



BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

A N O XXVI • N ° 52 • 2022

法 律 學 院 學 報



XXVI • 2022

UNIVERSIDADE DE MACAU



PRELIMINAR

52

52



UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM



DA FACULDADE DE DIREITO

ANO XXVI • Nº 52 • 2022

法 律 學 院 學 報



NÚMERO 52, ANO XXVI, 2022

DIRECTOR

Tong Io Cheng

SUBDIRECTORES

Augusto Teixeira Garcia, Wei Dan e Iau Teng Pio

DIRECTOR EXECUTIVO

Manuel M. E. Trigo

ADJUNTO DO DIRECTOR EXECUTIVO

Miguel Quental e Jiang Yi Wa

CONSELHO EDITORIAL

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

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO

António de Jesus Pedro, Ilda Cristina Ferreira, Hong Cheng Nga, Isabel Figueiredo, Leong Kin Man, Paulo Canelas de Castro e Wong Man

PROPRIEDADE

Universidade de Macau

CAPA, DESIGN, EDIÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E SECRETARIADO

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

ENDEREÇO

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

PERIODICIDADE

Semestral

DATA DE PUBLICAÇÃO

Dezembro de 2022

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 pelo Conselho Editorial. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos seus autores. O Boletim da Faculdade de Direito reserva-se ao direito de editar os textos recebidos para, sem lhes alterar o conteúdo, os fazer corresponder aos critérios gráficos adoptados.

ÍNDICE

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

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

Adequação do Direito das Águas da União Europeia às alterações climáticas <i>Paulo Canelas de Castro</i>	19
Lei N.º 16/2021: Aspectos de continuidade e aspectos de mudança na lei migratória de Macau (II Parte) <i>António de Jesus Pedro</i>	51
A Convenção de Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial de 2019 – uma mais-valia para a RAEM? <i>Ilda Cristina Ferreira</i>	119

ARTIGOS SELECIONADOS POR REVISÃO POR PARES

Redução da perda de chance <i>Isabel Figueiredo</i>	149
--	-----

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO SELECIONADOS POR REVISÃO POR PARES

Meios coercivos do cumprimento da obrigação de alimentos <i>Hong Cheng Nga</i>	169
Responsabilidade criminal pela omissão de alimentos no Direito de Macau <i>Wong Man</i>	191

VÁRIA

Auto-participação da sociedade anónima: subscrição, aquisição e detenção de acções por intermédio de uma sociedade dominada à luz do quadro geral vigente <i>Leong Kin Man</i>	217
---	-----

VIDA DA FACULDADE

Notícias dos Mestrados e Doutoramentos	297
Actividades do Centro de Estudos Jurídicos	306
Actividades do Instituto de Estudos Jurídicos Avançados	307

NOTA DE ABERTURA



Durante o Outono, a convite do Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, tenho a honra, como membro da Faculdade, de redigir a Nota de Abertura deste número do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

Decorridos vinte e três anos desde o retorno de Macau à Pátria, este tempo não é longo nem curto. Com os esforços de todos os sectores, foram desenvolvidas várias gerações de profissionais jurídicos em Macau, tendo surgido ao mesmo tempo duas gerações de juristas dos pais e dos filhos. Estas gerações podem ser encontradas em vários sectores profissionais em Macau, quer nos estudos jurídicos, quer no ensino, na administração pública, e como titulares dos principais cargos do Governo, deputados à Assembleia Legislativa e no sector judiciário. Actualmente, não há falta de profissionais qualificados na área jurídica, especialmente de quadros bilingues qualificados nas línguas Chinesa e Portuguesa, o que preocupava a todos antes e depois do retorno de Macau à Pátria. Por causa disto, havia publicações profissionais de estudos jurídicos de Macau que tinham vindo a aparecer constantemente, sendo algumas efémeras, e outras com publicação constante, e esforçando-se e tornando-se revistas nucleares.

Desde o seu estabelecimento em 1997, o Boletim da Faculdade de Direito tem vindo a publicar, de forma contínua, artigos académicos de especialistas e académicos nas línguas Chinesa e Portuguesa. O conteúdo destes artigos académicos, com características próprias e temas diversificados, de carácter profissional e de vanguarda jurídica, é fruto de uma abordagem séria, por parte dos académicos, sobre as questões jurídicas mais problemáticas. Recentemente, o aditamento da participação em temas específicos de mais textos elaborados pelos estudantes e a revisão por equipas de especialistas e editores resultaram em artigos de temas mais amplos e artigos profissionais mais especializados.

Por fim, espero que os alunos desta Faculdade, especialmente os alunos do Curso de Licenciatura em Direito (bilingue Chinês Português), possam ajudar na publicação bilingue, para que o Boletim possa ser uma publicação simultânea em ambas as línguas, beneficiando a maioria dos juristas residentes, que trabalham principalmente em Chinês, dando a todos acesso aos artigos

especializados.

No final do Outono de 2022,
Novo Campo da Universidade de Macau na Ilha de Hengqin,
Iau Teng Pio



ESTATUTO EDITORIAL

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU



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

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

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

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

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

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

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

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

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

ADEQUAÇÃO DO DIREITO DA ÁGUA DA UNIÃO EUROPEIA ÀS ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS

Paulo Canelas de Castro

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Os impactos das alterações climáticas constituem um grande risco da perspectiva da realização dos objectivos da política e do Direito da água da União Europeia (UE). Este artigo analisa a adequação ou a resiliência da Directiva-Quadro da Água da UE (DQA) à luz dos desafios que as alterações climáticas colocam ao cumprimento dos objectivos da Directiva: a não deterioração e o bom estado das águas, superficiais e subterrâneas. A DQA inclui mecanismos para adaptar os objectivos de gestão da água aos impactos das alterações climáticas, incluindo a redefinição do bom estado e a aplicação de excepções. No entanto, parece haver necessidade de prosseguir esforços mais harmonizados a nível da UE para garantir um idêntico nível de ambição e continuidade na capacidade de os objectivos de gestão da água concorrerem para mudanças de regime sustentáveis.

Palavras-chave: Adaptação; alterações climáticas; capacidade de transformação; Direito adaptativo; Direito da água; gestão sustentável da água; impactos das alterações climáticas; mitigação; objetivos ambientais; resiliência jurídica.

Introdução

De há muito que as alterações climáticas perturbam o estado do ambiente global e local: tanto as condições ambientais como as sociedades humanas

organizadas em Estados. Fazem-no com intensidade e frequência crescentes. Um espectro acrescido parece juntar-se-lhes: a ambição do Acordo de Paris adotado ao abrigo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Alterações Climáticas (CQNUAC) de conter o aumento da temperatura média global bem abaixo de 2°C em comparação com a temperatura da era pré-industrial, mas de preferência limitado a 1.5°C, parece cada vez menos realizável. Antes se vai afigurando crescentemente mais incerto que o objectivo possa vir a ser alcançado apenas com os compromissos políticos assumidos até agora, mesmo admitindo que sejam plenamente executados. Teme-se, pelo contrário, que o mundo permaneça numa rota que o deverá levar a atingir o aquecimento de 1.5°C já na década de 2030 e a ultrapassar a fasquia dos 2°C de acréscimo da temperatura média na década de 2040¹. De acordo com a análise de vários especialistas, esta trajectória do aquecimento global do planeta nas próximas décadas importará mudanças duradouras e mesmo potencialmente irreversíveis nas condições do ambiente global². Algumas das mudanças mais drásticas devem ocorrer nos ecossistemas aquáticos, uma vez que os impactos das alterações climáticas se verificarão, na sua maioria, na água ou através da água. Acresce que os ecossistemas de água doce estão já entre os ecossistemas mais vulneráveis e degradados a nível mundial, o que compromete seriamente a sua capacidade de resiliência, a possibilidade de resistirem e se adaptarem aos impactos das alterações climáticas³.

-
- 1 *Vide* United Nations Environment Programme (UNEP). *Emissions Gap Report 2019*: <https://www.unenvironment.org/resources/emissions-gap-report-2018>; *The Intergovernmental Panel on Climate Change (the IPCC) Special Report 'Global Warming of 1.5 °C'*. Summary for Policy-Makers <https://www.ipcc.ch/sr15/chapter/spm/>; World Meteorological Organisation (WMO). *Provisional Report on the State of the Global Climate 2020* ; e, o mais recente, *State of the Global Climate 2022* (WMO-No. 1316).
 - 2 Já assim, nos primeiros anos do século, Wigley, T.M.L. “The Climate Change Commitment”. *Science* 2005, 307, pp. 1766-1769. Solomon, S.; Plattner, G.K.; Knutti, R.; Friedlingstein, P., “Irreversible Climate Change Due to Carbon Dioxide Emissions”. *Proceedings of National Academy of Sciences USA* 2009, 106, pp. 1704–1709; Pachauri, R.K.; Reisinger, A. (Eds.), *Climate Change 2007: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*; Geneva, Switzerland, 2007, IPCC, p. 104.
 - 3 Jiménez Cisneros, B.E. “Freshwater Resources”. In Field, C.B., Barros, V.R., (Eds.); *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*; New York, NY, USA, 2014, Cambridge University Press; European Environmental Agency. *The European Environment—State and Outlook 2020. Knowledge for Transition to a Sustainable Europe*; Copenhagen, Denmark, 2019, European Environment Agency; UN World Water Assessment Programme. *The United Nations World Water Development Report 2020: Water and Climate Change*. Cf. <https://www.unwater.org/publications/world-water-development-report-2020>.

A Directiva-Quadro da Água da UE (2000/60/CE, DQA)⁴ postula a aplicação de um sistema de gestão integrada da água com o objectivo de evitar a deterioração das águas de superfície interiores e subterrâneas da Europa, de se alcançar um bom estado ecológico (ou, como a DQA cautelosamente diz, em alternativa, um bom potencial ecológico), bom estado químico nas águas superficiais, bom estado quantitativo e bom estado químico nas águas subterrâneas até 2015, um prazo que pode ser prorrogado até 2027. No entanto, desde que se iniciou o procedimento de aplicação da Directiva, apenas um número limitado de massas de água melhorou, sendo que, particularmente a respeito das águas superficiais, existem sérias preocupações sobre se os objectivos poderão ser alcançados numa percentagem substancial de águas, mesmo no horizonte temporal alargado de 2027⁵.

Em simultâneo, as alterações climáticas terão impacto em todos os elementos do estado ecológico das águas superficiais, bem como no estado quantitativo das águas subterrâneas, sendo que se estima que esses impactos aumentem em intensidade e frequência nos próximos anos⁶. De acordo com a qualificação da DQA, um bom estado ilustra as condições de um ecossistema aquático saudável e resiliente. Em contraposição, pensa-se que nas massas de água onde o bom estado ainda não foi alcançado, existe o risco de elas virem a sofrer uma maior degradação devido às alterações climáticas⁷. Assim, os impactos das

4 JO L 327, de 22.12.2000, p. 1.

5 European Environmental Agency. *European Waters—Assessment of Status and Pressures 2018*. EEA Report No 7/2018; Copenhagen, Denmark, 2018, European Environment Agency; The European Parliament and the Council of the European Union. *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the implementation of the Water Framework Directive (2000/60/EC) and the Floods Directive (2007/60/EC) Second River Basin Management Plans First Flood Risk Management Plans* COM(2019) 95 final. JOUE, 2007, 288, 27–34; Directorate-General for Environment. Commission Staff Working Document: *European Overview—River Basin Management Plans Accompanying the Document Report from the Commission to the European Parliament and the Council—Implementation of the Water Framework Directive (2000/60/EC) and the Floods Directive (2007/60/EC) Second River Basin Management Plans First Flood Risk Management Plans*; SWD(2019) 30 final; Brussels, Belgium, 2019, European Commission.

6 Wilby, R.L.; Orr, H.G.; Hedger, M.; Forrow, D.; Blackmore, M. “Risks posed by climate change to the delivery of Water Framework Directive objectives in the UK”, *Environment International* 2006, 32, 1043–1055; European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, Belgium, 2009 European Commission.

7 European Environmental Agency. *The European Environment—State and Outlook 2020. Knowledge for Transition to a Sustainable Europe*; Copenhagen, 2019, European Environment Agency; European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, Belgium, 2009 European Commission.



alterações climáticas envolvem o risco de deterioração do estado da água e de pôr em perigo a realização dos objetivos no prazo da Diretiva⁸, impossibilitando mesmo a sua consecução⁹. Acresce que respostas de adaptação as alterações climáticas como por exemplo o aumento da captação de água em resposta às necessidades de irrigação agrícola, ou a de construção de novas infraestruturas de defesa contra inundações e blindagem costeira em resposta à subida do nível do mar, devem resultar em mais impactos adversos nos objectivos de gestão da água¹⁰. Pode, portanto, esperar-se que no futuro haja a necessidade de operar difíceis equilíbrios ou soluções de compromisso ou de compensação entre os interesses mais imediatos da sociedade e os objectivos de gestão da água.

Isto significa, conseqüentemente, que, da mesma forma que os desafios que as alterações climáticas colocam aos regimes jurídicos ambientais na consecução dos seus objectivos principais foram, até à data, maioritariamente reconhecidos no campo do Direito de conservação da biodiversidade, levando a nele introduzir, crescentemente, medidas de adaptação¹¹, também se torna necessário proceder a idêntico esforço de repensar os objectivos de qualidade e quantidade de água à luz do desafio maior das alterações climáticas no quadro particular do Direito e da política de gestão da água da UE. Ecossistemas de água saudáveis e funcionais oferecem valiosos serviços ecossistêmicos para a mitigação das alterações do clima e a adaptação da sociedade às alterações climáticas, uma vez que podem actuar como sumidouros de carbono, facilitar a geração de energia renovável, fornecer água potável e água para irrigação, regular os fluxos de água e condições extremas e apoiar a biodiversidade^{12 13}. Prosseguir os objetivos da DQA afigura-se pois

8 European Environmental Agency. *The European Environment—State and Outlook 2020. Knowledge for Transition to a Sustainable Europe*; Copenhagen, 2019, European Environmental Agency.

9 European Environmental Agency. *Climate Change, Impacts and Vulnerability in Europe 2016—An Indicator-Based Report*. EEA Report 1/2017; Copenhagen, 2017, European Environmental Agency.

