os bens que cada um dos cônjuges recebe a título de doação por um terceiro, se este determinar que esses bens sejam considerados próprios;
- bens que o cônjuge receba em virtude de disposição testamentária, se o testador determinar que esses bens sejam considerados próprios;
- bens que o cônjuge receba na qualidade de herdeiro e que, de acordo com o testamento do *de cuius*, sejam considerados próprios;
- bens que o cônjuge receba como beneficiário de uma cláusula vitalícia, acidente pessoal ou seguro de saúde ou esquema de reforma ao abrigo da *Individual Pension Savings Act*, desde que o seja através de um terceiro e na condição que esses bens sejam considerados próprios do cônjuge;
- bens subrogados no lugar dos acima mencionados.

Os rendimentos dos bens próprios são património dos cônjuges a não ser que o acordo matrimonial disponha de forma diferente.

Através do acordo matrimonial os cônjuges ou futuros cônjuges podem

determinar que bens pertencentes a qualquer deles sejam considerados bens próprios de um deles. Por meio de novo acordo matrimonial podem determinar que esses bens passem a património dos cônjuges.

O acordo matrimonial tem de ser celebrado por escrito e assinado pelos cônjuges ou futuros cônjuges. Isto aplica-se mesmo que um deles seja menor ou se o acordo disser respeito a bens parcialmente submetidos a administração ao abrigo do *Childrens and Parents Code*. Nestes casos, contudo, é necessário o consentimento escrito do tutor ou administrador.

O acordo matrimonial é registado no tribunal. Se for registado até um mês antes da data da celebração do casamento, o acordo entre futuros esposos produz efeitos a partir desta data. Se for registado depois da celebração do casamento produz efeitos a partir da data do registo.

4.2. Divisão dos bens

Quando o casamento se dissolve, os bens dos cônjuges são divididos entre eles através da divisão do património dos cônjuges. A divisão não é necessária se os cônjuges apenas tiverem bens próprios e nenhum deles pretender bens da casa de morada da família pertencentes ao outro.

Se estiverem de acordo os cônjuges podem, após notificação ao tribunal, distribuir os seus bens através da divisão do património na vigência do casamento, sem que esteja a decorrer uma acção de divórcio. Essa notificação é registada no tribunal.

A divisão do património é feita com base nos bens que existem na data em que se inicia o processo de divórcio, ou, se o casamento se tiver dissolvido por morte, e não estivesse a decorrer processo de divórcio, na data do falecimento.

A divisão do património durante o casamento (i.e., sem estar a decorrer uma acção de divórcio) é feita com base na situação patrimonial existente na data da notificação ao tribunal.

Até à data em que vai efectuar a divisão do património cada cônjuge tem de informar quais os bens de que é proprietário e quais os que administrou mas que são propriedade do outro. Aos cônjuges podem ainda ser pedidas outras informações com relevo quando se vai proceder à divisão.

A divisão do património motivada pelo divórcio tem lugar quando o casamento se dissolve. Contudo, se ambos os cônjuges requererem a divisão dos bens no decurso da acção de divórcio a divisão será feita imediatamente.

A divisão do património é feita por ambos os cônjuges em documento por eles elaborado e assinado. Se um dos cônjuges tiver falecido, a divisão é feita pelo outro e pelos herdeiros e beneficiários residuais do testamento do falecido. Neste

caso, as disposições referentes ao cônjuge aplicam-se aos herdeiros e beneficiários residuais, a não ser que a lei disponha de outra forma.

A divisão do património entre um cônjuge e os herdeiros e beneficiários testamentários residuais do outro não pode ter lugar se for contra a vontade de qualquer deles e não estejam ainda pagas todas as dívidas do falecido ou não tenham sido constituídos fundos para o seu pagamento ou não se tenha chegado a um acordo pelo qual aqueles não sejam considerados responsáveis pela dívida.

Se a acção de divórcio já estiver a decorrer, os bens e as dívidas de cada cônjuge, na medida do necessário, devem ser registados pelo seu estado à data da propositura da acção. Se necessário, para permitir que seja elaborado um inventário, pode ser nomeado um executor para divisão do património.

Se a acção de divórcio já estiver a decorrer, e se torne necessário para proteger os direitos dum dos cônjuges na divisão do património, o tribunal pode decidir que o património do outro cônjuge, ou parte dele, seja colocado sob administração especial. Se o cônjuge prestar garantias esta medida não pode ser tomada contra a sua vontade. Se for tomada a medida de administração especial ela aplica-se até ao momento da divisão do património.

Os bens de um dos cônjuges podem ser executados para pagamento de dívidas desse cônjuge, mesmo que esteja para ser feita a divisão do património. Se os bens tiverem sido colocados no regime de administração especial, esse património só responde se a dívida for também da responsabilidade do outro cônjuge ou se a pretensão tiver um direito preferencial nos bens.

Se um dos cônjuges for declarado insolvente antes da divisão do património ou se a divisão for anulada em virtude da insolvência de um dos cônjuges, o património desse cônjuge será administrado até que seja determinado, na divisão do património, que bens lhe cabem. O administrador, se necessário, pode vender os bens.

Se um dos cônjuges falecer na pendência da acção de divórcio, aplicam-se as disposições sobre divisão do património em caso de divórcio.

Para efeitos do Código entende-se que uma acção está pendente entre o momento em que foi proposta e o momento em que termina, ou seja, quando não é possível recorrer da sentença que declara o divórcio.

4.3. Conteúdo da divisão do património

A divisão compreende os bens do património dos cônjuges.

Cada um dos cônjuges pode, dentro dos limites razoáveis, retirar do património as roupas e outros objectos de uso pessoal e ainda prendas pessoais. Se um dos cônjuges tiver falecido este direito só cabe ao cônjuge sobrevivente.

Os direitos intransmissíveis e aqueles que tenham natureza pessoal não se

incluem no património a dividir se tal for contrário à sua natureza.

Mesmo que não se incluam no disposto no parágrafo anterior, o direito à reforma derivado de um seguro de que seja titular qualquer dos cônjuges, não se inclui no património dos cônjuges se o montante a receber estiver sujeito a impostos e o seguro der direito a:

- 1) pensão por reforma ou invalidez;
- 2) pensão de sobrevivência se o direito ao pagamento dessa pensão já existir no momento em que a divisão tem lugar.

Contudo as pensões referidas em 1) e 2) são total ou parcialmente incluídas no património a dividir se, atendendo à duração do casamento, à situação financeira dos cônjuges e às circunstâncias do caso, for pouco razoável excluí-las.

Os bens considerados próprios ao abrigo do acordo matrimonial, bem como os bens sub-rogados no lugar destes e os rendimentos derivados dos bens próprios que sejam considerados bens próprios são incluídos nos bens a dividir se os cônjuges assim acordarem no momento da divisão. O mesmo se aplica a pensões derivadas de seguro ou esquema poupança seguro acima referidos.

Nestes casos esses bens próprios passam a considerar-se como sendo património dos cônjuges.

4.4. Quotas

Quando se vai proceder à divisão calcula-se em primeiro lugar a quota de cada cônjuge no património comum.

No cálculo dessa quota deduz-se o montante suficiente para pagamento das dívidas que cada cônjuge tinha na data da propositura da acção de divórcio ou da morte.