10 European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, 2009, European Commission.

11 Willis, K.; Bhagwat, S. “Biodiversity and Climate Change”. *Science* 2009, 326, 806–807; Robbins, K. “The Biodiversity Paradigm Shift: Adapting the Endangered Species Act to Climate Change”. *Fordham Environmental Law Review*, 2015, 27, 57–105.

12 *The United Nations World Water Development Report 2018: Nature-Based Solutions for Water*. (<https://www.unwater.org/publications/world-water-development-report-2018/>); UN World Water Assessment Programme. *The United Nations World Water Development Report 2020: Water and Climate Change*. (<https://www.unwater.org/publications/world-water-development-report-2020>).

13 European Commission. *Commission Staff Working Document Climate Change and Water; Coasts and Marine Issues*; SEC(2009) 386; Brussels, 2009, European Commission.

crucial para a mitigação e a adaptação às alterações climáticas.

Por outro lado, é certo que as alterações climáticas estão a transformar as condições ambientais básicas e a agravar as pressões nos ecossistemas aquáticos, o que dificulta a realização dos objectivos de gestão da água e põe em risco a capacidade de os ecossistemas aquáticos proporcionarem os benefícios de mitigação e adaptação às alterações climáticas de que as sociedades dependem. É por isso importante que a o regime jurídico respeitante aos objectivos de gestão da água possa responder a estes impactos de forma a que eles se mantenham operacionais e a permitir a efetiva promoção de uma gestão sustentável da água num quadro de mudança das condições sócio-ecológicas.

Este artigo analisa o regime jurídico da DQA sobre os objectivos ambientais à luz do desafio ou magno problema das alterações climáticas. Para tanto, o artigo aborda a questão de como os impactos das alterações climáticas podem ser tratados no quadro dos objectivos ambientais da DQA e as implicações que isso tem para a promoção de uma gestão sustentável da água. Esta avaliação, equivale a um repensar do Direito dos objectivos de gestão da água, na perspectiva da sua adequação ou resiliência às magnas mudanças do clima.

A base teórica para estas reflexões e, para esta investigação é o conceito de Direito adaptativo ou a teoria jurídica da resiliência, no quadro dos quais a literatura académica estabeleceu critérios para avaliar e melhorar a resiliência e a capacidade adaptativa dos regimes jurídicos, por forma a que eles se revelem mais bem equipados para responder a mudanças sociais ou ambientais como as mudanças climáticas.

A Parte 1 deste artigo apresenta este quadro teórico e sintetiza os principais elementos e critérios de avaliação da resiliência dos instrumentos jurídicos estabelecidos na literatura académica sobre resiliência jurídica e direito adaptativo e estabelece a necessidade de prestar maior atenção à regulamentação dos objectivos ambientais.

Na Parte 2, centrada no regime relativo aos objectivos ambientais previstos pela DQA, aferir-se-á de quais as características deste regime da DQA que são fortes em termos de resiliência e quais as características que podem revelar-se problemáticas.

A Parte 3 analisa a regulamentação dos objectivos ambientais, particularmente à luz dos impactos e desafios das alterações climáticas.

A Parte 4 apresenta as conclusões destas análises e discute as características de resiliência que o regime dos objectivos ambientais da DQA evidencia e as implicações que estes objectivos assim definidos podem ter na construção da resiliência dos sistemas sócio-ecológicos às alterações climáticas.

1. A questão da Resiliência Jurídica e a Teoria do Direito Adaptativo

A resiliência sócio-ecológica é geralmente conceptualizada no sentido de resiliência ecológica, ou seja, a capacidade de um sistema sócio-ecológico absorver mudanças sem mudar para um novo regime com um conjunto diferente de processos e estruturas¹⁴.

As alterações climáticas representam uma perturbação dos sistemas sócio-ecológicos com uma magnitude e gravidade imprevisas, que colocarão seriamente à prova a resiliência dos sistemas sócio-ecológicos. A resiliência dos sistemas sócio-ecológicos supõe capacidade de adaptação, ou seja, a capacidade de absorver as mudanças e as perturbações dos sistemas e de lhes responder com alterações sem que, contudo, se transmudar num regime novo e indesejado, com processos e estruturas diferentes. É neste sentido, justamente, por exemplo, que, para tornar a Europa mais resistente às mudanças do clima, que a Estratégia da UE de Adaptação às alterações climáticas¹⁵ enuncia o objectivo de reforçar a preparação de todos os níveis de governação e a capacidade dos mesmos para responder aos impactos das alterações climáticas¹⁶. No entanto, resiliência também envolve capacidade de transformação, que é o potencial de um sistema sócio-ecológico mudar para um regime diferente, mas um que ainda seja socialmente desejável e sustentável, quando os regimes anteriores se revelam insustentáveis face às mudanças socio-ecológicas¹⁷. No contexto climático, isto significa, em especial, a capacidade de operar mudanças sociais de uma economia intensiva em gases com efeito de estufa para uma economia com emissões de carbono baixas.

Já no que respeita à relação entre o Direito (ambiental) e a resiliência climática, duas perspectivas se devem relevar.

14 Assim, nomeadamente, Holling, C.S. “Resilience and Stability of Ecological Systems”. *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, 1973, 4, pp. 1-23; Folke, C.; Carpenter, S.; Walker, B.; Scheffer, M.; Elmqvist, T.; Gunderson, L.; Holling, C.S. “Regime shifts, resilience, and biodiversity in ecosystem management”, *Annual Review of Ecology, Evolution and Systematics*, 2004, 35, pp. 557-581.

15 European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions: *An EU Strategy on Adaptation to Climate Change*. COM (2013) 216.

16 Em 2020, a Comissão fez uma consulta pública sobre este *Blueprint for new EU Adaptation Strategy*, como parte do *Green Deal* da UE, que se veio a adoptar em 2021. Cf. European Commission, *Adaptation to Climate Change Blueprint for a New, More Ambitious EU Strategy*. Cf. <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12381EU-Strategy-on-Adaptation-to-Climate-Change/public-consultation>.

17 Assim, Chaffin, B.C.; Garmestani, A.S.; Gunderson, L.H.; Benson, M.H.; Angeler, D.G.; Arnold, C.A.; Cosens, B.; Craig, K.R.; Ruhl, J.B.; Allen, C.R. “Transformative environmental governance”. *Annual Review of Environment and Resources*, 2016, 41, pp. 399-423.

A perspectiva do direito orientado para a resiliência reconhece a importância do direito no reforço da resiliência dos sistemas sócio-ecológicos, facilitando a adaptação às alterações climáticas, proporcionando a estabilidade (social) necessária e desencadeando mudanças de regime para estados de sistema que ainda se apresentem desejáveis. No caso do que se tem chamado “*nexo água*” relativamente ao desafio das alterações climáticas, ou da forma como este importante repto global contende com a água, o que tal significa é que o direito relativo à gestão da água contribui para aumentar a resiliência dos sistemas sócio-ecológicos aos riscos das alterações climáticas relativos à água, ao incentivar a mudança de práticas e estruturas que causam a degradação da qualidade e da quantidade da água no sentido de uma utilização e gestão mais sustentáveis.

Na UE, os instrumentos jurídicos para promover a resiliência climática no contexto do ‘*nexo água*’ incluem a Directiva Inundações (2007/60/CE) e a Estratégia da UE para a Escassez de Água e a Seca^{18 19} bem como o Regulamento Reutilização da Água (N.º 2020/741 da UE). Contudo, a DQA continua a ser o instrumento jurídico mais importante para promover a gestão global dos recursos hídricos, incluindo a sua utilização sustentável e a sua protecção.

Para além disto, e para se manter operacional e eficaz na condução da resiliência sócio-ecológica, o Direito deve, ele próprio, possuir características de resiliência a perturbações de grande escala ou magnitude do género das alterações climáticas²⁰. Esta outra dimensão da teoria da resiliência dos sistemas jurídicos intenta analisar a resiliência dos próprios sistemas jurídicos, avaliando a capacidade de os sistemas jurídicos se manterem operacionais e eficazes num mundo em mudança²¹.

A literatura académica estabeleceu um vasto conjunto de critérios para

18 European Commission. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council—Addressing the Challenge of Water Scarcity and droughts in the European Union*; SEC(2007) 993; {SEC(2007) 996; Brussels, Belgium, 2007, European Commission.

19 Garmestani, A.; Ruhl, J.B.; Chaffin, B.C.; Craig, R.K.; Van Rijswick, H.F.M.W.; Angeler, D.G.; Folke, C.; Gunderson, L.; Twidwell, D.; Allen, C.R. “Untapped capacity for resilience in environmental law”. *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA* 2019, 116, pp. 19899-19904.

20 Wenta, J.; McDonald, J.; McGee, J. “Enhancing Resilience and Justice in Climate Adaptation Laws”. *Transnational Environmental Law*, 2018, 8, pp. 89-118.

21 Doremus, H. “Adapting to Climate Change with Law that Bends without Breaking”. *San Diego Journal of Climate and Energy Law*, 2010, 2, p. 45; Ruhl, J.B. Climate change adaptation and the structural transformation of environmental law. *Environmental Law*, 2010, 40, pp. 363-431; Craig, R.K. “Stationarity is Dead—Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law”. *Harvard Environmental Law Review*, 2010, 34, p. 9; Ruhl, J.B. “General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems—With Applications to Climate Change Adaptation”. *North Carolina Law Review*, 2011, 89, pp. 1373-1403.

avaliar e medir a fiabilidade dos sistemas jurídicos.

Tal como acontece a respeito da resiliência dos sistemas sócio-ecológicos, os elementos cruciais para a resiliência do direito são a capacidade de adaptação às mudanças das circunstâncias envolventes ou um maior conhecimento do sistema sócio-ecológico²², e a capacidade de transformação para alterar as suas estruturas e processos no sentido de um regime mais sustentável²³. Isto diz respeito tanto ao direito substantivo, caso em que o regime jurídico deve demonstrar a capacidade de alterar os seus requisitos substanciais, as normas e os objectivos em resposta às condições alteradas, como ao direito adjectivo ou processual, em que o que está em causa é antes a agilidade de um regime jurídico, nos seus processos de aplicação e execução, se adaptar àqueles novos objectivos e normas substantivas²⁴. O Direito pode, por exemplo, ter de alterar os seus objectivos fundamentais, quando estes não reflectem as novas realidades em que tem de operar ou renunciar a um efeito de *res judicata* relativamente a decisões anteriores que constituam obstáculo a mudanças de regime sustentáveis. Simultaneamente, a capacidade de transformação refere-se ao objectivo do Direito de melhorar os sistemas sócio-ecológicos e induzir mudanças de regime no sentido de melhores vias de resiliência, criando medidas vigorosas e eficazes para a mudança e permitindo lidar com conflitos e compensações, compromissos, ou equilíbrios (*trade-offs*) entre interesses e valores²⁵. Para o efeito, o Direito ainda deve respeitar as exigências

22 McDonald, J. The role of law in adapting to climate change. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, 2011, 2, pp. 283-295, *notius* pp. 289-290.

23 Garmestani, A.; Ruhl, J.B.; Chaffin, B.C.; Craig, R.K.; Van Rijswick, H.F.M.W.; Angeler, D.G.; Folke, C.; Gunderson, L.; Twidwell, D.; Allen, C.R. “Untapped capacity for resilience in environmental law”. *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA* 2019, 116, pp. 19899-19904; Craig, R.K.; Garmestani, A.; Allen, C.R.; Arnold, C.A.; Birge, H.E.; DeCaro, D.A.; Fremier, A.K.; Gosnell, H.; Schlager, E. “Balancing stability and flexibility in adaptive governance: An analysis of tools available in U.S. environmental law”. *Ecology and Society*, 2017, 22, pp. 1-3.

24 *Idem, ibidem*.

25 Arnold, C.A.; Gunderson, L.H. “Adaptive Law and Resilience”. *Environmental Law Report* 2013, 43, p. 10426; Ebbesson, J.; Hey, E. Introduction: Where in law is social-ecological resilience? *Ecology and Society*, 2013, 18, n.º 25; Green, O.O.; Garmestani, A.S.; Allen, C.R.; Gunderson, L.H.; Ruhl, J.B.; Arnold, C.A.; Graham, N.A.J.; Cosens, B.; Angeler, D.G.; Chaffin, B.C.; *et al.* “Barriers and bridges to the integration of social-ecological resilience and law”. *Frontiers in Ecology and the Environment*, 2015, 13, pp. 332-337; Craig, R.K.; Garmestani, A.; Allen, C.R.; Arnold, C.A.; Birge, H.E.; DeCaro, D.A.; Fremier, A.K.; Gosnell, H.; Schlager, E. “Balancing stability and flexibility in adaptive governance: An analysis of tools available in U.S. environmental law”. *Ecology and Society*, 2017, 22, pp. 1-3; Garmestani, A.; Ruhl, J.B.; Chaffin, B.C.; Craig, R.K.; Van Rijswick, H.F.M.W.; Angeler, D.G.; Folke, C.; Gunderson, L.; Twidwell, D.; Allen, C.R. “Untapped capacity for resilience in environmental law”. *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA* 2019, 116, pp. 19899-19904.

do estado de direito; ou seja, a adaptabilidade e a agilidade que se lhe pede devem ser contrabalançadas com uma certa rigidez e estabilidade, tanto na sua dimensão material como na dimensão processual²⁶.

2. O problema da resiliência no regime da DQA

De um modo geral, a DQA inclui algumas características de resiliência fortemente positivas.

O artigo 4.º, n.º 1, estabelece os objectivos gerais do regime da governação da água, exigindo aos Estados-Membros que tomem as medidas necessárias para evitar a deterioração de todas as águas superficiais e subterrâneas, para alcançar um bom estado ecológico ou potencial ecológico e um bom estado químico das águas superficiais, e para obterem um bom estado quantitativo e um bom estado químico das águas subterrâneas. Para a realização destes objetivos, a directiva estabelece o prazo de 2015, prevendo embora também que os Estados-Membros o possam prorrogar até 2027.