Dívidas que onerem os bens próprios de um dos cônjuges só podem ser pagas com esses bens. O mesmo para as dívidas que o cônjuge contraiu para manter ou melhorar os seus bens próprios ou que estão de alguma forma relacionados com estes.

O balanço final do património dos cônjuges, deduzidos os montantes necessários para pagamento das dívidas, é calculado e dividido igualmente por ambos.

Se num período de três anos anteriores à propositura da acção de divórcio, um dos cônjuges, sem o consentimento do outro, e de forma significativa, reduzir o património dos cônjuges com doações ou usou esse património para aumentar o valor do seu património próprio, na divisão por divórcio a quota do outro cônjuge deve ser calculada como se o valor da doação ou o valor utilizado do património ainda se encontrassem no património do cônjuge alienante-utilizador. A quota deste último no património dos cônjuges deve ser proporcionalmente reduzida.

A parte do património que cada cônjuge receber para pagar dívidas e a sua metade no balanço final do património dos cônjuges (depois de retirados os referidos montantes para pagamentos de dívidas) constitui a sua quota nesse património.

4.5. Distribuição do património

O património dos cônjuges é dividido por eles em função das quotas de cada um. Cada um tem direito a receber, para preencher a sua quota, os seus bens ou parte deles.

O cônjuge que mais necessitar da casa de morada da família pode ficar com ela mas o seu valor é deduzido da sua quota, ou tratando-se de um bem de pouco valor, sem necessidade de se efectuar qualquer dedução. Isto se a casa de morada da família não for um bem próprio do outro cônjuge. Em caso de morte só tem esta faculdade o cônjuge sobrevivente.

Se um cônjuge detiver bens que ultrapassam a sua quota, deve pagar ao outro o excesso em dinheiro em vez de lhe passar bens. Se forem prestadas garantias para esse pagamento pode ser dado ao cônjuge algum tempo para efectuar esse pagamento. Se o cônjuge não efectuar o pagamento o outro cônjuge pode receber os bens se tal não for manifestamente inconveniente para o primeiro. Em caso de morte só tem esta faculdade o cônjuge sobrevivente.

4.6. Efeitos da divisão do património

Na divisão do património um cônjuge não pode, em detrimento dos seus credores, fazer com que bens próprios entrem para o património a ser dividido ou de qualquer outra forma renunciar a bens para serem incluídos neste património.

Nem pode um cônjuge, quando o património é dividido em quotas, renunciar a bens sujeitos a execução em troca de outros que não o sejam, em detrimento dos credores.

Se, em violação do disposto nos dois parágrafos anteriores, um cônjuge não tiver meios de pagar uma dívida constituída antes da divisão do património ou se for declarado insolvente, o outro cônjuge é responsável pelo deficit do património do outro cônjuge até ao montante da diminuição causada por essa violação. Isto não se aplica se, depois da divisão do património, o cônjuge devedor ficou com bens suficientes para pagamento dessas dívidas.

ANEXO I

Como é referido, o regime introduzido pela lei de 13 de Julho de 1965 e algumas das suas imperfeições foram corrigidas pela lei de 23 de Dezembro de 1985.

Pode-se consultar a versão em vigor, com as alterações de 1986, que se insere, e a versão inicial de 1966, designadamente, no site legisfrance:

(<https://www.legisfrance.gouv.fr/affochCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006136376&cidTexte=LEGITEXT000006070721>).

Code Civil Français

Chapitre IV : Du régime de participation aux acquêts.

Article 1569.º

Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime de la participation aux acquêts, chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, sans distinguer entre ceux qui lui appartenaient au jour du mariage ou lui sont advenus depuis par succession ou libéralité et ceux qu'il a acquis pendant le mariage à titre onéreux. Pendant la durée du mariage, ce régime fonctionne comme si les époux étaient mariés sous le régime de la séparation de biens. A la dissolution du régime, chacun des époux a le droit de participer pour moitié en valeur aux acquêts nets constatés dans le patrimoine de l'autre, et mesurés par la double estimation du patrimoine originaire et du patrimoine final. Le droit de participer aux acquêts est incessible tant que le régime matrimonial n'est pas dissous. Si la dissolution survient par la mort d'un époux, ses héritiers ont, sur les acquêts nets faits par l'autre, les mêmes droits que leur auteur.

Article 1570.º

Modifié par Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 33 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986

Le patrimoine originaire comprend les biens qui appartenaient à l'époux au jour du mariage et ceux qu'il a acquis depuis par succession ou libéralité, ainsi que tous les biens qui, dans le régime de la communauté légale, forment des propres par nature sans donner lieu à récompense. Il n'est pas tenu compte des fruits de ces biens, ni de ceux de ces biens qui auraient eu le caractère de fruits ou dont l'époux a disposé par donation entre vifs pendant le mariage.

La consistance du patrimoine originaire est prouvée par un état descriptif,

même sous seing privé, établi en présence de l'autre conjoint et signé par lui.

A défaut d'état descriptif ou s'il est incomplet, la preuve de la consistance du patrimoine originaire ne peut être rapportée que par les moyens de l'article 1402.

Article 1571.°

Modifié par Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 33 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986

Les biens originaires sont estimés d'après leur état au jour du mariage ou de l'acquisition, et d'après leur valeur au jour où le régime matrimonial est liquidé. S'ils ont été aliénés, on retient leur valeur au jour de l'aliénation. Si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, on prend en considération la valeur de ces nouveaux biens.

De l'actif originaire sont déduites les dettes dont il se trouvait grevé, réévaluées, s'il y a lieu, selon les règles de l'article 1469.°, troisième alinéa. Si le passif excède l'actif, cet excédent est fictivement réuni au patrimoine final.

Article 1572.°

Font partie du patrimoine final tous les biens qui appartiennent à l'époux au jour où le régime matrimonial est dissous, y compris, le cas échéant, ceux dont il aurait disposé à cause de mort et sans en exclure les sommes dont il peut être créancier envers son conjoint. S'il y a divorce, séparation de corps ou liquidation anticipée des acquêts, le régime matrimonial est réputé dissous au jour de la demande.

La consistance du patrimoine final est prouvée par un état descriptif, même sous seing privé, que l'époux ou ses héritiers doivent établir en présence de l'autre conjoint ou de ses héritiers ou eux dûment appelés. Cet état doit être dressé dans les neuf mois de la dissolution du régime matrimonial, sauf prorogation par le président du tribunal statuant en la forme de référé.

La preuve que le patrimoine final aurait compris d'autres biens peut être rapportée par tous les moyens, même par témoignages et présomptions.

Chacun des époux peut, quant aux biens de l'autre, requérir l'apposition des scellés et l'inventaire suivant les règles prévues au code de procédure civile.

Article 1573.°

Modifié par Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 33 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986

Aux biens existants on réunit fictivement les biens qui ne figurent pas dans le patrimoine originaire et dont l'époux a disposé par donation entre vifs sans le consentement de son conjoint, ainsi que ceux qu'il aurait aliénés frauduleusement. L'aliénation à charge de rente viagère ou à fonds perdu est présumée faite en

fraude des droits du conjoint, si celui-ci n'y a consenti.

Article 1574.º

Modifié par Loi nº 85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 33 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986

Les biens existants sont estimés d'après leur état à l'époque de la dissolution du régime matrimonial et d'après leur valeur au jour de la liquidation de celui-ci. Les biens qui ont été aliénés par donations entre vifs, ou en fraude des droits du conjoint, sont estimés d'après leur état au jour de l'aliénation et la valeur qu'ils auraient eue, s'ils avaient été conservés, au jour de la liquidation.

De l'actif ainsi reconstitué, on déduit toutes les dettes qui n'ont pas encore été acquittées, y compris les sommes qui pourraient être dues au conjoint.

La valeur, au jour de l'aliénation, des améliorations qui avaient été apportées pendant le mariage à des biens originaires donnés par un époux sans le consentement de son conjoint avant la dissolution du régime matrimonial doit être ajoutée au patrimoine final.

Article 1575.º

Si le patrimoine final d'un époux est inférieur à son patrimoine originaire, le déficit est supporté entièrement par cet époux. S'il lui est supérieur, l'accroissement représente les acquêts nets et donne lieu à participation.

S'il y a des acquêts nets de part et d'autre, ils doivent d'abord être compensés. Seul l'excédent se partage : l'époux dont le gain a été le moindre est créancier de son conjoint pour la moitié de cet excédent.

A la créance de participation on ajoute, pour les soumettre au même règlement, les sommes dont l'époux peut être d'ailleurs créancier envers son conjoint, pour valeurs fournies pendant le mariage et autres indemnités, déduction faite, s'il y a lieu, de ce dont il peut être débiteur envers lui.

Article 1576.º

La créance de participation donne lieu à paiement en argent. Si l'époux débiteur rencontre des difficultés graves à s'en acquitter entièrement dès la clôture de la liquidation, les juges peuvent lui accorder des délais qui ne dépasseront pas cinq ans, à charge de fournir des sûretés et de verser des intérêts.

La créance de participation peut toutefois donner lieu à un règlement en nature, soit du consentement des deux époux, soit en vertu d'une décision du juge, si l'époux débiteur justifie de difficultés graves qui l'empêchent de s'acquitter en argent.

Le règlement en nature prévu à l'alinéa précédent est considéré comme une opération de partage lorsque les biens attribués n'étaient pas compris dans

le patrimoine originaire ou lorsque l'époux attributaire vient à la succession de l'autre.

La liquidation n'est pas opposable aux créanciers des époux : ils conservent le droit de saisir les biens attribués au conjoint de leur débiteur.

Article 1577.°

Modifié par Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 33 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986

L'époux créancier poursuit le recouvrement de sa créance de participation d'abord sur les biens existants et subsidiairement, en commençant par les aliénations les plus récentes, sur les biens mentionnés à l'article 1573.° qui avaient été aliénés par donation entre vifs ou en fraude des droits du conjoint.

Article 1578.°

Modifié par Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 34 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986

A la dissolution du régime matrimonial, si les parties ne s'accordent pas pour procéder à la liquidation par convention, l'une d'elles peut demander au tribunal qu'il y soit procédé en justice.

Sont applicables à cette demande, en tant que de raison, les règles prescrites pour arriver au partage judiciaire des successions et communautés.

Les parties sont tenues de se communiquer réciproquement, et de communiquer aux experts désignés par le juge, tous renseignements et documents utiles à la liquidation.

L'action en liquidation se prescrit par trois ans à compter de la dissolution du régime matrimonial. Les actions ouvertes contre les tiers en vertu de l'article 1167 se prescrivent par deux ans à compter de la clôture de la liquidation.

Article 1579.°

Si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571.° et 1574.° ci-dessus devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux.

Article 1580.°

Si le désordre des affaires d'un époux, sa mauvaise administration ou son inconduite, donnent lieu de craindre que la continuation du régime matrimonial ne compromette les intérêts de l'autre conjoint, celui-ci peut demander la liquidation anticipée de sa créance de participation.

Les règles de la séparation de biens sont applicables à cette demande.

Lorsque la demande est admise, les époux sont placés sous le régime

des articles 1536 à 1541.

Article 1581.º

En stipulant la participation aux acquêts, les époux peuvent adopter toutes clauses non contraires aux articles 1387, 1388 et 1389.

Ils peuvent notamment convenir d'une clause de partage inégal, ou stipuler que le survivant d'eux ou l'un d'eux s'il survit, aura droit à la totalité des acquêts nets faits par l'autre.

Il peut également être convenu entre les époux que celui d'entre eux qui, lors de la liquidation du régime, aura envers l'autre une créance de participation, pourra exiger la dation en paiement de certains biens de son conjoint, s'il établit qu'il a un intérêt essentiel à se les faire attribuer.

ANEXO II

Código Civil - Español

Pode-se consultar a versão em vigor deste regime, que aqui se insere, com as alterações de 1958, designadamente no site *Notarios y Registradores*:

(<https://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/codigo-civil-14-1088-1537.htm#c5t3>).

CAPÍTULO V

Del régimen de participación

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Texto añadido, publicado el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

[Bloque 1711: #art1411]

Art. 1411.º

En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1713: #art1412]

Art. 1412.º

A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1714: #art1413]

Art. 1413.º

En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Se modifica por el art. 1 de la Ley de 24 de abril de 1958. Ref. BOE-B-1958-6677.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Modificación publicada el 25/04/1958, en vigor a partir del 15/05/1958.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1715: #art1414]

Art. 1414.º

Si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en pro indiviso ordinario.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1716: #art1415]

Art. 1415.º

El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1.394 y 1.395.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1717: #art1416]

Art. 1416.º

Podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.
[Bloque 1719: #art1417.º]

Art. 1417.º

Producida la extinción se determinaran las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.
[Bloque 1721: #art1418.º]

Art. 1418.º

Se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge:

- 1.º Por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen.
- 2.º Por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.
[Bloque 1722: #art1419]

Art. 1419.º

Se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1723: #art1420]

Art. 1420.º

Si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1724: #art1421.º]

Art. 1421.º

Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1725: #art1422.º]

Art. 1422.º

El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1726: #art1423.º]

Art. 1423.º

Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1727: #art1424.º]

Art. 1424.º

La misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1728: #art1425]

Art. 1425.º

Los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieren en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1729: #art1426.º]

Art. 1426.º

Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio

del cónyuge deudor.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1730: #art1427]

Art. 1427.º

Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1731: #art1428]

Art. 1428.º

Cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1732: #art1429]

Art. 1429.º

Al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.
[Bloque 1733: #art1430]

Art. 1430.º

No podrá convenirse una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.
[Bloque 1734: #art1431]

Art. 1431.º

El crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.
[Bloque 1736: #art1432]

Art. 1432.º

El crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1737: #art1433.º]

Art. 1433.º

Si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Se modifica por el art. 2 de la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Ref. BOE-A-1975-9245.

Se sustituye el término “divorcio” por “separación personal” por el art. 4 de la Ley de 24 de abril de 1958. Ref. BOE-B-1958-6677.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Modificación publicada el 05/05/1975, en vigor a partir del 25/05/1975.

Modificación publicada el 25/04/1958, en vigor a partir del 15/05/1958.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1738: #art1434]

Art. 1434.º

Las acciones de impugnación a que se refiere el artículo anterior caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Se modifica por el art. 3 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Ref. BOE-A-1981-11198.

Se modifica por el art. 2 de la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Ref. BOE-A-1975-9245.

Seleccionar redacción:

Última actualización, publicada el 19/05/1981, en vigor a partir del 08/06/1981.

Modificación publicada el 05/05/1975, en vigor a partir del 25/05/1975.