Os objectivos constituem um elemento transformador da directiva, já que a sua aplicação induz mudanças e alterações de regime, no sentido de uma gestão mais sustentável da água, acompanhada de um regime de isenções ou exceções que facilita os equilíbrios, compensações, os compromissos entre as aspirações ambientais e outros interesses sócio-económicos. Os objectivos de gestão da água devem ser alcançados através de um processo de planeamento da gestão integrada das bacias hidrográficas, para o que se prevê uma abordagem de governação a vários níveis para a prossecução destas políticas da água, o que constitui o elemento adaptativo no regime da DQA. A abordagem de planeamento da gestão das bacias hidrográficas constitui um processo adaptativo que inclui:

- a constituição de uma base de conhecimentos sobre o contexto sócio-ecológico (artigo 5º),
- a formulação de objectivos de gestão para o contexto sócio-ecológico (artigo 4.º),
- a participação e inclusão do público e dos diferentes actores (artigo 14.º),
- a compilação das medidas consideradas mais adequadas para alcançar os objectivos de gestão da água no contexto sócio-ecológico em causa (artigo 11.º), e
- a revisão e o ajustamento da gestão, num processo cíclico baseado no acompanhamento e na actualização das análises (artigo 9.º).

Assim, o processo de gestão das bacias hidrográficas para formular as

26 Keessen, A.; van Rijswick, M. “Adaptation to Climate Change in European Water Law and Policy”. *Utrecht Law Rev.* 2012, 8, pp.38, ss., *notius* p. 41.

políticas da água ao nível das regiões hidrográficas comporta flexibilidade para se lidar com diferentes actividades, pressões e impactos nos sistemas sócio-ecológicos e para promover as medidas mais adequadas a um determinado contexto²⁷. O regime da DQA é adaptativo no sentido em que prescreve avaliações, monitorização e participação pública, como base para informar a tomada coordenada de decisões e os ajustes num ciclo de planeamento de seis anos, o que promove a capacidade de resposta das políticas de gestão da água à alteração das circunstâncias e das prioridades, bem como a novos conhecimentos. A directiva permite, pois, operacionalizar uma gestão adaptativa, em conformidade com o que tem sido amplamente defendido pela doutrina como forma de criar resiliência nas políticas de recursos naturais²⁸.

De modo consequente com este modelo, os gestores da água puderam desenvolver planos de gestão em resposta a pressões e efeitos ambientais que não foram explicitamente abordados na própria Directiva, incluindo os impactos das alterações climáticas, tais como as secas e os períodos de escassez de água²⁹. O processo de gestão das bacias hidrográficas permite identificar e abordar os diferentes impactos das alterações climáticas e as condições sócio-ecológicas regionais ou locais, bem como formular instrumentos adequados, com base nestas características e no envolvimento do público e das partes interessadas. Os Estados-Membros podem mesmo optar por medidas que antecipem e atenuem os impactos futuros, quando a análise, o acompanhamento, e as informações obtidas através da participação das várias partes interessadas, proporcionarem uma base de conhecimentos suficiente para o efeito³⁰. Não surpreende por isso que a avaliação da qualidade da Directiva, realizada em 2019³¹, tenha concluído que a

27 McDonald, J. “The role of law in adapting to climate change”. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, 2011, 2, pp.283-295.

28 Notius, Holling, C.S. (Ed.) *Adaptive Environmental Assessment and Management*; Hoboken, NJ, USA, 1978, Wiley; Bruch, C. “Adaptive Water Management: Strengthening Laws and Institutions to Cope with Uncertainty”. In Biswas, A.K., (Ed.), *Water Management in 2020 and Beyond*; Berlin/Heidelberg, Germany, 2009, Springer, pp. 91-92; Arnold, C.A. “Adaptive Watershed Planning and Climate Change”. *Environmental & Energy Law Policy Journal*, 2010, 5, p. 417; McDonald, J.; Styles, M.C. “Legal Strategies for Adaptive Management under Climate Change”. *Journal of Environmental Law*, 2014, 26, p. 25; Allen, C.R.; Fontaine, J.J.; Pope, K.L.; Garmestani, A.S. “Adaptive Management for a Turbulent Future”. *Journal of Environmental Management*, 2011, 92, pp.1339-1345.

29 Garmestani, A.; Ruhl, J.B.; Chaffin, B.C.; Craig, R.K.; Van Rijswick, H.F.M.W.; Angeler, D.G.; Folke, C.; Gunderson, L.; Twidwell, D.; Allen, C.R. “Untapped capacity for resilience in environmental law”. *Proceedings of the National Academy of Sciences USA* 2019, 116, p. 19900.

30 Keessen, A.; van Rijswick, M. “Adaptation to Climate Change in European Water Law and Policy”. *Utrecht Law Review*, 2012, 8, p. 38.

31 European Commission. *Commission Staff Working Document: Fitness Check of the Water*

DQA é suficientemente prescritiva no que diz respeito às pressões a abordar, mas também que ela é suficientemente flexível para garantir a sua aplicação, conforme se revele necessário, no que diz respeito às alterações climáticas.

A DQA não procura harmonizar todos os aspectos das políticas da água nos Estados-Membros. Neste sentido, ela proporciona aos Estados-Membros flexibilidade no que se refere às regras de aplicação e às condições processuais para a realização dos seus objectivos, em diferentes áreas de ação³²⁻³³. Em conformidade, muitos elementos de resiliência da legislação relativa à água, como a adaptabilidade dos instrumentos jurídicos, a capacidade de transformação das regras e processos de aplicação e o mecanismo de execução, dependem da concepção de leis nacionais que regulam as operações, os sectores e os processos administrativos que controlam os impactos, as pressões e a protecção das águas.

Para lá destes elementos, contudo, a DQA também contém regras e instrumentos de execução suficientemente definidos e mesmo prescritivos. O artigo 11.º prevê que as medidas de gestão da água sejam harmonizadas na medida em que decorram de legislação comunitária relevante que contenha instrumentos e regras prescritivas, como as medidas exigidas ao abrigo da Directiva Nitratos (91/676/CEE), da Directiva Emissões Industriais (2010/75/UE), e da Directiva Águas Residuais Urbanas (91/271/CEE). Além disso, o artigo 11.º exige o estabelecimento de determinados instrumentos jurídicos específicos para a gestão da água, incluindo requisitos de licenciamento obrigatórios para um vasto grupo de actividades, como a captação de água, o represamento, a recarga artificial de águas subterrâneas, as descargas de fontes pontuais, e quaisquer outras actividades que causem impactos adversos significativos na água, em especial nas suas condições hidromorfológicas (artigo 11.º, n.º 3, alíneas e) e i)).

Acresce que os objectivos ambientais previstos no artigo 4.º da DQA constituem obrigações rigorosas que se aplicam tanto a medidas individuais de gestão da água, como o licenciamento, como às próprias políticas de gestão da água dos Estados-Membros no seu conjunto. O artigo 4.º, n.º 1, exige, em especial, que os Estados-Membros, ao prosseguirem os programas de medidas, tomem as medidas necessárias para evitar a deterioração das águas e para alcançar um bom estado. Isto significa que os objectivos ambientais fornecem o resultado substantivo

Framework Directive, Groundwater Directive, Environmental Quality Standards Directive and Floods Directive; SWD(2019) 439 final; Brussels, 2019, European Commission.

32 TJUE Caso C-32/05 *Commission v Luxembourg*, 2006, EU:C:2006:749; TJUE Caso C-525/12 *Commission v Germany*, 2014, EU:C:2014:2202.

33 Keessen, A.; Van Kempen, J.J.; Van Rijswijk, M.; Robbe, J.; Backes, C.W., “European River Basin Districts: Are They Swimming in the Same Implementation Pool?” *Journal of Environmental Law*, 2010, 22, pp. 197-221.

que preside à aplicação das medidas de gestão da água, seja, as medidas decorrentes de outra legislação comunitária, o controlo de licenças exigidos ao abrigo da DQA, e as medidas e os instrumentos da política nacional da água incluídos nos programas de medidas adoptados pelas administrações da água nacionais.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) confirmou que os objectivos ambientais de não deterioração e de obtenção de um bom estado constituem regras vinculativas para os processos de licenciamento, que constituem importantes medidas de gestão da água na implementação dos objectivos de gestão da água. Assim, os Estados-Membros não podem, com base na sua legislação nacional, conceder licenças a projectos que causem a deterioração do estado da água ou que ponham em risco a obtenção de um bom estado, a menos que se aplique uma excepção prevista no n.º 7 do artigo 4.º³⁴. A interpretação do conceito de deterioração é estrita, já que para a sua verificação basta a deterioração de um único critério de qualidade utilizado na avaliação do estado ecológico. Além disso, o TJUE estabeleceu que o artigo 4.º implica o direito de os indivíduos e as ONGs de protecção do ambiente contestarem a legalidade das decisões tomadas ao abrigo da legislação nacional em matéria de política da água, justamente com base nos requisitos prescritos pelo artigo 4.º da DQA³⁵.

Assim, os objectivos ambientais e a regra da não deterioração evoluíram na jurisprudência do TJUE para regras jurídicas mais vinculativas, uma vez que constituem agora requisitos jurídicos rigorosos, de cuja verificação depende a permissibilidade das actividades respeitantes aos recursos hídricos. Além disso, os objectivos previstos no artigo 4.º têm sido cada vez mais considerados como constituindo obrigações vinculativas para os Estados-Membros em relação ao resultado a alcançar, o que tornaria a obtenção de um bom estado no prazo previsto na Directiva uma obrigação executável, um resultado a alcançar pelos Estados-Membros³⁶. Isto significa que os Estados-Membros aplicam a Directiva no contexto das suas leis nacionais (da água) de forma a promover as acções necessárias que garantam que as massas de água não se deteriore e que antes atinjam um bom estado no prazo previsto na Directiva. De igual modo, a Directiva inclui um regime de isenções ou excepções que estabelece as condições que permitem aos Estados-Membros visar resultados substantivos diversos com

34 TJUE Cas C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, [2015] ECLI:EU:C:2015:433. TJUE Caso C-535/18 *Land Nordrhein-Westfalen*, [2020] ECLI:EU:C:2020:391.

35 TJUE Caso C-535/18 *Land Nordrhein-Westfalen*, [2020] ECLI:EU:C:2020:391; TJUE Caso C-664/15 *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, [2017] ECLI:EU:C:2017:987.

36 Van Kempen, J.J. “Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive”. *Journal of Environmental Law*, 2012, 24, pp. 499-533, especialmente pp. 522-526.

as suas políticas nacionais de gestão da água. Isso significa que a capacidade de adaptação e transformação do direito substantivo da água na UE depende, afinal, quer do regime dos objectivos ambientais, quer do regime de excepções da DQA. O próximo ponto analisará a capacidade de o regime dos objectivos ambientais e das excepções garantir a resposta adequada aos desafios das alterações climáticas.

3. Os Objectivos da Gestão da Água e as Alterações Climáticas

3.1. O que é um Bom Estado? — Definição dos objetivos da política da água

Na DQA, a definição de objectivos, no que concerne as águas de superfície, diz respeito à saúde e ao funcionamento dos ecossistemas (estado ecológico) e à composição química (estado químico), ao passo que, para as águas subterrâneas, os objectivos dizem respeito à quantidade de água (estado quantitativo) e à composição química das águas subterrâneas (estado químico). Enquanto os objectivos relativos ao estado químico são estabelecidos com base nas concentrações de determinados compostos químicos nocivos na água, ao abrigo da Directiva sobre as normas qualidade ambiental da UE (2008/105(CE))³⁷ e da Directiva relativa à protecção das águas subterrâneas contra a poluição e a deterioração (2006/118/CE)³⁸, os objectivos relativos ao estado ecológico e ao estado quantitativo são formulados de forma bastante aberta e flexível na própria DQA.

As águas superficiais são distinguidas com base em categorias e tipos de massas de água, para as quais a Directiva prevê um sistema de classificação do respectivo estado ecológico em cinco níveis. O Anexo V da DQA fornece descrições normativas para os elementos de qualidade do estado ecológico (condições biológicas, físico-químicas e hidromorfológicas) em cada classe de estado, que se baseiam no desvio em relação às condições de referência do estado ecológico, o estado excelente (Anexo V da DQA, Secção 1.2). No que respeita ao objectivo do estado quantitativo das águas subterrâneas, a DQA apenas fornece definições muito gerais para o bom estado quantitativo, cabendo aos gestores das águas a formulação mais específica (Anexo V, Secção 2.1). Tanto os objectivos relativos ao estado ecológico como os relativos ao estado quantitativo devem ser transformados em objectivos mais específicos no âmbito do planeamento da gestão das bacias hidrográficas, o que permite adequar os objectivos às condições

37 JO L 384, de 24.12.2008, p. 84.

38 JO L 372, de 27.12.2006.

ambientais da região de gestão da bacia hidrográfica³⁹. Em sentido contrário, diminuindo a flexibilidade na determinação dos objectivos do estado ecológico, as descrições do bom estado ecológico e as condições de referência para cada tipo de água de superfície são harmonizadas para as regiões geográficas com o chamado exercício de intercalibração, e formalizadas numa decisão vinculativa da Comissão (Anexo V da DQA, Secção 1.4.1, Decisão 2013/480/UE da Comissão⁴⁰).

Para além das diferenças em termos de flexibilidade na definição dos objectivos específicos, o bom estado ecológico e o bom estado quantitativo são tratados de forma diferente. Um bom estado ecológico significa apenas um ligeiro desvio em relação ao parâmetro de referência para a avaliação do estado ecológico, o estado elevado, que se verifica quando o estado da massa de água a revela sem impacto humano ou com um impacto humano muito reduzido (Anexo V da DQA, Secção 1.2)⁴¹. Por conseguinte, num bom estado ecológico só pode haver baixos níveis de distorção da qualidade em razão de actividades humanas. O que igualmente implica que os interesses sociais e económicos do sistema sócio-ecológico se reflectem nos objectivos de gestão da água principalmente através do regime de excepção da DQA ou da designação de massas de água artificiais ou fortemente modificadas (Anexo V da DQA, Secção 1.2.5). Em contrapartida, o bom estado quantitativo das águas subterrâneas é definido como um equilíbrio sustentável entre a captação e a produção de água subterrânea, ilustrando a sustentabilidade a longo prazo da utilização dos recursos hídricos e do funcionamento da massa de água subterrânea em termos dos serviços ecossistémicos que presta (n.º 26 do artigo 2.º da DQA, Anexo V, Secção 2.1.2). À partida, os objectivos do estado quantitativo representam o objectivo olhando a factores e de forma mais multifacetada do que o objectivo do estado ecológico, que implica um estado histórico quase pristino das águas, uma condição em em que estas conhecem impactos humanos mínimos.