Texto original, publicado el 25/07/1889, en vigor a partir del 16/08/1889.

[Bloque 1739: #cvi-6]

DESENVOLVIMENTOS LEGISLATIVOS E AS REFORMAS DO DIREITO DA FAMÍLIA EM TIMOR-LESTE*

Nelinho Vital

*Director Nacional da Assessoria Jurídica e Legislação
Ministério da Justiça, Timor-Leste*

Resumo: A Constituição da República de 2002 prevê como uma de suas garantias fundamentais a proteção da família, no seu artigo 39.º, prevendo expressamente que a família é a célula base da sociedade e condição para o harmonioso desenvolvimento da pessoa. Com base nisto, o Estado deve proteger a família.

Tradicionalmente o conceito de família extensa é traduzido através do instituto de *Uma Lisan* (ou *Uma-Lulik*). A *Uma Lisan* é representada pela rede de relações entre os núcleos de uma família extensa e as suas relações com outros agregados familiares com base em ligações ancestrais. A *Uma Lisan* é considerada, por muitos, como parte central da identidade do povo timorense. Cada pessoa tem sua posição na hierarquia da *Uma Lisan*.

Assim, é reconhecido que a família alargada é a base estrutural da comunidade timorense, e os relacionamentos familiares representam verdadeiras conexões sociais que formam a base da vida diária nas comunidades. Com isto a ideia de família nuclear nas relações familiares e comunitárias representa, ainda, uma perspectiva sem amplo uso em Timor-Leste.

Palavras-chave: Casamento; Direito da Família; *Uma Lisan*; Timor-Leste.

* Texto elaborado com base na comunicação apresentada no Seminário realizado em 22 de Dezembro de 2017, organizado pelo Círculo de Investigação de Direito da China e dos Países de Língua Portuguesa, da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, sob o título *Desenvolvimentos Legislativos e as Reformas do Direito de Família em Timor-Leste*.

O Direito da Família, como todos sabem, prevê as normas jurídicas basilares para a regulação da criação, titularidade, modificação e cessação das relações familiares, e os direitos e deveres resultantes destas relações.

Creio que posso contar com a concordância de todo, que este ramo do direito não deve regular qualquer família, mas deve dar respostas às relações familiares existentes numa certa sociedade. O Direito da Família de Timor-Leste deve, assim, refletir a realidade que os indivíduos no nosso país, como pais ou mães, cônjuges, avós, tios e tias, e como filhos, se relacionam uns com os outros em Timor-Leste. É claro que estas relações mudam com o tempo, mas como o Direito é um sistema dinâmico, este pode acompanhar as mudanças com o passar do tempo.

O Código Civil de Timor-Leste, aprovado em 2011, entrou em vigor no primeiro trimestre de 2012, há pouco menos de 6 anos. Este é o instrumento jurídico que regula as relações familiares em Timor-Leste. O Código Civil de Timor-Leste tem uma forte semelhança com versões anteriores do seu homólogo Português, tendo sido um elevado número de regras reproduzidas deste ao nosso Código.

É de salientar que naquele momento, Timor-Leste se encontrava numa verdadeira encruzilhada. Por consequência do preceito constitucional sobre o direito subsidiário, Timor-Leste implementou o Código Civil Indonésio, durante mais de uma década depois o fim da ocupação Indonésia. Durante alguns anos foi discutida a possibilidade de separar certas áreas do Direito da Família do Código Civil, e, nesta perspectiva, foram elaboradas algumas propostas que nunca foram concluídas. Por vários factores, que será escusado abordar neste fórum, decidiu-se, no entanto, pela aprovação de um instrumento único sistemático de direito civil, mesmo que tal significaria a dificuldade, por questões de tempo e de recursos humanos, em assegurar uma melhor adequação das regras à nossa realidade.

A aprovação de um Código Civil permitiu um nível importante de segurança jurídica para as relações entre os particulares no nosso país, sendo, assim, um passo bem-vindo no desenvolvimento do ordenamento jurídico de Timor-Leste.

Tal não é dizer que o nosso Direito da Família, no seu todo, representa um ordenamento estranho à nossa sociedade.

Para poder assegurar uma discussão mais eficaz, irei dividir a minha intervenção sobre a reforma do Direito da Família em duas partes principais, aquilo que toca o casamento e a titularidade e exercício do poder paternal.

No âmbito do casamento, o Código Civil prevê aspectos verdadeiramente particulares para o contexto de Timor-Leste, especialmente os seguintes aspectos:

1. a incorporação de casamentos realizados de acordo com a tradição timorense, estes formalizados através de um processo declaratório pelas autoridades locais;
2. o reconhecimento do casamento católico, podendo ser transcrito

- directamente a partir do certificado religioso;
3. a falta de previsão de união de facto.

Estas diferenças resultaram não somente de uma tentativa de adequação do enquadramento jurídico do casamento à prática habitual em Timor-Leste, mas, ainda um compromisso político para assegurar o acordo de forças distintas na nossa sociedade.

Em relação ao casamento tradicional, o Código Civil reconhece o casamento barlaqueado monogâmico, sendo esta a expressão comum dos usos e costumes em relação ao casamento adotado em Timor-Leste.

Entende-se que a incorporação do casamento tradicional, conjugada com as normas garantidoras do consentimento livre dos contraentes e as opções de realização de outros tipos de casamentos para aqueles que querem constituir uma família, não impõe algum questionamento sobre a sua harmonia com os direitos fundamentais, especificamente a igualdade de gênero.

No que diz respeito ao casamento da religião católica, este tipo de casamento mostra-se como aquele amplamente praticado em Timor-Leste. Foi, por tal, determinado a promoção oficiosa da transcrição por parte do pároco, este que deve enviar o assento de casamento para os serviços do registo civil. Com estas regras, criou-se um sistema verdadeiramente simplificado para o reconhecimento jurídico do casamento desta religião.

No entanto, note-se que tais regras simplificadas não são previstas para casamentos realizados no âmbito de outras confissões religiosas. Aqueles que venham a realizar o matrimónio por outra religião devem efetuar ainda o casamento civil.

O reconhecimento do casamento da religião católica sem prover o mesmo nível de reconhecimento de outros casamentos religiosos traz, inquestionavelmente, dúvidas graves sobre a sua conformidade com preceitos básicos do princípio da igualdade e não da discriminação. Os desafios em assegurar a constitucionalidade do não reconhecimento dos casamentos de outras confissões religiosas a par da religião católica já é uma posição amplamente aceite em Timor-Leste, tendo já sido alvo de análise no âmbito de uma reforma legislativa.

É uma posição genérica de que é necessário reconhecer na lei a união de facto como uma instituição de natureza similar ao casamento. Este reconhecimento é interpretado como um passo indispensável para proteger os direitos das mulheres e das crianças, principalmente no que diz respeito ao reconhecimento da paternidade da criança e os direitos patrimoniais da mulher quando de uma eventual morte do parceiro ou da sua separação.

A falta deste reconhecimento já foi levantada como uma preocupação em 2015 pelo Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra

as Mulheres, o qual recomendou pela inclusão deste tipo de relação familiar no Código Civil.

Timor-Leste não possui até a data uma legislação equivalente a um Código de Registo Civil, sendo ainda aplicável o regime jurídico concebido durante o período da administração das Nações Unidas – Regulamento n.º 2001/3, de 16 de Março. O regulamento em questão tinha por objetivo principal prover um mecanismo para a identificação dos cidadãos nacionais, tendo, assim, um foco específico no registo de nascimento e emissão de bilhete de identidade.