No entanto, o facto de os objectivos da DQA se basearem em condições históricas pristinas das massas de água e na definição de metas fundadas em expectativas irrealistas de inverter os impactos humanos está longe de ser compatível com as realidades do funcionamento dos ecossistemas e pode mesmo constituir um ponto de partida insustentável para um quadro jurídico que procure

39 Howarth, W. “The Progression Towards Ecological Quality Standards”. *Journal of Environmental Law*, 2005, 18, pp. 3-35; van Holten, S.; van Rijswijk, M. “The Governance Approach in European Union Environmental Directives and Its Consequences for Flexibility, Effectiveness and Legitimacy”. In Peeters, M., Uylenburg, R., (Eds.); *EU Environmental Legislation—Legal Perspectives on Regulatory Strategies*; Cheltenham, UK, 2014, Edward Elgar Publishing.

40 JO L 266, de 8.10.2013, p. 1.

41 Josefsson, H. “Ecological Status as a Legal Construct—Determining its Legal and Ecological Meaning”. *Journal of Environmental Law*, 2015, 27, pp. 231-258.

fazer face às alterações climáticas. A viabilidade e sustentabilidade do direito substantivo que procura manter o *status quo* dos ecossistemas, ou restaurá-los a qualquer estado histórico anterior às pressões antropogénicas, tem sido contestada pela noção das características complexas-adaptativas dos ecossistemas, que demonstrou que não existe um estado de equilíbrio inerente aos ecossistemas e que os sistemas alterados não regressam espontaneamente ao normal quando as pressões cessam⁴². As alterações climáticas provocam vários impactos na gestão, incluindo: (1) alterações das condições ambientais; (2) efeitos exacerbados das pressões existentes⁴³ e (3) novas pressões decorrentes das respostas de mitigação e adaptação⁴⁴. Assim, as alterações climáticas irão inevitável e irreversivelmente alterar as condições naturais e o contexto sócio-económico, tornando a obtenção de qualquer estado estável, pristino ou histórico dos ecossistemas aquáticos extremamente difícil e muito provavelmente impossível, devido às realidades ecológicas e socioeconómicas⁴⁵. Além disso, estes efeitos são caracterizados por um elevado nível de incerteza, uma vez que as trajectórias climáticas, a magnitude e a taxa de aquecimento, os impactos directos nos ecossistemas e nas sociedades, e as implicações a longo prazo são, em ampla medida, desconhecidos⁴⁶.

Por conseguinte, uma parte importante da criação de quadros jurídicos resilientes consiste em reavaliar e ajustar os objetivos das políticas e do direito

-
- 42 Milly, P.C.D.; Betancourt, J.; Falkenmark, M.; Hirsch, R.M.; Kundzewicz, Z.W.; Lettenmaier, D.P.; Stouffer, R.J. “Stationarity is Dead: Whither Water Management?”, *Science*, 2008, 319, p. 573; Dufour, S.; Piégay, H. “From the myth of a lost paradise to targeted river restoration: Forget natural references and focus on human benefits”. *River Research and Applications*, 2009, 25, pp. 568-581.
- 43 European Environmental Agency. *The European Environment—State and Outlook 2020. Knowledge for Transition to a Sustainable Europe*; European Environment Agency: Copenhagen, Denmark, 2019, pp.39-42.
- 44 Matthew, D.Z. “Adapting to Climate Change: Environmental Law in a Warmer World”. *Ecology Law Quarterly*. 2007, 34, p. 63.
- 45 Doremus, H. Adapting to Climate Change with Law that Bends without Breaking. *San Diego Journal of Climate and Energy Law*, 2010, 2, p. 45; Ruhl, J.B. “Climate change adaptation and the structural transformation of environmental law”. *Environmental Law*, 2010, 40, pp. 363-431; Craig, R.K. “Stationarity is Dead—Long Live Transformation: Five Principles for Climate Change Adaptation Law”. *Harvard Environmental Law Review*, 2010, 34, 9; Ruhl, J.B. “General Design Principles for Resilience and Adaptive Capacity in Legal Systems—With Applications to Climate Change Adaptation”. *North Carolina Law Review*, 2011, 89, pp. 1373-1403; McDonald, J. The role of law in adapting to climate change. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, 2011, 2, 283-295.
- 46 Arvai, J.; Bridge, G.; Dolsak, N.; Franzese, R.; Koontz, T.; Luginbuhl, A.; Robbins, P.; Richards, K.; Korfmacher, K.S.; Sohngen, B.; *et al.* “Adaptive Management of the Global Climate Problem: Bridging the Gap Between Climate Research and Climate Policy”. *Climatic Change*, 2006, 78, pp. 217-225.

substantivo conexo para que as políticas sejam prosseguidas na direção certa. Existem duas abordagens proeminentes para os objectivos das políticas ambientais resilientes às alterações climáticas: a abordagem centrada na resiliência e a abordagem da alteração das linhas de base. A abordagem centrada na resiliência resume-se à alteração dos objectivos de gestão específicos dos recursos, de modo a centrar-se, por exemplo, nas principais funções ou serviços ecossistémicos, em vez de manter características específicas, como regimes de fluxos específicos, distribuição de espécies ou composição química⁴⁷. Em contrapartida, a abordagem das linhas de base variáveis refere-se ao reflexo das novas realidades ambientais causadas pelas alterações climáticas nos pontos de referência para os objectivos da política ambiental; a legislação ambiental pode continuar a lutar por um bom estado da água, mas o conteúdo desses objectivos é adaptado.

O próximo ponto analisará a capacidade do regime da DQA sobre os objectivos ambientais e as excepções para lidar com os impactos das alterações climáticas e visa verificar se estas abordagens aos objectivos de resiliência às alterações climáticas podem ser implementadas no quadro da DQA.

3.2. Mudança das Condições Naturais

As alterações climáticas causam impactos de grande amplitude nas águas superficiais e subterrâneas, que aumentarão em intensidade e frequência nos próximos anos, afectando assim as possibilidades de atingir os objectivos da DQA.

As alterações climáticas aumentarão a magnitude e a frequência das inundações no Norte da Europa e das secas bem como da escassez de água no Sul da Europa. Além disso, as alterações climáticas provocarão mudanças nas condições de base dos ecossistemas aquáticos. As águas superficiais podem sofrer alterações nas suas condições físico-químicas devido ao aumento da temperatura, do teor de nutrientes e das concentrações de poluentes; na qualidade biológica, devido a alterações na distribuição, composição e rácios de abundância das espécies; e na sua hidromorfologia, devido a ameaças de escassez de água, pondo em causa os caudais mínimos necessários para manter o estado ecológico. No caso das águas subterrâneas, a escassez de água e as secas afectarão tanto a qualidade como a quantidade dos recursos hídricos subterrâneos, e a subida do nível do mar poderá resultar numa maior intrusão de água salgada nas águas subterrâneas das zonas costeiras.

Embora estes efeitos afectem as possibilidades de se alcançar um bom

47 Foerster, A. "Water Law: Adapting to Climate Change in South-Eastern Australia". In Michael, K., Ed.; *Water and the Law: Towards Sustainability*; Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2014.

estado, em especial na forma como este é definido na DQA relativamente às águas de superfície, as massas de água que se encontram actualmente num estado inferior a bom, e que são, portanto, mais vulneráveis a perturbações, estão também em risco de sofrer uma maior degradação devido às alterações climáticas⁴⁸. Para efeitos de conceptualização dos impactos das alterações climáticas em condições naturais no que diz respeito aos objectivos da DQA, estes podem ser divididos em: (i) impactos imediatos, mas temporários, de condições meteorológicas extremas (por exemplo, secas e inundações e impactos associados); (ii) deterioração gradual e duradoura, devido à alteração das condições dos ecossistemas e (iii) alteração das condições dos ecossistemas que comprometem ou impedem a realização dos objectivos de bom estado⁴⁹.

O primeiro grupo de impactos (condições meteorológicas extremas, como inundações e secas) pode desencadear uma maior aplicação do n.º 6 do artigo 4.º. O n.º 6 do artigo 4.º permite isentar temporariamente a regra da não deterioração no caso de acontecimentos extremos, como circunstâncias de causa natural ou de força maior, como acidentes que sejam excepcionais e que razoavelmente não pudessem ter sido previstos. Assim, esta excepção é aplicável a inundações ou secas que deteriore o estado das águas e às medidas imediatas adoptadas para as atenuar. A aplicação do n.º 6 do artigo 4.º pressupõe que seja evitada, na medida do possível, uma maior deterioração, que as medidas não comprometam a recuperação da massa de água uma vez ultrapassadas as circunstâncias, e que todas as medidas práticas sejam tomadas com o objectivo de repor a massa de água no estado anterior aos efeitos das circunstâncias (n.º 6, alíneas a), c) e d), do artigo 4.º). No entanto, como é sabido que as alterações climáticas farão com que estes fenómenos meteorológicos extremos ocorram com maior frequência no futuro, a questão que sobreleva é a de saber se estas circunstâncias podem ser consideradas excepcionais ou não razoavelmente previsíveis. Os gestores da água devem, antes, preparar-se para o aumento da frequência destes fenómenos, melhorando a gestão dos riscos de inundações e introduzindo medidas de gestão da água que melhorem a resistência das massas de água a inundações ou secas extremas, em vez de se limitarem a aplicar a isenção prevista no n.º 6 do artigo 4.º quando esses impactos se verificarem.

É significativamente mais difícil lidar com o segundo grupo de impactos

48 European Environmental Agency. *The European Environment—State and Outlook 2020. Knowledge for Transition to a Sustainable Europe*; European Environment Agency: Copenhagen, Denmark, 2019, p. 9.

49 Wilby, R.L.; Orr, H.G.; Hedger, M.; Forrow, D.; Blackmore, M. “Risks posed by climate change to the delivery of Water Framework Directive objectives in the UK”. *Environment International*. 2006, 32, p. 1049.

ao abrigo da DQA, ou seja, com a degradação da qualidade da água que não está relacionada com condições meteorológicas extremas, mas com alterações (irreversíveis) das condições do ecossistema. A DQA inclui uma regra estrita de não deterioração, que obriga os Estados-Membros a evitar qualquer deterioração do estado da água nos casos em que a massa de água está sujeita à aplicação das isenções previstas nos n.ºs 4 ou 5 do artigo 4.º, que dizem respeito ao prazo para alcançar o bom estado ou ao nível de ambição dos objectivos. A regra da não deterioração é uma obrigação distinta da obtenção do bom estado e, embora a Directiva inclua isenções à obtenção do bom estado com base nas condições naturais, não contém uma isenção aplicável à deterioração causada pela alteração das condições naturais. Até à data, a abordagem adoptada para este problema no âmbito do quadro da Estratégia de Implementação Comum (EIC) estabelecida para coordenar a implementação da DQA nos Estados-Membros tem sido incentivar os Estados-Membros a prever, modelar e monitorizar rigorosamente os impactos das alterações climáticas e a ajustar continuamente os planos e medidas para preservar o status quo nas massas de água [14]. No entanto, esta orientação omite que a trajectória de aquecimento da Terra atingiu uma fase em que mesmo os esforços mais ambiciosos de mitigação das alterações climáticas não podem evitar todos os seus impactos, que, por sua vez, não podem ser mitigados com medidas de protecção da água⁵⁰.

Assim, é um ponto de partida insustentável para o Direito da gestão da água obrigar os Estados-Membros a evitar toda a deterioração resultante dos impactos das alterações climáticas. No entanto, é de notar que o TJUE deixou em aberto a possibilidade de os Estados-Membros serem dispensados de cumprir as obrigações decorrentes da legislação da UE nos casos em que tal seja materialmente impossível⁵¹. Embora, até à data, o Tribunal nunca tenha aceiteado argumentos sobre a impossibilidade material absoluta, as alterações climáticas constituem circunstâncias tão falhas de precedentes e de natureza tão imperiosa que é provável que o Tribunal seja forçado a tomar uma posição sobre esta questão. No entanto, embora formalmente nem a correcção das condições de referência nem a aplicação do n.º 5 do artigo 4.º devam ser utilizadas para desculpar a deterioração do estado das águas, na realidade a deterioração que não pode ser evitada com medidas de gestão das águas seria muito provavelmente tida em conta como um factor para justificar a revisão das condições de referência ou a criação de condições em que

50 Quevauviller, P. "Adapting to climate change: Reducing water-related risks in Europe - EU policy and research considerations". *Environmental Science & Policy* 2011, 14, pp. 722-729.

51 Van Kempen, J.J. "Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive". *Journal of Environmental Law*, 2012, 24, pp. 499-533.

a obtenção de um bom estado é inviável ou desproporcionadamente dispendiosa na aceção do n.º 5 do artigo 4.º.

O tratamento do terceiro grupo de impactos das alterações climáticas no âmbito da DQA depende do facto de serem consideradas pressões antropogénicas ou condições naturais. Até à data, os impactos das alterações climáticas têm sido considerados como pressões na gestão da água, o que significa que é necessário aplicar medidas para atenuar essas pressões, a fim de alcançar um bom estado, a menos que a não aplicação dessas medidas seja justificada com base nas excepções da DQA. O prazo original de 2015 poderá ser prorrogado até 2027 com base no n.º 4 do artigo 4.º, de acordo com o qual a prorrogação poderá ser justificada com base na (in)viabilidade técnica ou nos custos desproporcionados associados às medidas necessárias para colocar a massa de água em bom estado, ou nas condições naturais que prevalecem na massa de água. Assim, o n.º 4 do artigo 4º não dispensa os Estados-Membros de tomarem todas as medidas necessárias para que as massas de água atinjam o bom estado, mas oferece a possibilidade de ter em conta considerações técnicas, económicas e ecológicas para tornar mais razoável o prazo de execução das medidas.

No entanto, após 2027, só é possível uma nova prorrogação com base em condições naturais, o que significa que as pressões antropogénicas devem ser tratadas através de medidas aplicadas, o mais tardar, durante o ciclo de gestão das bacias hidrográficas de 2021-2027, após o que se pode conceder mais tempo para que as medidas produzam efeitos e o ecossistema recupere. Considerar as alterações climáticas como uma pressão antropogénica, e não como uma condição natural, significaria que os Estados-Membros são obrigados a tomar todas as medidas necessárias para mitigar os seus impactos, o mais tardar, durante o ciclo de gestão de 2021-2027, após o que apenas podem esperar que os processos naturais que ocorrem na massa de água acabem por resultar na obtenção de um bom estado. Caso uma massa de água não consiga atingir o bom estado em 2027, devido a pressões que não tenham sido suficientemente resolvidas com as medidas adoptadas, a única opção para os Estados-Membros é estabelecer objectivos ambientais menos rigorosos, em conformidade com o n.º 5 do artigo 4.º, com base na inviabilidade das medidas devido a razões técnicas ou outras, a custos desproporcionados, ou às condições naturais da massa de água.