O Ministério da Justiça já elaborou um projecto do Código de Registo Civil, este que se mostra como um instrumento essencial para assegurar a segurança jurídica das relações familiares. Tal como acontece em muitos países, o Código de Registo Civil prevê normas sobre a transcrição de casamento, assim como o registo civil obrigatório da “regulação do exercício do poder paternal, sua alteração e cessação”, e o registo da “inibição ou suspensão do exercício do poder paternal e as providências limitativas desse poder”¹. É intenção do Ministério de Justiça a promoção da aprovação deste diploma legislativo num futuro próximo.

É no âmbito da titularidade e do exercício do poder paternal que podemos identificar uma certa desassociação entre as regras com força de lei no Código Civil e os usos e costumes do nosso povo.

A Constituição da República de 2002 prevê como uma das suas garantias fundamentais a proteção da família, no seu artigo 39.º, prevendo expressamente que a família é a célula base da sociedade e da condição para o harmonioso desenvolvimento da pessoa. Com base nisto, o Estado deve proteger a família.

Mas o que entendemos como família em Timor-Leste?

As relações familiares e a comunidade em Timor-Leste têm por base o conceito de família extensa ou de agregado familiar. Tal como identificado na Política de Base de Apoio à Criança e à Família, esta aprovada em Fevereiro de 2016, pela Ministra da Solidariedade Social:

“O conceito de família em Timor-Leste é definido pela “casa sagrada” [uma-lulik], que é composta por crianças, pais, avós, tios e primos de sangue ou por casamento, e outros parentes. Nos princípios-chave incluem-se reciprocidade, obrigações e um sentido de responsabilidade compartilhada pelo bem-estar comum. Existe um forte sentimento de interdependência entre os indivíduos, as famílias e os membros da comunidade. A prioridade é colocada na estabilidade, na harmonia e na paz, e as decisões são tomadas por meio de processos que utilizam o diálogo, mediação e conciliação. Há uma percepção de responsabilidade coletiva de bem-estar

1 Alineas g) e h) do artigo 1.º da Proposta de Decreto-Lei do Código de Registo Civil.

comum. A responsabilidade pelo cuidado das crianças em Timor-Leste é considerada uma responsabilidade partilhada no seio da família. Todos os membros femininos da família, incluindo tias, primas e, em alguns casos, vizinhas mais próximas, podem ser considerados uma “mãe” da criança. O mesmo princípio aplica-se aos membros masculinos”.

Com base nisto, a responsabilidade pela educação de uma criança é uma responsabilidade coletiva do agregado familiar, e não somente dos seus pais naturais.

Tradicionalmente o conceito de família extensa é traduzido através do instituto de *Uma Lisan* (ou *Uma-Lulik*). *Uma Lisan* é representada pela rede de relações entre os núcleos de uma família extensa e as suas relações com outros agregados familiares com base em ligações ancestrais. A *Uma Lisan* é considerada, por muitos, como parte central da identidade do povo timorense. Cada pessoa tem sua posição na hierarquia da *Uma Lisan*².

É através da *Uma Lisan* que a ordem social e cultural das comunidades é mantida e promovida. A *Uma Lisan* é o mecanismo pelo qual são estabelecidas as relações entre os particulares, incorporando aqueles novos membros integrados através do casamento tradicional, sendo esta o ponto de partida para promover a solução de disputas locais.

No relacionamento entre os núcleos familiares através da *Uma Lisan* encontram-se um número de desafios perante os valores de direitos fundamentais e as estruturas do Estado, notavelmente o desafio para assegurar a participação efectiva de homens e mulheres em condições de igualdade.

Assim, é reconhecido que a família alargada é a base estrutural da comunidade timorense, e os relacionamentos familiares representam verdadeiras conexões sociais que formam a base da vida diária nas comunidades. Com isto a ideia de família nuclear nas relações familiares e comunitárias representa, ainda, uma perspectiva sem amplo uso em Timor-Leste.

Como consequência directa deste conceito de família, dos usos e costumes tradicionais e, ainda, o local de residência e as diferenças socioeconómicas entre membros de uma mesma família, é amplamente realizada (e positivamente reconhecida) a prática de entregar os cuidados de um filho ou filha a um parente que integra a família alargada ou extensa.

2 Ver Mateus Tilman, *Hybrid Governance: Customary social order and authority in the contemporary East Timorese village: persistence and transformation*, Deborah Cummins, *Local Governance in Timor-Leste: Lessons in Postcolonial State-building*, Routledge 2014, cap. 4 e 5 e Susana de Matos Viegas, Rui Graça Feijó, *Transformations in Independent Timor-Leste: Dynamics of Social and Cultural Cohabitations*, Taylor & Francis, 2017, p. 234-ss.

Uma das razões desta prática encontra-se nos usos e costumes com base na necessidade de manter ou fortalecer a *Uma Lisan*, e dar continuidade à linha ancestral da família. Com base nesta, são realizadas verdadeiras adoções tradicionais. Através da troca de objetos e itens representativos, uma criança pode ser entregue, logo quando pequena, aos cuidados de um familiar, por este não ter filhos, por ter tido somente rapazes ou raparigas ou por forma a dar continuidade às relações entre os membros das nossas gerações. Nesta prática de adoção tradicional, a criança, sem perder seus laços ancestrais, pode passar a fazer parte da *Uma Lisan* dos pais adotantes, mas mantendo-se sempre a participação na família original.

Com base nisto, o conceito de adoção plena, baseado na transferência integral da responsabilidade parental para um terceiro, com o termo do vínculo com os pais originais da criança adotada, é um conceito bastante estranho do ponto de vista da tradição e cultura familiar em Timor-Leste.

Entende-se que esta prática em Timor-Leste assemelha-se à *customary adoption* de outros países no Pacífico, notavelmente no Tonga, Vanuatu, Fiji e Papua Nova Guiné³.

Ao mesmo tempo muitas crianças encontram-se sob os cuidados de parentes como expressão da prática de partilha de responsabilidade parental com base em razões socioeconómicas, inclusivamente de acesso à educação. Com isto, membros da família com menor poder económico, ou que residam em localidades remotas, entregam os seus filhos aos cuidados de parentes que possuem uma melhor condição económica e/ou que vivem em centros urbanos ou localidades mais próximas de escolas e outros serviços públicos. Os cuidados às crianças por outros parentes são feitos através de acordos orais entre os pais, que podem, por vezes, incluir um diálogo com outros membros da família alargada. Na maior parte dos casos, estes não são registados perante qualquer autoridade pública, mas são amplamente conhecidos por aqueles próximos da família, inclusivamente as lideranças tradicionais e/ou comunitárias.

Como resultado, o número de crianças que se encontram aos cuidados de terceiros que não seus pais ou mães naturais é bastante elevado. De acordo com o Inquérito Demográfico e de Saúde de 2010, aproximadamente 23% agregados familiares possuem no mínimo uma criança a seu cargo que não são os seus

3 Farran, Sue, *Child Adoption: the challenges presented by the plural legal systems of South Pacific island states*. *Child and Family Law Quarterly*, 2009, 21 (4). pp. 462-484. A prática de adoção tradicional é também acentuada nos povos indígenas no Canadá (ver, por exemplo, *An Overview of the Recognition of Customary Adoption in Canada Final Report*, University of Saskatchewan College of Law, 2013).

filhos naturais⁴. Tal percentagem pode significar a pertinência de mais de 47 000 agregados familiares.

As questões jurídicas relevantes nestas relações familiares são reguladas principalmente no âmbito do Direito da Família, e fundamentam-se sobretudo no exercício do poder paternal ou responsabilidade parental.

As normas jurídicas necessárias para promover esta proteção básica da criança dentro da responsabilidade familiar estabelecem uma rede de alternativas ao exercício do poder paternal pelos pais da criança, sendo estas representadas no enquadramento legislativo atual existente na forma da guarda, tutela e adoção (tanto nacional como internacional)⁵.

Entende-se que o Código Civil atual prevê que todas as questões relativas ao exercício do poder paternal devem ser reguladas judicialmente. A guarda de facto exercida por terceiros deve ser regulada pelos tribunais, e a tutela e adoção sempre necessitam de uma sentença judicial, devendo as decisões judiciais serem registadas no registo civil.

O Código Civil não permite expressamente a determinação de tutor como uma verdadeira partilha do poder paternal através do consentimento ou acordo dos pais e o designado tutor. De acordo com esta lei, a nomeação de tutor é somente aplicável quando da impossibilidade do exercício do poder paternal pelos pais, depois da sua morte ou da sua incapacidade.

Mas como já mencionado, é prática comum em Timor-Leste entregar um filho aos cuidados de outro familiar.

Algumas outras jurisdições nacionais perante uma realidade semelhante à de Timor-Leste, vêm decidindo por prever legalmente a possibilidade dos pais partilharem as suas responsabilidades com outros familiares. Por exemplo, desde 2014 a legislação da Namíbia permite um acordo familiar para o exercício de parte da responsabilidade parental por membros da família, naquilo que é chamado do *kinship care*. No Canadá, o direito costumeiro reconhecido dos povos indígenas, desde junho de 2017 incorporou um novo instituto chamado de “tutela supletiva”. Tal como na Namíbia, este permite, reconhecendo os usos e costumes, o consentimento dos pais em prover os seus filhos aos cuidados de

4 Inquérito Demográfico e Sanitário 2009-2010, Ministério das Finanças, 2010, p. 13-14. A percentagem de Timor-Leste é bastante similar àquele de São Tomé e Príncipe, com este outro país da CPLP tendo 20% das crianças residem com outras pessoas que não seus progenitores (São Tomé e Príncipe, Inquérito Demográfico e Sanitário 2008-2009, Instituto Nacional de Estatística, 2010). Encontramos, ainda, indicador semelhante em outros países Africanos, como, por exemplo, a Namíbia (29.9%) e Guiné (23%) (UNICEF, Discussion Paper on Children in Informal Alternative Care, 2011, p.14).

5 A consideração do apadrinhamento civil não foi assunto analisado durante a fase introdutória. Caso seja considerado de relevância durante a continuação dos estudos, tal instituto será devidamente integrado.

outros parentes, apesar dos pais não sofrerem de qualquer inibição do exercício do seu poder paternal. Neste exacto momento, em São Tomé e Príncipe foi dado início à tramitação da Lei da Família a qual prevê expressamente a possibilidade de, por acordo, delegar uma parte da responsabilidade parental aos familiares.

É possível identificar um aspecto comum nestas iniciativas: a responsabilidade parental é partilhada com base num acordo. Por vezes o acordo é celebrado no âmbito dos usos e tradições costumeiras ou até mesmo através da participação de entidades notariais.

O importante é considerar que parece não ser realístico, num país como Timor-Leste, exigir o processo judicial para regular todas as situações de modificação do poder paternal. Se não teríamos quase 50 000 famílias a recorrer aos tribunais!

O Código Civil de Timor-Leste prevê ainda somente a adopção plena, a par do seu homólogo português desde da alteração de 1977. No entanto, tal como já abordado, o conceito de ruptura total de relações com a família biológica não condiz com as convicções partilhadas pela maior parte da comunidade. Pensa-se assim se não devíamos considerar a provisão de um tipo de adopção com consequências similares à adopção restrita ou se não poderíamos prever expressamente uma separação das consequências jurídicas e daquelas no âmbito das práticas costumeiras.

Posso assegurar a todos que Timor-Leste tem convicção de que é importante promover um maior formalismo para as modificações no exercício do poder paternal. Tal posição vem do reconhecimento de que a informalidade destes mecanismos de cuidados da criança podem representar riscos para a sua protecção.

É preciso ponderar estas e outras questões.

Timor-Leste começou recentemente a dar os primeiros passos numa longa reflexão sobre como assegurar a previsão jurídica destas relações familiares de uma maneira que permita ao mesmo tempo reconhecer os usos e costumes e assegurar a protecção da criança nestas relações, tal como foi já alcançado em relação ao casamento tradicional (barlaqueado monogâmico). Estamos neste momento a dar início a um estudo preliminar para identificar estas e outras questões e as alternativas de como poderemos realizar a regulamentação destas questões.

CONCLUSÃO

Uma distância entre a realidade socioeconómica e cultural da comunidade e as regras previstas como força de lei traz verdadeiros obstáculos para assegurar a sua eficácia, resultando numa situação em que muitas das normas jurídicas acabam por não serem efectivadas.

É reconhecido que alguns dos nossos países irmãos da CPLP, Angola,

Moçambique e São Tomé e Príncipe, decidiram separar o Direito da Família do Código Civil, e elaborar e aprovar uma lei especial que regule todas as questões do Direito da Família.

Confesso que Timor-Leste ainda não se encontra em tal nível de desenvolvimento, no que diz respeito à forma com que faremos a reforma do nosso Direito da Família. Mas apesar disso, há um compromisso real de promover uma reforma deste ramo de Direito, e assegurar que as relações familiares sejam espelhadas nas normas jurídicas.

Um dos compromissos do Governo de Timor-Leste já expresso no seu Plano de Desenvolvimento Nacional e no Plano Estratégico do Setor da Justiça é aproximar a justiça ao povo, incluindo a diminuição da distância entre o Direito, e os indivíduos, nossas famílias e comunidades. Penso que para tal, é preciso ter a coragem de realizar os esforços necessários para promover uma reforma efectiva do Direito da Família.