Esta não é uma estratégia sustentável nem realista para as políticas de gestão da água. Em primeiro lugar, nem as alterações climáticas nem os seus impactos podem ser evitados através de medidas de gestão da água e, em segundo lugar, como os impactos das alterações climáticas só começam a fazer-se sentir na década de 2020, e como é provável que venhamos a enfrentar um aquecimento de 1,5 °C

ou 2 °C algures entre 2030 e 2050⁵², é evidente que o horizonte temporal de 2027 não é suficiente para tomar medidas de mitigação dos impactos das alterações climáticas que ponham em causa a consecução do bom estado. Por conseguinte, considerar as alterações climáticas como uma pressão no âmbito da DQA não resultaria provavelmente na prevenção de quaisquer impactos, mas apenas numa aplicação excessiva do n.º 5 do artigo 4.º.

Uma abordagem mais frutuosa seria, talvez, ter em conta as alterações climáticas como um fenómeno natural que estabelece os novos valores de referência ambientais, uma vez que as alterações climáticas não podem ser atenuadas com medidas de gestão da água. Para tal, seria necessário adaptar a definição de bom estado e os pontos de referência de modo a reflectirem as novas realidades ambientais, o que implica uma abordagem de base diferente dos objectivos ambientais face às alterações climáticas. Além disso, reconheceu-se que as alterações climáticas podem mesmo ter impacto na tipologia das águas de superfície, uma vez que vários descritores utilizados na tipologia são sensíveis ao clima e, por conseguinte, as massas de água poderiam, em teoria, migrar de um tipo para outro⁵³.

Em termos do estado quantitativo das águas subterrâneas, o bom estado significa um equilíbrio entre a captação de água e os recursos hídricos subterrâneos disponíveis, que é um padrão flexível cujo conteúdo específico é formulado no processo de planeamento da gestão da bacia hidrográfica. Assim, o objectivo do estado quantitativo das águas subterrâneas pode adaptar-se às alterações das condições ambientais, como os impactos das alterações climáticas. O bom estado pode também ser alcançado em regiões onde a formação de águas subterrâneas diminui devido a alterações na precipitação, à escassez de água e às secas, quando a captação de água é, por sua vez, reduzida para manter ou alcançar um equilíbrio sustentável, de modo a que as outras condições prévias para o bom estado continuem a ser cumpridas (Anexo V da DQA, Secção 2.1.2). Contudo, ao mesmo tempo, as necessidades de adaptação das sociedades podem exigir o aumento da captação de água, o que pode requerer uma derrogação do objectivo do estado quantitativo⁵⁴.

A adaptação do estado ecológico das águas de superfície aos impactos das alterações climáticas é mais difícil porque as definições específicas de excelente estado e bom estado foram harmonizadas com base na tipologia das massas de água

52 2023 anuncia-se já como o ano mais quente de sempre.

53 Wilby, R.L.; Orr, H.G.; Hedger, M.; Forrow, D.; Blackmore, M. Risks posed by climate change to the delivery of Water Framework Directive objectives in the UK. *Environment International*. 2006, 32, p. 1048.

54 *vide infra* ponto 3.4 deste artigo.

no processo de intercalibração. No entanto, a caracterização das massas de água é um processo iterativo que pode ser revisitado na avaliação das características das massas de água nos termos do artigo 5.º da DQA, pelo que uma massa de água pode ser alterada para outro tipo no processo de gestão se a informação obtida durante a implementação mostrar que as alterações climáticas provocaram alterações tão graves nas condições de base que o justifiquem. Isto teria, por sua vez, um impacto nos objectivos que se pretende alcançar na massa de água. No entanto, isto pode não ser suficiente para lidar com todas as alterações que estão a ocorrer nas massas de água, porque os pontos de referência específicos do tipo ainda se baseiam num estado histórico, pristino e estável das águas, o que provavelmente não será viável. Reconheceu-se também, no âmbito da EIC, que as alterações climáticas podem desencadear a necessidade de corrigir as condições de referência para ter em conta as alterações dos ecossistemas, o que pode ser feito no processo de gestão da água, mesmo que isso signifique contradizer os valores de classificação intercalibrados, se existirem provas científicas convincentes, uma monitorização vigorosa e modelização que o sustentem.

Nos casos em que as condições de referência e a definição do bom estado não possam ser adaptadas, os impactos das alterações climáticas poderão ser ainda considerados condições naturais na acepção do n.º 4 do artigo 4.º, o que permitiria um novo adiamento do prazo para alcançar o bom estado para além de 2027. No entanto, o adiamento do prazo para alcançar o bom estado com base em condições naturais abrange os atrasos na resposta da natureza às medidas adoptadas, e espera-se que as massas de água recuperem e alcancem o bom estado durante os ciclos de gestão seguintes. Tal poderá não ser compatível com os impactos das alterações climáticas, uma vez que a taxa de aquecimento e a magnitude dos impactos continuarão a acelerar após 2027, o que torna improvável que as massas de água afectadas pelas alterações climáticas comecem a recuperar em qualquer altura. Por conseguinte, estes impactos devem antes ser considerados como condições naturais que impedem a massa de água de atingir um bom estado, abrangidas pelo n.º 5 do artigo 4.º, que pode ser aplicado para estabelecer objectivos ambientais menos rigorosos que reflectam o estado cuja consecução é viável nas realidades ecológicas em mudança.

3.3. Pressões Aumentadas e Vulnerabilidades dos Ecossistemas

Prevê-se que as alterações climáticas agravem muitas pressões que afectam as massas de água, como a poluição por químicos e nutrientes devido ao

aumento do escoamento superficial⁵⁵. Nestes casos, as medidas de protecção da água existentes poderão não ser suficientes no futuro para atenuar os impactos das pressões sobre o estado da água. Além disso, as pressões e os impactos das alterações climáticas estão interligados; as pressões tornam os ecossistemas mais vulneráveis aos impactos das alterações climáticas, e os impactos das alterações climáticas tornam-nos mais vulneráveis a outras pressões^{56 57}. Isto significa que o combate às pressões antropogénicas será ainda mais importante para atenuar os efeitos mais graves das alterações climáticas nas massas de água. Mas, ao mesmo tempo, isso também significa exigirá esforços significativamente maiores na gestão da água.

Nos termos da DQA, os impactos que as alterações climáticas têm no tipo e na magnitude de outras pressões devem ser considerados pressões antropogénicas, e não condições de fundo naturais. Tal significa que o ponto de partida da gestão da água é a mitigação dessas pressões, a fim de evitar a deterioração e permitir que as massas de água atinjam um bom estado⁵⁸. No entanto, as medidas necessárias para introduzir as melhorias necessárias no estado da água podem tornar-se significativamente mais caras, difíceis e mesmo inviáveis por razões técnicas⁵⁹. Num tal cenário, os gestores da água podem aplicar o n.º 4 do artigo 4.º para adiar até 2027 o prazo para alcançar o bom estado, ou estabelecer objectivos ambientais menos rigorosos nos termos do n.º 5 do artigo 4.º por forma a situá-los num nível que pode ser alcançado com medidas exequíveis sem implicar custos desproporcionados.

No entanto, a condição prévia para a aplicação do n.º 5 do artigo 4.º, baseada nos impactos das actividades humanas, é a de que as necessidades ambientais e sócio-económicas servidas por essa actividade humana não possam ser satisfeitas por outros meios, de que constituem opções ambientais

55 European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, Belgium, 2009, European Commission, pp. 26-27.

56 Wilby, R.L.; Orr, H.G.; Hedger, M.; Forrow, D.; Blackmore, M. "Risks posed by climate change to the delivery of Water Framework Directive objectives in the UK". *Environment International*, 2006, 32, pp. 1043-1055.

57 European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, Belgium, 2009, European Commission.

58 Quevauviller, P. "Adapting to climate change: Reducing water-related risks in Europe—EU policy and research considerations". *Environmental Science & Policy*, 2011, 14, p. 723.

59 European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, 2009, European Commission, p. 58.

significativamente melhores. Isto implica que a aplicação do n.º 5 do artigo 4.º em resposta às pressões de actividades humanas importantes exige uma análise caso a caso das possibilidades de reduzir os impactos ambientais nocivos da actividade em questão. Assim, os desafios que as alterações climáticas podem colocar à mitigação das pressões não podem ser utilizados como justificação geral para uma aplicação generalizada do n.º 5 do artigo 4.º e para a redução do nível de ambição ambiental; antes exigem uma análise caso a caso das oportunidades de atenuar os efeitos adversos, ou mesmo de substituir a actividade por uma alternativa ambientalmente melhor.

Os impactos exacerbados que as alterações climáticas têm sobre as pressões e a vulnerabilidade das massas de água podem também causar a deterioração do estado da água. As únicas excepções ao princípio da não deterioração previsto na DQA são o n.º 6 do artigo 4.º, relativo à deterioração temporária resultante de circunstâncias inesperadas e de força maior, e o n.º 7 do artigo 4.º, relativo a novos projectos de desenvolvimento sustentável. Nenhuma destas excepções pode ser aplicada para justificar a deterioração resultante do aumento das pressões existentes ou do aumento dos impactos das pressões. Isto significa que o ponto de partida para lidar com estes impactos ao abrigo da DQA é aumentar os esforços na gestão da água para evitar vigorosamente qualquer deterioração. Se tal se revelar impossível, de acordo com a doutrina do TJUE, os Estados-Membros podem tentar justificar o não cumprimento da sua obrigação de evitar a deterioração do estado da água, invocando a impossibilidade material absoluta⁶⁰. No entanto, até agora, o Tribunal nunca aceitou argumentos sobre a impossibilidade material absoluta, e as perspectivas de sucesso com esta abordagem não serão muito promissoras se os Estados-Membros não puderem demonstrar que fizeram tudo o que era virtualmente possível para mitigar os impactos da pressão. No entanto, embora formalmente a aplicação do n.º 5 do artigo 4.º não deva ser utilizada para desculpar este tipo de deterioração do estado da água, na realidade, os Estados-Membros considerariam muito provavelmente a deterioração resultante do aumento das pressões ou da vulnerabilidade do ecossistema causada pelas alterações climáticas como condições em que alcançar um bom estado é inviável ou desproporcionadamente dispendioso na acepção do n.º 5 do artigo 4.º.

60 Van Kempen, J.J. Countering the Obscurity of Obligations in European Environmental Law: An Analysis of Article 4 of the European Water Framework Directive. *Journal of Environmental Law*, 2012, 24, pp. 499-533, p. 515.

3.4. Novas respostas de mitigação e adaptação

As alterações climáticas e os seus impactos acelerados no ambiente gerarão também necessidades crescentes de esforços de mitigação e adaptação nos sistemas sócio-ecológicos, que podem, eles próprios, constituir novas pressões sobre as massas de água. As acções de mitigação, como a produção de energia hidroeléctrica, os parques eólicos *offshore* localizados em águas costeiras, e a intensificação da produção energética, podem ter impactos adversos no estado da água, mas os objectivos da UE em matéria de produção de energia renovável previstos na Directiva ‘RED’ UE 2018/2991 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis⁶¹ e na Directiva revista RED II EU 2023/2413⁶² exigem a manutenção, ou mesmo o aumento, destas formas de produção de energia. Isto pode complicar a aplicação de medidas de protecção da água que, por exemplo, redundem na diminuição do potencial de produção das instalações hidroeléctricas existentes, embora o restabelecimento dos caudais ecológicos e a resolução de outros impactos adversos da energia hidroeléctrica sejam cruciais para o cumprimento dos objectivos da DQA em muitos rios europeus. Várias respostas de adaptação também podem ter impactos adversos na consecução dos objectivos de gestão da água. Entre estas incluem-se as respostas directas de adaptação aos impactos das alterações climáticas, como o aumento da captação de água em resposta às necessidades de irrigação agrícola, novas infra-estruturas de defesa contra inundações e blindagem costeira em resposta à subida do nível do mar⁶³, mas também outras acções relacionadas com a transição para sociedades com baixas emissões de carbono, como a extracção de matérias-primas necessárias para as baterias. Por conseguinte, haverá trocas, compensações, *trade-offs*, entre as acções de mitigação e adaptação às alterações climáticas e a protecção do ambiente, que o Direito de gestão das águas deve ser capaz de proporcionar e adoptar.

Em casos de fenómenos naturais súbitos, como inundações e secas, os Estados-Membros podem justificar a deterioração que resulta de respostas de adaptação *ad hoc* ao abrigo do artigo 4.º, n.º 6 da DQA. No caso de medidas e desenvolvimentos de mitigação e adaptação mais planeados, decorre da jurisprudência do TJUE que os Estados-Membros não podem autorizar novos projectos que resultem na deterioração do estado da água ou que ponham em risco a obtenção de um bom estado no prazo previsto na Directiva, sem uma excepção

61 JO L 328, de 21.12.2018, p. 82.

62 JO L, de 31.10.2023.

63 European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, Belgium, 2009, European Commission, pp. 49-50, 66.

adequada⁶⁴. Assim, a implementação de algumas outras respostas de mitigação ou adaptação às alterações climáticas pode invocar a necessidade de uma isenção ao abrigo do n.º 7 do artigo 4.º⁶⁵. O n.º 7 do artigo 4.º permite que os Estados-Membros apliquem uma isenção à regra de não deterioração ou de obtenção do bom estado, com base em novas alterações ou actividades de desenvolvimento sustentável de reconhecido interesse público.

A aplicabilidade do n.º 7 do artigo 4.º é mais ampla para as modificações físicas do que para as actividades poluentes. Qualquer modificação das características físicas de uma massa de água de superfície, ou alterações do nível das águas subterrâneas, pode ser objecto da isenção, ao passo que para outros impactos a isenção apenas se aplica à deterioração do estado de elevado para bom. A isenção é, portanto, aplicável a algumas medidas cruciais de adaptação às alterações climáticas, tais como projectos de captação de água para necessidades de irrigação na agricultura, novas infra-estruturas de defesa contra inundações, instalações hidroeléctricas, ou mesmo o desvio de um rio⁶⁶. No entanto, no que se refere à deterioração do estado da água ou à incapacidade de alcançar um bom estado causada por outras pressões, como a poluição, por exemplo, ou no caso das actividades mineiras, a isenção não é, na sua maior parte, aplicável porque o número de massas de água em estado elevado, a nível europeu, é baixo.

Os requisitos para a aplicação do n.º 7 do artigo 4.º incluem a adopção de todas as medidas viáveis para atenuar os impactos ambientais adversos e o facto de os benefícios da actividade não poderem ser alcançados por outros meios ambientalmente mais adequados (artigo 4.º, n.º 7, alíneas a) e d)). Além disso, o n.º 7 do artigo 4.º exige uma ponderação de interesses entre a realização dos objectivos de gestão da água e a execução do novo projecto. A excepção só pode ser aplicada a actividades de reconhecido interesse público, ou se os benefícios do projecto para a saúde humana, a segurança, ou o desenvolvimento sustentável ultrapassarem os benefícios da realização dos objectivos ambientais da DQA.

De acordo com o TJUE, os Estados-Membros têm uma margem de discricionariedade para determinar se um projecto é de interesse público superior na aceção do artigo 4.º. No caso C-346/14, reconhecendo que a promoção das fontes de energia renováveis é uma grande prioridade da UE, o Tribunal considerou

64 TJUE Caso C-461/13 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland*, 2015, ECLI:EU:C:2015:433; TJUE Caso C-535/18 *Land Nordrhein-Westfalen*, 2020, ECLI:EU:C:2020:391.

65 European Commission. *The Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive and Floods Directive (CIS), Guidance Document No 24: River Basin Management in a Changing Climate*; Brussels, Belgium, 2009, European Commission, p. 90.

66 TJUE Caso C-43/10 *Nomarchiaki*, 2012, ECR I-0000.; TJUE Caso C-664/14 *Commission v. Austria*, 2016, ECLI:EU:C:2016:322.

que um Estado-Membro podia considerar uma central hidroelétrica que apenas contribuisse marginalmente para a atenuação das alterações climáticas, com uma produção moderada de energia renovável, um projecto de interesse público superior⁶⁷. No entanto, tendo em conta a importância dada à protecção das massas de água na DQA e os vários outros benefícios que os ecossistemas aquáticos saudáveis e funcionais proporcionam, não é seguro que permitir uma excepção, baseada no interesse público superior, a um projecto hidroelétrico de significado tão mínimo para a mitigação das alterações climáticas seja um compromisso sustentável entre os interesses em causa no “nexo clima-água”. Como quer que seja, o acórdão do TJUE sublinha o poder discricionário dos Estados-Membros na determinação do que constitui um interesse público superior no contexto da sua gestão da água.

No entanto, para que as medidas de atenuação ou adaptação às alterações climáticas sejam sujeitas à aplicação do n.º 7 do artigo 4.º da DQA, tem de ser demonstrado que as medidas contribuem para salvaguardar a saúde e a segurança humanas, o desenvolvimento sustentável ou a protecção do ambiente, e que estão excluídas as possibilidades de implementação de outras opções ambientalmente melhores. Os requisitos para uma excepção ao abrigo do artigo 4.º, n.º 7, devem, por conseguinte, garantir que os aspectos relativos à protecção da água se reflectem na concepção e aplicação de respostas de mitigação e adaptação. Além disso, a excepção e os objectivos de gestão da água para a massa de água afectada têm de ser revistos de seis em seis anos, nas actualizações dos planos de gestão das bacias hidrográficas (n.º 7, alínea b), do artigo 4.º), o que permite adaptar as decisões sobre excepções, por exemplo, numa situação em que novos conhecimentos ou alterações das circunstâncias proporcionem oportunidades para atenuar ainda mais os efeitos adversos desses desenvolvimentos

4. Análise de pormenor do regime da DQA – objectivos ambientais e a resiliência às alterações climáticas

As alterações climáticas provocarão uma multiplicidade de mudanças nos sistemas sócio-ecológicos que podem perturbar a implementação e a eficácia dos regimes jurídicos ambientais existentes⁶⁸. As características centrais de resiliência

67 TJUE Caso C-664/14 *Commission v. Austria*, 2016, ECLI:EU:C:2016:322.

68 Holling, C.S. “Resilience and Stability of Ecological Systems”. *Annual Review Ecological Systems* 1973, 4, pp. 1-23; Folke, C.; Carpenter, S.; Walker, B.; Scheffer, M.; Elmqvist, T.; Gunderson, L.; Holling, C.S. “Regime shifts, resilience, and biodiversity in ecosystem management”. *Annual Review Ecological Systems*, 2004, p. 35.

do Direito ambiental estão relacionadas com a promoção da capacidade adaptativa e transformadora dos quadros jurídicos, o que implica que o Direito seja capaz de se adaptar às mudanças e de se modificar a si próprio, por exemplo, criando novas regras substantivas para se adaptar às condições em mudança ou para transformar os seus objectivos de modo que reflectam sistemas sócio-ecológicos mudados. A capacidade do Direito para promover a resiliência nos sistemas sócio-ecológicos depende também da força dos mecanismos e regras de implementação e aplicação, através dos quais os objectivos transformados e as regras substantivas podem orientar o comportamento dos diferentes actores e provocar mudanças de regime no sentido de os tornar mais sustentáveis.

Lidar com os impactos das alterações climáticas, ou seja, as condições naturais em mudança, aumentou pressões e a vulnerabilidade dos ecossistemas, e as novas respostas de mitigação e adaptação exigem que o direito substantivo: (1) seja adaptável à evolução das condições do sistema sócio-ecológico e aumente (mais ainda) o conhecimento; (2) mantenha uma aplicação vigorosa e exequível de normas substantivas que orientem para melhores resultados ambientais; e (3) facilite a reconciliação da múltipla protecção ambiental, a mitigação das alterações climáticas e adaptação às mesmas e os outros interesses sociais e, quando não forem mutuamente compatíveis, equilíbrios e compensações, compromissos entre estes interesses.

Na DQA, os impactos das alterações climáticas podem reflectir-se nas políticas de gestão da água, quando estas adoptam uma abordagem sensível ao clima no planeamento da gestão das bacias hidrográficas nos ciclos de seis anos. As actualizações das análises sobre as características das massas de água, os impactos da actividade humana e as análises económicas da utilização da água, podem concentrar-se na identificação de impactos climáticos sobre as massas de água, potenciais e esperados, e as funções das bacias hidrográficas, incluindo as necessidades de adaptação da sociedade. Os programas de monitorização podem ser formulados para aumentar a monitorização de massas de água sensíveis ao clima a fim de obter mais informações sobre os impactos das alterações climáticas em diferentes tipos de massas de água na região geográfica. Os programas de medidas podem ser “à prova do clima”, o que significa que são postas em prática medidas preventivas e de mitigação dos impactos identificados, são feitos mais esforços para proteger e restaurar a resiliência e a saúde das massas de água, e pode ser dada atenção às estratégias de adaptação regionais ou nacionais. A prossecução e aplicação da gestão da água foi reforçada nos últimos anos com as posições do TJUE e da Comissão, que concorreram para estabelecer um regime mais formalista e juridicamente vinculativo relativamente às disposições substantivas fundamentais da Directiva: as obrigações de evitar a deterioração e de alcançar um bom estado. A DQA também inclui mecanismos para adaptar

os seus objectivos à evolução das circunstâncias, principalmente sob a forma de excepções, mas também através da adaptação das condições de referência relativas aos objectivos.

A Directiva permite lidar com as alterações das condições naturais associadas às alterações climáticas no que diz respeito aos objectivos, através da aplicação de excepções ao abrigo dos n.ºs 4.º e 5.º do artigo 4.º ou através da correção dos pontos de referência para que objetivos reflectam as novas condições de partida.

Existem, no entanto, alguns problemas com as excepções no tratamento destes impactos. Em primeiro lugar, a prorrogação do prazo para alcançar o bom estado com base no n.º 4 do artigo 4.º não reflecte a situação na realidade, porque a alteração climática não é uma perturbação natural transitória, ou uma característica de uma massa de água que apenas torne o regresso ao estado anterior mais lento, mas antes uma nova condição global e irreversível que faz com que os ecossistemas aquáticos se reorganizem de forma diferente. Em segundo lugar, a elaboração de objectivos menos rigorosos para cada particular massa de água pode não ser eficiente e pode envolver o risco de o nível de protecção ambiental se tornar ainda mais diferenciado entre os Estados-Membros, e mesmo entre as regiões hidrográficas, já que nem a Directiva nem o quadro da EIC actualmente fornecem objectivos ambientais suficientemente pormenorizados e harmonizados que permitam verificar se os objectivos ambientais menos rigorosos são estabelecidos de forma semelhante.

Consequentemente, poderia ser mais apropriado abordar os impactos das alterações climáticas nas condições de base dos ecossistemas, como factos científicos naturais, com mecanismos que não consideram quaisquer aspectos sócio-económicos.

A Directiva também permite corrigir os pontos de referência no decurso do processo de planeamento da gestão das bacias hidrográficas. Por outras palavras, permite a adopção de uma abordagem de linhas de base móveis aos objectivos de gestão da água. Os elementos positivos desta abordagem são que, ao contrário da abordagem de resiliência para os objectivos reguladores, que envolvem o risco de se promulgar objectivos demasiado amplos e vagos para garantirem aplicação efectiva, os objectivos de gestão são estabelecidos de modo a reflectir claramente as condições desejadas do ecossistema, tais como o bom estado da água. No entanto, na abordagem de mudança de linhas de base pode ser difícil reconhecer as mudanças nos ecossistemas que são afectados por múltiplas pressões induzidas unicamente pelas alterações climáticas, o que poderia levar à sobre-exaustão da desculpa das alterações climáticas para justificar a degradação resultante de pressões antropogénicas. Também é questionável se esta abordagem envolve incentivos suficientes para mitigar a degradação dos ecossistemas que é induzida

pelas alterações climáticas. Daí que a opção que pareça mais indicada possa ser a de combinar ambas as abordagens, adoptando objectivos específicos que possam ser adaptados às novas realidades ambientais e que enfatizem as características que mantêm a resiliência dos ecossistemas. Além disso, a mudança de linhas de base só deve ser permitida quando houver provas claras e convincentes de que as mudanças são, de facto, atribuíveis às alterações climáticas.

Quando se trata de efeitos exacerbados das pressões existentes ou de impactos exacerbados que estas pressões têm sobre o estado da água que é mais vulnerável devido ao stress dos impactos das alterações climáticas, a regulamentação da Directiva sobre objectivos ambientais só em parte pode abordar estas questões. Em princípio, se estes impactos envolverem o risco de a inviabilizar a consecução de um bom estado, podem ser tratados através da aplicação do n.º 5 do artigo 4.º. Mas a Directiva não contém excepções adequadas para lidar com as deteriorações resultantes destes impactos. Contudo, o n.º 5 do artigo 4.º é aplicável quando a obtenção de um bom estado é inviável ou desproporcionadamente dispendiosa por qualquer razão, incluindo qualquer razão provocada pelas alterações climáticas, e pode assim ser aplicada para lidar com muitos dos impactos das alterações climáticas.

No entanto, a adaptação dos objectivos da DQA aos impactos das alterações climáticas com base na aplicação do n.º 5 do artigo 4.º pode carecer de regras claras e enérgicas para levar os Estados-Membros a melhorar o estado das suas águas. No que diz respeito às águas superficiais, a aplicação do n.º 5 do artigo 4.º exige que, seja alcançado o mais alto estado ecológico e químico possível. E, no que diz respeito às águas subterrâneas, essa aplicação implica que sejam alcançadas as menores alterações possíveis ao bom estado das águas subterrâneas (n.º 5.º, alínea b), do artigo 4.º). A aplicação do n.º 5 do artigo 4.º aos impactos das alterações climáticas não é uma desculpa para não abordar outras pressões que afectam o estado das águas. Mesmo quando o nível de ambição dos objectivos é ajustado ao que se afigura viável em termos dos impactos das alterações climáticas, os Estados Membros continuam obrigados a continuar a abordar outras pressões no sentido de melhorar o estado das águas. Contudo, uma vez que não existem regras harmonizadas na Directiva, ou orientações no âmbito da EIC sobre a forma como os objectivos ambientais menos rigorosos devem ser estabelecidos, os Estados Membros são livres de determinar eles próprios o nível adequado para os objectivos ambientais, o que pode permitir que considerações menos legítimas interfiram e, assim, comprometer o nível de ambição do ponto de vista da protecção ambiental.

Além disso, quando a massa de água está sujeita a objectivos ambientais menos rigorosos, há um incentivo limitado para que o Estado-Membro procure melhorar o estado da água a longo prazo. Embora objectivos ambientais menos

rigorosos tenham de ser revistos nas actualizações dos Planos de gestão das bacias hidrográficas, a aplicação do n.º 5 do artigo 4.º não justifica a mudança do prazo para alcançar os objectivos ambientais. Para estar em conformidade com a Directiva em 2027, no caso das massas de água que não tenham atingido um bom estado, devem ser fixados objectivos menos rigorosos no *status quo*, a menos que se esperem melhorias no estado devido a processos naturais (caso em que a massa de água pode estar sujeita à aplicação do n.º 4 do artigo 4.º). Consequentemente, pode ser um desafio obrigar os Estados-Membros a comprometerem-se a tomar medidas adicionais, a mais longo prazo, para além de 2027, porque o objectivo menos rigoroso já foi alcançado. Contudo, a promoção da resiliência climática e a adaptação aos riscos das alterações climáticas nos sistemas sócio-ecológicos exige que o Direito de gestão da água se oriente para a melhoria do estado da água e da saúde e do funcionamento das massas de água por forma a manter e melhorar os serviços vitais dos ecossistemas.