Muito obrigada, Obrigada barak

VIDA DA FACULDADE

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Janeiro — Dezembro 2019)



Notícia dos Mestrados
Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Qiuyi	Ciências Jurídicas	Fan Jianhong	Research on the Protection System of Economic Value in Personality Right – From the Perspective of Comparison between Chinese Law – American Law and German Law	2019-1-11
Pui Sin Tat	Ciências Jurídicas	Iau Teng Pio	The legislation, reform and development of Sexual Crimes in Macau	2019-2-25
Zhou Shujin	Ciências Jurídicas	Zhao Guoqiang	A Brief Discussion on E-Commerce Smuggling	2019-4-26



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Xu Wei	Ciências Jurídicas	Du Li	Research on Establishment and Development of Ad Hoc Arbitration in China – from the Perspective of Arbitration System Reform in China’s Pilot Free Trade Area	2019-5-08
Wu Ziyan	Ciências Jurídicas	Sou Kin Fong	On the Balance of Interests in the Construction of Discharge in Mainland China	2019-5-20
Liu Danting	Ciências Jurídicas	Shui Bing	Research on The Copyright Infringement of Video Aggregaton Platforms	2019-5-23
Li Qi	Ciências Jurídicas	Fan Jianhong	The Study on the Legal Effect of Registration in Equity Transfer	2019-6-16
Xue Yu	Ciências Jurídicas	Fan Jianhong	The Legal Application of Macao Gambling Debt Case in Mainland China – Theory of the Characteristic Performance, The Doctrine of the Most Significant Relationship and The Doctrine of Reservation of Public Order	2019-6-19
Tang Jin	Ciências Jurídicas	Shui Bing	The Validity of Share Repurchase Clauses – From the Perspective of Mainland China Law	2019-7-01



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Yang Guanyu	Ciências Jurídicas	Tu Guangjian	Private International Law Issues of Legal Parentage on Cross-border Surrogacy and The Establishment of The Convention on Cross-Border Surrogacy	2019-7-09
Tang Pek Ieng	Ciências Jurídicas	Iau Teng Pio	Discussion on the Investors, Managerial Personnel, Technical and Professional Qualification Holders' Residency Scheme of Macao	2019-7-21
Yang Lan	Ciências Jurídicas	Wang Chao	The Application of Online Purchase in Online Arbitration System in China	2019-7-26
Ye Zhengwei	Ciências Jurídicas	Shui Bing	The Study of The Validity of The Contract in Illegal Fund-raising Cases	2019-8-14
Choi Ian Fai	Ciências Jurídicas	Zhao Guoqiang	Some questions and analysis regarding traditional theory of criminal law applying to computer or cyber crime	2019-8-15
Yan Xiaoyu	Ciências Jurídicas	Shui Bing	The problem of the husband and wife's joint debts during the separation	2019-8-21
Zhang Kai	Ciências Jurídicas	Wei Dan	Analysis on Legal Issues Related to Sharing Bicycles	2019-9-13
Gong Wen	Ciências Jurídicas	Fan Jianhong	Research on Legal Risk and Regulation of Equity Crowdfunding in Mainland China	2019-9-25



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Liu Gengu	Ciências Jurídicas	Shui Bing	The Position and Construction of the Right to Be Forgotten in the Chinese Law System	2019-9-25
Chen Xingyu	Ciências Jurídicas	Fan Jianhong	False statement under the Chinese market economic system Defining standards and remedies Defining Standards and Remedies for False Statements in China's Securities Market	2019-10-18
Lin Ailing	Juridical Sciences	Zhao Guoqiang	Research on Indecency – From the Perspective of Macau Criminal Law	2019-11-05
Vong Chi Hou	Juridical Sciences	Jiang Chaoyang	The Study of Indirect Evaluation System of Taxation Income of Macau Tax Law	2019-11-06
Song Zhi-hao	Juridical Sciences	Shui Bing	Research on the Effect of Electronic Evidence Based on Blockchain Technology in Civil Actions – With Additional Studies on the Construction of Judicial Blockchain	2019-11-06
Zhang Nan	Juridical Sciences	Tu Guangjian	An Investigation of China's Judicial Review System on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award – From the Evidence of Denying Admitting and Enforcing Foreign Arbitral Awards Cases	2019-12-17



Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Chan Mei	Vera Lúcia Carapeto	Admissibilidade da prova de ADN sem consentimento do arguido no processo penal da RAEM	2019-12-13



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia, Direito Internacional e Direito Comparado

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Shi Daiwen	Muruga Perumal Ramaswamy	International regulation of cross-border data flow: Present issues and future development	2019-4-15
Zhou Lingrui	Du Li	The EU legislation on genetically modified organisms: experience, problems, and prospects	2019-5-03
Du Jingyan	Tu Guangjian	The Legalization of Ad Hoc Arbitration in Mainland China	2019-6-27



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional dos Negócios



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wang Cheng	Rostam J. Neuwirth	Third-Party Funding in International Arbitration	2019-3-28
Wang Wei	Rostam J. Neuwirth	The Intellectual Property Right Disputes and Related Arbitration in E-Commerce	2019-4-29
Wei Minjie	Rostam J. Neuwirth	The U.S. FTA E-Commerce Terms and Its Enlightenment to China	2019-11-27
Huang Yijia	Rostam J. Neuwirth	The Comparison of Indian and Chinese Intellectual Property Law in the Pharmaceutical Industry	2019-11-27

Master of Law in Legal Translation (English/Portuguese)



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Lou Xu	Iau Teng Pio	Feasibility research on the regime of “entrapment” in Macao – From the Perspective of Criminal Procedure Law	2019-4-24



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wang Ying	Sou Kin Fong	Análise da difícil situação actual da tradução de chinês para português de acórdãos de Macau e da respectiva solução na perspectiva de tradução – Estudo de caso de alguns acórdãos proferidos pelo Tribunal de Segunda Instância de Macau	2015-5-20
Wong Kam Fai	Cheang Seng Cheong	Cybercrime – Phishing	2019-6-10
Regina Gageiro Madeira	Sou Kin Fong	Arbitragem em Macau – com Especial Incidência na Área Administrativa	2019-6-17
Yu Yang	Wei Dan	The Recognition of Labor Relationships and the Protection of Gig Workers Under the Background of Sharing Economy: Reflections on the Brazilian Uber Case	2019-7-01
He Sin Tong	Iau Teng Pio	Brief Introduction of Domestic Violence- Reflection on several issues of the Law on Preventing and Combating Domestic Violence of Macau	2019-7-28
Liang Tsai I	Sou Kin Fong	Controversial issues arising from the Law n.º 7/2013 (commonly referred as “the Law of Buildings Under Construction”)	2019-8-05
Iau Sio Peng	Sou Kin Fong	Completion of the System of Establishment of Fatherhood in China -- Based on Macao Family Law	2019-8-12



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Leong Mei Si	Sou Kin Fong	Feasibility of Criminalization “Prohibition of Providing Illegal Accommodation” in Macau	2019-12-16

Curso de Doutoramento



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Tang Yanyan	Wei Dan	Legal Mechanism of Inventors Protection in Brazil – Perspective from Chinese Investors	2019-2-19
Lin Bowen	Jiang Chaoyang	Research on Risk Regulation of Personal Information Protection	2019-2-22
Chu Lam Lam	Tong Io Cheng	Discussion on The Formation of Electronic Contract Under The Macao Law Using Online Gaming Contract as Example	2019-2-28
Wang Kunjie	Paulo Canelas de Castro	Towards The Market-Based Measures Within The EU Maritime Greenhouse Gas Emissions Reduction Policy Adapted to Climate Change Law?	2019-4-15
Huang Zeyu	Tu Guangjian	Inter-Regional Enforcement of Jurisdiction and Arbitration Agreements within the People’s Republic of China	2019-4-18