Por último, a DQA reage a novas pressões de respostas de mitigação e adaptação às alterações climáticas de uma forma que permite a reconciliação de diferentes interesses e fomenta o estabelecimento de compromissos entre os objectivos da política de alterações climáticas e os objectivos de gestão da água. A força jurídica dada aos objectivos de gestão dos recursos hídricos na jurisprudência do TJUE torna-os critérios poderosos para planear, permitir e implementar respostas de mitigação e de adaptação das alterações climáticas. No entanto, o n.º 7 do artigo 4.º apenas permite a realização de desenvolvimentos de mitigação e adaptação quando os seus benefícios são considerados superiores aos benefícios resultantes da prevenção da deterioração, ou de se alcançar um bom estado da água (alínea c) do n.º 7 do artigo 4.º). Contudo, também aqui existe o risco de que a flexibilidade que a DQA implica possa resultar na utilização excessiva das excepções por parte dos Estados Membros e comprometer a realização dos objectivos de gestão da água, com base em razões de duvidosa legitimidade. Assim, parece oportuno admitir a possibilidade de desenvolver orientações específicas para a reconciliação dos interesses de mitigação e adaptação às alterações climáticas e dos objectivos da política da água com base no n.º 7 do artigo 4.º, salientando que os benefícios da mitigação das alterações climáticas e da adaptação às mesmas que as massas de água em bom estado proporcionam, devem ser tomados em consideração quando se comparam os benefícios de um novo projecto de desenvolvimento.

Conclusões

Para concluir, a DQA tem algumas fortes características de resiliência face

às alterações climáticas, incluindo um processo de gestão flexível, adaptativo e inclusivo das bacias hidrográficas, e objectivos adaptativos que são exequíveis para o resultado da gestão na sua totalidade e para os actores individuais através de processos de licenciamento. Entre os regimes ambientais da UE, a Directiva talvez não necessite de adaptação climática com maior urgência, uma vez que já pode lidar com muitos impactos das alterações climáticas através da adaptação dos seus objectivos e programas de gestão.

Contudo, existem também alguns pontos fracos na regulamentação da DQA sobre objectivos ambientais. Em primeiro lugar, embora os objectivos possam ser adaptados a muitos impactos das alterações climáticas, isto não se aplica a impactos que possam causar a deterioração do estado da água. Em segundo lugar, existe incerteza sobre o quão ambiciosos e assertivos são os objectivos adaptados para uma gestão mais sustentável da água e a salvaguarda da resiliência dos ecossistemas aquáticos.

A fraqueza central em termos da resiliência do direito substantivo da DQA, os objectivos de gestão da água, é a dependência de condições ecossistémicas primitivas e históricas nos objectivos de estado ecológico. Enquanto o regime de excepção da DQA oferece um mecanismo para adaptar e reorientar os objectivos, a noção de fundo é que os ecossistemas devem ser capazes de resistir às mudanças das pressões antropogénicas ou climáticas, ou pelo menos regressar ao estado antes da perturbação (ver n.º 6 do artigo 4.º e n.º 4 do artigo 4.º). Este é um ponto de partida questionável para as políticas de gestão da água porque, mesmo sem alterações climáticas, há uma mudança constante a ocorrer nos ecossistemas aquáticos, cuja não linearidade torna inviável o seu regresso a qualquer estado anterior após a perturbação. Assim, embora a DQA faça uma tentativa ambiciosa de definir e construir as condições e a gestão desejadas dos ecossistemas para a sua realização, de muitas formas os principais regulamentos e mecanismos substantivos da Directiva não conseguem acomodar a compreensão moderna dos sistemas sócio-ecológicos e da sua gestão, arriscando assim a eficácia da Directiva em termos de realização dos seus objectivos primários.

Esta abordagem é cada vez mais problemática com as alterações climáticas, uma vez que a Terra está inevitavelmente no caminho para uma mudança ambiental sem precedentes, potencialmente maciça tanto em escala como em magnitude. O desafio da alteração climática pode tornar visíveis estes pressupostos errados por detrás das normas legais, e resultar em problemas reais na implementação de políticas de gestão da água e leis da água.

Objectivos orientados para a ecologia acompanhados de um regime de excepções flexível também têm o efeito de que, em vez de promover um equilíbrio sustentável entre factores ecológicos e sociais nos sistemas sócio-ecológicos, estes factores estão numa situação de troca, em que uma interpretação ampla das

excepções poderia diluir as aspirações ecológicas, enquanto uma interpretação restrita poderia ser prejudicial para alcançar objectivos sociais e económicos.

Actualmente, pode prever-se que a adaptação aos impactos das alterações climáticas nas políticas de gestão da água variará entre os Estados Membros em termos de considerações sobre as alterações climáticas nos planos de gestão das bacias hidrográficas, a utilização de mecanismos para adaptar os objectivos e o nível de ambição que os objectivos de gestão da água têm após a sua adaptação aos impactos das alterações climáticas. Os Estados Membros poderão querer ajustar as condições de referência para o estado ecológico das águas superficiais e, sem um esforço harmonizado como o exercício de intercalibração, a ambição dos novos pontos de referência e a determinação do bom estado podem variar dentro da UE. Outros Estados Membros podem querer aplicar o n.º 5 do artigo 4.º para lidar com os impactos das alterações climáticas devido a condições e pressões naturais, caso em que os objectivos são estabelecidos ao nível das massas de água sem um apoio institucional da Directiva ou do quadro da ECI, o que provavelmente conduzirá a um nível de ambição ainda mais heterogéneo.

Sem uma metodologia ou orientação harmonizadas, é incerto que as determinações revistas de bom estado ou objectivos estabelecidos ao abrigo do n.º 5 do artigo 4.º sejam fixadas a um nível compatível com a preservação da resiliência dos sistemas aquáticos para manter os serviços ecossistémicos vitais de que as nossas sociedades necessitam para se adaptarem às alterações climáticas. Uma vez que as revisões da DQA são improváveis após a verificação da adequação da Directiva realizada em 2019, que redundou na declaração de que esta se adequa aos objectivos, o reforço da resiliência climática do Direito da de gestão da água pode ser melhorado com esforços na implementação e orientação, tais como o desenvolvimento de orientações a nível da UE sobre a adaptação das condições de referência e o estabelecimento de objectivos ambientais menos rigorosos que tenham em conta os impactos inevitáveis das alterações climáticas, mas que, não obstante, procurem a máxima sustentabilidade ecológica.

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

António de Jesus Pedro*

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

Resumo: A Lei n.º 16/2021 congregou num único diploma o regime jurídico do controlo de migração e das autorizações de permanência e residência na Região Administrativa Especial de Macau, revogando as anteriores Leis n.ºs 4/2003 e 6/2004. Como se procurará demonstrar, de seguida, o novo regime jurídico, em vigor desde 15.11.2021, não representa uma ruptura com a legislação anterior; ao contrário, consagra uma continuidade global das soluções normativas em aspectos estruturantes, aqui e ali, com algumas nuances e ajustamentos ou com algumas inovações, em ordem a conseguir os objectivos previamente estabelecidos. A Lei n.º 16/2021 corrige algumas soluções ou omissões questionáveis da lei anterior (não sanção das saídas ilegais; o uso do conceito processual criminal “fortes indícios” para efeitos securitários; tipificação do crime de acolhimento), introduz numerosas melhorias e clarificações de ordem jurídica (notificações, controlo de entradas e saídas de menores), densifica o princípio da legalidade e a dimensão garantística da legislação em diversos aspectos (fundamentos de recusa de entrada, fundamentos da revogação de autorização de residência) e, para resolver problemas importantes de ordem prática, acolhe soluções inovadoras tais como a regulação do acesso a documentos e dados confidenciais, a figura da retenção do passaporte e as previsões sobre suspensão do prazo máximo de detenção de pessoas em situação de imigração ilegal, e, também, uma impactante inovação quanto ao conceito de residência habitual, para efeitos da lei migratória.

Em termos gerais, a Lei n.º 16/2021 parece ter resultado num regime

equilibrado, que respeita a Lei Básica e que corresponde às necessidades actuais de desenvolvimento da RAEM.

Palavras-chave: Autoridade migratória; CPSP; corporações e serviços de segurança; meios de subsistência; controlos migratórios; autorização de permanência; autorização especial de permanência; autorização de residência; medidas securitárias; entrada; recusa de entrada; impedimento de entrada; residência temporária; residência não permanente; investidores; quadros dirigentes; técnicos especializados; revogação; renúncia; caducidade; interdição de entrada; escala; trânsito; nulidade das autorizações; detenção; centros de detenção; expulsão; postos de migração; recusa de saída; recambiamento de não residentes; controlos biométricos; retenção de documentos; APIS; Advanced Passenger Information System; base de dados de migração; garantia bancária; fiança; seguro caução; residência habitual; retenção de passaporte; documento de viagem; imigração ilegal; entrada ilegal; excesso de permanência; ordem de abandono; crime; crime de aliciamento; crime de acolhimento; crime de auxílio; casamento falso; crime de emprego irregular; infracções administrativas; operadores de transportes; extorsão de imigrante ilegal; operadores hoteleiros; facilitação de auxílio e acolhimento; visto; finalidades turísticas; pessoas não admissíveis; menores; actividade laboral; actividade em proveito próprio; agrupamento familiar; estabelecimentos de ensino; domicílio; multa; falsificação; falsas declarações.

1. Introdução

Na primeira parte deste estudo abordámos as razões gerais da alteração legal trazida pela Lei n.º 16/2021 e focámo-nos nos principais aspectos de continuidade jurídica, bem como nos aspectos relevantes de clarificação e de melhorias do regime legal e de legitimação de práticas seguidas pela autoridade migratória – os quais, nessa medida, se inserem igualmente numa linha de continuidade global.

Agora, nesta segunda parte, propomo-nos contribuir para uma melhor compreensão dos aspectos mais importantes de verdadeira inovação trazidos pela referida Lei.

Naturalmente, nem todas as inovações têm o mesmo grau de relevância. Um são mais impactantes na realidade, como sucede com a inovação sobre os casos de suspensão da contagem do prazo de detenção de pessoas em situação de imigração ilegal, nos termos do artigo 55.^o¹, a qual é de grande impacto prático;

* Jurista. Assessor do Secretário para a Segurança do Governo da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. Foi o responsável jurídico pela elaboração do documento

outras, como a inovação sobre a obrigatoriedade de contactos e sua actualização, por parte de titulares de autorizações especiais de permanência, é de menor impacto, mas constitui um novo encargo que é objectivamente compreensível e que, afinal, até visa melhor garantir a posição dos próprios interessados.

Entretanto, deixamos o alerta de que algumas das inovações de menor impacto prático não serão referidas adiante em detalhe, mas, ainda assim, representam melhorias do regime legal.

Por exemplo, segundo o novo n.º 3 do artigo 50.º, “*O menor desacompanhado de quem exerce o poder paternal ou a tutela, detectado em situação de imigração ilegal é alvo de um procedimento especial, com o objectivo de recambiá-lo para o país ou região de origem e entregá-lo a quem exerce o poder paternal ou ao tutor ou a pessoa ou organização a quem o mesmo possa ser confiado, aplicando-se durante o procedimento, quando necessário e com as devidas adaptações, a providência de confiança a instituição, prevista no regime de protecção social da jurisdição de menores.* Este preceito é inovador (cfr. com o artigo 4.º da Lei n.º 6/2004), remetendo, subsidiariamente, para as normas do regime de protecção social da jurisdição de menores, que consta do Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro.

Num segundo exemplo, relativamente às *responsabilidades dos operadores de transportes pelo retorno de pessoas*, verificamos que, comparativamente com o regime anterior, do artigo 6.º da Lei n.º 4/2003, o âmbito subjectivo é mais extenso, pois abrange os operadores de transportes terrestres (*e não apenas os operadores de transportes marítimos ou aéreos*).

2. Análise pormenorizada dos aspectos de inovação

2.1. Tratamento de dados confidenciais

A autoridade migratória troca informações com as autoridades congéneres de outras jurisdições para efeitos de combate à criminalidade e de controlo de pessoas não admissíveis (*vide, supra, n.º 1.1.4.3., sobre a medida de recusa de*

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

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

entrada). Para esse efeito, as autoridades intervenientes subscrevem “protocolos de entendimento” (*conhecidos como MoU’s, acrónimo de Memorandum of Understanding, na língua inglesa*). Ora, estes protocolos contêm, por regra, uma cláusula de confidencialidade, segundo a qual as partes concordam em não revelar a quaisquer terceiros os dados transmitidos, nem a sua fonte.

Sem embargo, a cláusula de confidencialidade acima referida, é compreensível porque o acesso aos documentos classificados pelos próprios visados, directamente, significaria uma quebra do compromisso de confidencialidade e, pior do que isso, poderia comprometer as investigações eventualmente em curso nos países ou regiões que forneceram os dados e, eventualmente, até a segurança das pessoas envolvidas nessas investigações.

Todavia, as garantias dos direitos individuais inerentes aos sistemas de Estado de Direito implicam que os visados devem ter a possibilidade de defesa plena, no limite, através da intervenção de órgãos independentes, ou seja, *maxime* os tribunais.

Assim, a nova lei migratória tinha, necessariamente, que abordar e tratar esta questão, de maneira eficaz, assegurando uma adequada protecção dos tribunais, a tutela jurisdicional, ainda que de forma diferente, e ao mesmo tempo, consagrando uma solução que permitisse a continuidade das trocas de informações sigilosas.

Por outro lado, o artigo 63.º dispõe que a base de dados de migração deve conter os dados pessoais necessários ao controlo de migração, de forma a prosseguir as diversas finalidades consagradas no artigo 64.º, designadamente os necessários para as finalidades de monitorização dos movimentos de migração de pessoas, incluindo para efeitos do cumprimento das obrigações internacionais nesse domínio; eficaz aplicação das medidas securitárias ordenadas pelos órgãos competentes e das decisões judiciais que ordenem a expulsão ou interdição de entrada na RAEM; e de prevenção e combate à criminalidade e à imigração ilegal.

Isso significa que a informação confidencial obtida ao abrigo dos referidos “protocolos de entendimento” também é inserida na base de dados de migração. Ora, a Lei n.º 8/2005 (*Lei de Protecção de Dados Pessoais*) contém as normas gerais, de princípio, sobre a protecção de dados pessoais, garantindo, designadamente que os titulares dos dados têm os direitos de informação, acesso e oposição, nos termos consagrados nos artigos 10.º, 11.º e 12.º, respectivamente, da referida lei.

Assim, também neste aspecto, era necessário que a nova lei interviesse inovadoramente, para consagrar um regime especial que viabilizasse a continuidade das trocas de informações sigilosas.