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Ho Lok Sum	Tong Io Cheng	Evolution of Basel's Risk-based Capital Requirements and its Legal Consequences	2019-5-15
Zou Feifei	Zhao Guoqiang	Study on The Theory and Practice of Criminal Law Amendment –From the Perspective of the Amendment of Criminal Law in China	2019-6-19
Wang Yiyang	Muruga Perumal Ramaswamy	Domestic Regulation in Services Trade and Regulatory Cooperation between the European Union and the United States	2019-6-22
Xu Bohui	Jiang Chaoyang	Study on the Economic Norms of the Basic Law of Macao	2019-8-05
Quan Daguo	Li Zhe	Construction of Interregional Fugitive Surrender Procedure in China	2019-8-14
Li Jing	Li Zhe	Fairness and Efficiency Oriented Prosecutorial Discretion A Study Based upon the Criminal Proceedings	2019-9-02
Shen Siqi	Zhao Guoqiang	Comparative study on recidivism system in Hong Kong, Macao, Taiwan and Mainland China – also on the conception of recidivism system integration in Mainland China	2019-7-25
Li Jiangfeng	Zhao Guoqiang	Between sacred and secular: the institutional function of religion organization in a pluralise age	2019-8-05



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Dai Yihan	Rostam J. Neuwirth	Personal Data Protection and Related Legislation in China: The Implications for International Trade Law	2019-12-11



ACTIVIDADES CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS



23 Março 2019 – The application of International treaties in Macao SAR

30 Março 2019 – The Sino-Portugal relations during the Basic Law drafting

17 Abril 2019 – Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Centro de Estudos Jurídicos (RAEM) – Seminário sobre “Direito da Família nas Ordens Jurídicas de Moçambique, Macau e China”

Data	Oradores	Comunicações
17 Abril 2019	Manuel Trigo	A relevância das relações familiares e dos interesses da família nas leis do jogo. O princípio da igualdade
	Luís Sacramento	Pluralismo Jurídico e as Relações jurídico-familiares
	Arnaldo Mondlane	Criança e Filiação vs Igualdade nas Relações de Família
	Jiang Yiwa	Direito reprodutivo entre os cônjuges na China e (também) em Macau
	Alberto Nkutumula	Inseminação artificial e adopção nas relações homossexuais: breve análise jurídica
	Tânia Waty	Família, Moral e Ética
	Didier Malunga	Superior Interesse da Criança e o Direito da Filiação
	Paula Nunes Correia	Impedimentos matrimoniais: Regime jurídico e breve reflexão sobre questão conexas emergente, no âmbito do Sistema Jurídico



Data	Oradores	Comunicações
17 Abril 2019	Arsénio Lampião	Reexaminando o conceito da menoridade e o papel do Estado na proteção da criança no século XXI
	Shakila Caiado e Deisy Ribeiro	A prestação de alimentos nas relações familiares
	Mário Silvestre	Efeitos do casamento quanto aos bens dos cônjuges, com especial incidência em matéria da execução – algumas decisões jurisprudenciais
	Almeida Machava	Do exercício da actividade empresarial pelos cônjuges e seus efeitos nas relações familiares
	Leong Cheng Hang	O sistema de regimes de bens no casamento em Macau: crónica do sucesso de um caminho autónomo
	Alcides Nobela	Tributação e família em Moçambique: algumas notas

09 Maio 2019 – New Development of Criminal Procedure Law in Mainland China

17 Outubro 2019 – Selective adaptation and Japer’s corporate governance: updates and analysis after the corporate governance reform, Speaker: Masao Nakamura



24-25 Outubro 2019 – Décima Segunda Conferência Internacional sobre as Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global - Novos desafios e desenvolvimentos na Criminologia contemporânea e o seu impacto no Direito Criminal

Data	Oradores	Comunicações
10 Abril 2018	Marcus Alan de Melo Gomes	Direito Penal e criminologia na pós-modernidade
	Liu Jianhong	Influência na criminologia no direito penal na China moderna
	Josefina Castro	O Governo da delinquência juvenil em Portugal: continuidades, descontinuidades e ambivalências
	Carla Sofia	Governança da segurança urbana: o contexto português
	Spencer de Li	Resolução do problema relativo à Reforma Chinesa da Justiça Juvenil
	Dennis Wong	Capacitação das vítimas de bullying escolar com a justiça restaurativa
	Marc Groenhuijsen	Estado actual da vitimologia e alguns desenvolvimentos futuros
	Guoling Zhao	Desenvolvimento da protecção das vítimas de crime no Interior da China e o seu impacto no Direito Criminal
	Terese Lancry Robalo	Vítimas de terrorismo e justiça restaurativa – análise da questão tendo a Lei n.º 3/2006 sobre a prevenção do terrorismo (Macau) em consideração
	Lan Jian	Investigação sobre a Legislação Penal na perspectiva da sociedade do risco
	Li Zhe	Mediação no processo penal Chinês
	Maria Leonor Esteves	O modelo político-criminal perante o crime organizado internacional, em particular, o terrorismo – o Direito Penal do Inimigo em acção



Data	Oradores	Comunicações
10 Abril 2018	Liu Renwen	Estudos sobre o combate contra a criminalidade transfronteiriça e a colaboração judicial em matéria penal inter-regional – numa perspectiva da área da Grande Baía de Guandong – Hong-Kong – Macau
	Miguel Lemos	Tribunal Penal Internacional – Alguns possíveis exemplos que possam ser importados para o Código de Processo Penal de Macau
	Cândido da Agra	Criminologia, Direito Criminal e Política criminal: Ciências criminais ou ciência criminal?



Publicações

Boletim da Faculdade de Direito n.º 38 e n.º 45, em Língua Portuguesa
Boletim da Faculdade de Direito n.º 39, em Língua Chinesa

Colecção de Clássicos Jurídicos de Língua Portugueses

Sinal o Contrato-Promessa, versão em Língua Chinesa, de João Calvão da Silva, tradução de Cao Jin Feng, publicado em 2019.

Direito Processual Penal, versão em Língua Chinesa, de Jorge de Figueiredo Dias, tradução de Ma Zhe e Jiao Jie, publicado em 2019.



ACTIVIDADES

INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS



01/09/2019 - Seminar: Environmental Impact Assessment (EIA) in the International Water Law

02/03/2019-Seminar: The EU And ITS Law. Personal Views – Speaker: Fausto de Quadros, Mário Aroso de Almeida

11/03/2019-Seminar: The Economicisation of International and EU Water Law – Speaker: Paulo Canelas de Castro

29/03/2019-Seminar: The Evolution of the No Harm Rule: From Justinian to Modern European Union and International Law – Speaker: Joseph Dellapenna

03/05/2019-Seminar: The Judicial Struggle Against Fake Pesticides in China: A Geography of Law and Public Health, 1997-2017 – Speaker: Francis Snyder

09/03/2019-Seminar: Europe Day – Speaker: Paulo Canelas de Castro, Sten Verhoeven, Luís Gonçalo Gomes

24/05/2019-Seminar: The Walled Gardens of Social Media in the Age of the Digital Single Market – Speaker: Danny Friedmann

27/05/2019-Seminar: Rule of Law in the Member States of the European Union – Speaker: Miguel Maduro

11/09/2019-Seminar: The New Challenges of World Trade – Speaker: Manuel Lopes Porto

23/09/2019-Seminar: The Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment – Speaker: Ben Boer

25/09/2019-Seminar: Law of the Body: A New Body of Law? – Speaker: Maeghan Toews



11/11/2019- Worskshop: Health and New Technologies

11/12/2019-Seminar: 2019 UNCITRAL Asia Pacific Day UNCITRAL
RCAP-UM JOINT CONFERENCE 2019

Publicações

Macau Law Review, Vol. 39

Macau Law Review, Vol. 40

Macau Law Review, Vol. 41