2.1.1. Nos procedimentos securitários

A lei geral, isto é, o Código do Procedimento Administrativo, contém

algumas referências a elementos ou informações secretos ou confidenciais no âmbito dos procedimentos administrativos (*cfr.*, nomeadamente, a alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º; o n.º 2 do artigo 58.º; o n.º 3 do artigo 63.º; o n.º 1 do artigo 64.º; e o n.º 3 do artigo 90.º); mas essas normas não permitiam resolver inequivocamente a questão em análise.

Na verdade, o n.º 3 do artigo 63.º do Código do Procedimento Administrativo dispõe, genericamente que, não obstante a existência de um direito geral à informação, as autoridades administrativas não podem prestar informações sobre peças ou elementos: “a) *Que, nos termos legais, estejam classificados como secretos ou confidenciais, enquanto essa classificação não for retirada pela entidade competente; b) Cujo conhecimento pelos interessados possa comprometer o fim principal do procedimento ou direitos fundamentais de outras pessoas.*”

Porém, quanto à alínea a), não existem “os termos legais”, ou, melhor, uma lei ou um conjunto sistematizado de normas dentro de uma lei, que regule a matéria dos documentos confidenciais ou reservados, designadamente quanto aos aspectos essenciais de como se processa essa qualificação e quem a pode levantar².

Por outro lado, quanto à alínea b), também não estaria em causa o comprometimento do fim principal do procedimento, porque o acesso aos documentos confidenciais não prejudicaria a aplicação da medida securitária. O que o acesso aos documentos confidenciais prejudicaria seria a subsistência dos “protocolos de entendimento” e outros valores importantes, como acima já se referiu.

Por isso, e à semelhança do que já foi referido a propósito do artigo 7.º, na sua relação com os artigos 122.º e 123.º do Código do Procedimento Administrativo (*cfr. supra*, n.º 1.2.1.3.), também aqui a Lei n.º 16/2021 interveio para resolver um problema. No artigo 4.º, a questão do acesso a documentos que constam dos procedimentos administrativos é definida, prevendo-se que o Chefe do Executivo pode negar o acesso às peças ou elementos de prova dos procedimentos administrativos classificados de confidenciais, por terem sido obtidos no âmbito de sistemas de cooperação internacional ou regional entre autoridades judiciais ou órgãos de polícia criminal, ou entre autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal, sob reserva de confidencialidade.

Se o interessado não se conformar com essa negação de acesso e

2 Mas seria desejável que isso fosse feito, partindo das necessidades reais, das especificidades do Direito Administrativo da RAEM e dos exemplos do Direito Comparado. Para este efeito, e descontando o facto de ser de Outubro de 1995, *cfr.* um interessante escrito de DEOLINDA MARIA MOREIRA APARÍCIO MEIRA, “*O direito à informação do administrado e a reserva da intimidade*”, Dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

accionar meios processuais contenciosos³, o tribunal competente decide sobre a legitimidade da utilização das peças ou elementos de prova classificados de confidenciais e cujo acesso tenha sido negado ao mesmo, avaliando a respectiva existência (*se os elementos realmente existem, se são autênticos*), pertinência (*se têm efectiva conexão com a situação em causa e com a correspondente medida securitária aplicada, ou se a conexão é meramente circunstancial ou contextual*) e actualidade (*se os factos comunicados são tão antigos que já não justificam suficiente relevância para a avaliação*).

Se o tribunal entender que estão reunidos todos os requisitos referidos, a negação de acesso é válida e os elementos em causa podem ser usados pela autoridade administrativa para fundamentar a sua decisão, ainda que o visado não tenha acesso directo aos correspondentes elementos de informação.

Se o tribunal entender que não estão reunidos todos os requisitos exigíveis, o n.º 3 do artigo 4.º prevê que o mesmo pode determinar o desentranhamento do processo, total ou parcialmente, conforme os casos, das peças ou elementos controvertidos relativamente aos quais conclua faltar algum dos requisitos de existência (efectiva) de pertinência e ou de actualidade, não podendo a autoridade migratória invocar os elementos / factos desentranhados para fundamentar a medida securitária.

2.1.2. Na base de dados de migração

Quanto à questão do acesso aos mesmos dados confidenciais constantes da base de dados de migração, o artigo 67.º também resolve a situação impondo uma “mediação” da autoridade judiciária, o Ministério Público.

Os direitos de acesso e oposição previstos na legislação sobre protecção de dados pessoais relativamente a dados classificados de secretos ou confidenciais são assegurados por intermédio do Ministério Público, ao qual compete promover ou determinar as modificações necessárias, na medida em que estas se justificarem e desde que não sejam susceptíveis de prejudicar a segurança pública.

A razão para esta diferença relativamente ao artigo 4.º está no facto de que a intervenção judicial não se justifica de imediato porque a “ameaça” aos direitos

3 Os meios processuais contenciosos referidos no n.º 2 do artigo 4.º referem-se a todos os meios processuais previstos no Código de Processo Administrativo Contencioso e que, no caso, sejam admissíveis, em face dos pressupostos estabelecidos nesse mesmo Código, designadamente o recurso contencioso, visando o acto que determina a medida securitária, a acção para reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, a acção para determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos ou a acção para prestação de informação, consulta de processo ou passagem de certidão. Por isso, a proposta de lei, deliberadamente, não restringe nem nomeia qualquer recurso ou acção especial; caberá ao interessado escolher o meio processual contencioso que, no caso concreto, ele entender que melhor serve os seus interesses.

e garantias individuais não é tão imediatamente impactante, como no caso dos procedimentos administrativos para aplicação de medidas securitárias.

Além disso, no caso de o particular não se conformar com a avaliação do Ministério Público, dispõe do direito de impugnação do respectivo despacho, nos termos gerais.

2.2. Menores

2.2.1. Menores filhos de não residentes nascidos na RAEM

No domínio da lei anterior, existia uma notória lacuna relativamente aos menores recém-nascidos na RAEM, filhos de pai e mãe não residentes.

Como expressivamente se referia no ponto 3.1.1. do Documento de Consulta Pública, *“Estas crianças, obviamente, não estão originariamente em situação de imigração ilegal, porque não entraram na RAEM. Mas, o controlo dos fluxos migratórios deve ser integral e, portanto, a situação destas crianças deve ser reportada à autoridade de migração”*.

O artigo 31.º resolve a lacuna. Assim, após o nascimento dos filhos, os pais não residentes devem tratar, atempadamente, do registo de nascimento e dos documentos de viagem, ausentando-se oportunamente de Macau ou requerendo a permanência em Macau conforme as circunstâncias.

Para requerer a permanência da criança em Macau, é necessário que os progenitores façam prova, junto da autoridade migratória, do documento de viagem obtido para o filho cujo nascimento ocorra na Região, no prazo de 90 dias após o nascimento, mas, obviamente, caso a Embaixada/Consulado do país da nacionalidade dos progenitores não residentes seja muito lenta a tratar da emissão do documento de viagem para a criança, é possível a extensão do prazo.

O dever de fazer prova é dispensado se a criança sair legalmente da RAEM antes do termo daquele prazo de 90 dias, pois, nesse caso, a criança terá saído, necessariamente, com base num documento de viagem.

No caso de incumprimento culposo, a lei não prevê multa; o legislador entendeu ser mais dissuasor prever que os progenitores ficam sujeitos à aplicação da medida de revogação de autorização de permanência e impedidos de requerer autorização de residência ou autorização especial de permanência pelo prazo de 2 anos, contados a partir do termo do prazo que tenha sido incumprido.

A prática da autoridade migratória sempre foi no sentido de que os menores recém-nascidos na RAEM, filhos de pai e mãe não residentes, devem abandonar a RAEM. Todavia, são admitidas exceções, quer com base em motivos humanitários, ao abrigo da cláusula geral do artigo 11.º, quer quando estão reunidas determinadas condições, por exemplo, quando estejam em causa filhos menores

nascidos em Macau⁴, cujos progenitores permaneçam habitualmente na RAEM (ambos), mostrem possuir as condições económicas necessárias à subsistência condigna dos mesmos e reúnam os demais requisitos legais para o efeito (designadamente, em termos de manutenção do requisito geral de idoneidade).

2.2.2. Situações de menores em situação de imigração ilegal

No ponto 2.1.1. do Documento de Consulta Pública, foi assinalado, de forma muito clara, que *“O CPSP (Corpo de Polícia de Segurança Pública) é confrontado, com frequência, com situações de menores em situação de imigração ilegal, por vezes por períodos longuíssimos. Todavia, os menores, eles próprios, não são susceptíveis de sanção, naturalmente. Quanto aos pais, não é possível dissuadir estas situações eficazmente, por falta de uma previsão legal que associe uma multa ou outra consequência negativa a essa prática.”*

Para resolver esta situação, a Lei n.º 16/2021, no seu artigo 49.º, passou a impor consequências, fazendo uma diferenciação consoante está em causa um residente de Macau, a quem é aplicável multa, por um lado, ou, por outro, um não residente, a quem são aplicáveis medidas securitárias julgadas mais dissuasoras que a multa, tais como, revogação da autorização de permanência, interdição de entrada e impedimento de obter vistos como trabalhador não residente por um prazo de dois anos, “contados a partir do termo do prazo que tenha sido incumprido”.

Deve sublinhar-se que a situação prevista neste artigo 49.º é diferente da prevista no artigo 31.º. No artigo 31.º, pressupõe-se a existência de um menor cujo nascimento ocorreu na RAEM e que, portanto, a sua estadia na RAEM será do conhecimento das autoridades e esse menor não está em situação de imigração ilegal porque ele não entrou ilegalmente na RAEM; no artigo 49.º pressupõe-se a existência de um menor que está em situação de imigração ilegal, ou seja, em alguma das situações previstas no artigo 47.º.

2.3. Medidas securitárias

2.3.1. Fundamentos da revogação da autorização de permanência

Relativamente à revogação da autorização de permanência e de residência, a nova lei passa a clarificar as situações em que existe poder vinculado e em que existe poder discricionário. Isso é patente nas normas do n.ºs 1 e 2 do artigo 23.º e do artigo 24.º, conjugados com o artigo 35.º, quanto à autorização de permanência,

4 Este factor do nascimento em Macau é essencial, na perspectiva da autoridade migratória. No Acórdão de 28.04.2016, proferido no âmbito do Processo n.º 469/2014, o Tribunal de Segunda Instância avaliou o caso de uma família a quem, através de um mesmo acto administrativo, foi concedida autorização de permanência para filho menor nascido em Macau e negada a autorização para uma sua irmã nascida fora de Macau.

e com os n.ºs 1 e 2 do artigo 43.º quanto à autorização de residência.

Relativamente aos fundamentos da revogação da autorização de permanência, o artigo 35.º prevê um que tem correspondência exacta na lei anterior (*trabalhar na RAEM sem estar autorizado para tal*); outros, porém, constituem importantes clarificações jurídicas, de grande relevância em termos de facilitar a aplicação prática da lei.

A expressão “*trabalhar na RAEM sem estar autorizado para tal*” foi introduzida na Lei n.º 6/2004 pela Lei n.º 21/2009 (*Lei da contratação de trabalhadores não residentes*)⁵. O artigo 39.º desta Lei alterou a alínea 1) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 6/2004, de forma a que, onde se dizia “*For detectada no exercício de trabalho ilegal*”, passou a dizer “*Trabalhar na RAEM sem estar autorizado para tal*”. Esta nova redacção, conjugada com o disposto nos n.ºs 1 e 5 do artigo 32.º da mesma Lei n.º 21/2009, passou a determinar um regime diferente para as situações dos não residentes que deveriam considerar-se em situação de trabalho ilegal, propriamente dito (*aqueles sem qualquer título para trabalhar na RAEM*), daqueles outros que, estando autorizados a trabalhar na RAEM, se encontrem a trabalhar para uma entidade patronal diferente daquela referida na autorização. Esta última situação passou a ser qualificada como uma mera irregularidade administrativa, apenas passível de multa, não constituindo, só por si, fundamento de autorização de revogação da autorização de permanência.

Em todo o caso, na generalidade das demais situações, o regime da revogação de autorização de permanência de trabalhadores não residentes é o que consta do artigo 35.º, porque este preceito não distingue, para este efeito, as autorizações de permanência comuns das especiais e porque, a legislação aplicável aos trabalhadores não residentes não consagra qualquer especialidade: pelo contrário, como claramente resulta do artigo 15.º do Regulamento Administrativo n.º 8/2010, a recusa e a revogação da autorização de permanência de não residente na qualidade de trabalhador efectua-se com os fundamentos e nos mesmos termos que são invocáveis para recusar ou interditar a entrada, por um lado, ou revogar a autorização de permanência, por outro, de quaisquer não residentes.

*

Entre as importantes clarificações jurídicas operadas pelo artigo 35.º está a norma que prevê como fundamento da revogação de autorização de permanência “*Exercer actividade em proveito próprio, na RAEM, sem as autorizações administrativas que, no caso, forem legalmente exigíveis, ou incumprindo as*

5 Já alterada pela Lei n.º 4/2010 (Regime da Segurança Social) e Lei n.º 4/2013 - Alteração à Lei n.º 21/2009 (Lei da contratação de trabalhadores não residentes).

condições impostas por via (do acto administrativo) da autorização”.

Esta norma passou a abranger e resolver claramente situações como a dos donos de “pensões ilegais” e outras actividades económicas ilegais. De facto, segundo o artigo 3.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004 o exercício pessoal e directo por parte do não residente de actividade em proveito próprio está sujeito a prévia autorização administrativa para esse efeito. Por outro lado, segundo o artigo 9.º do mesmo Regulamento Administrativo n.º 17/2004, quem exercer actividade em proveito próprio sem observância do disposto no artigo 3.º, é punido com multa de 20 000 a 50 000 patacas.

Ora, é certo que o Regulamento Administrativo n.º 17/2004 nada refere quanto à autorização de permanência do infractor. No entanto, o exercício de actividade em proveito próprio sem observância do disposto no artigo 3.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004 constitui uma forma de trabalho ilegal (não autorizado); só não era trabalho por conta de outrem. Por isso, em rigor, já no domínio da lei anterior era possível revogar a autorização de permanência dos “donos” de pensões ilegais, ao abrigo da alínea 1) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 6/2004.

Sem embargo, eram por vezes colocadas dúvidas de interpretação, invocando-se que a redacção da alínea 1) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 6/2004 só previa contratos de trabalho *subordinado* e não, especificamente, actividades (económicas) em proveito próprio.

Agora, estando bem alicerçado o auto de notícia sobre o efectivo exercício da actividade de pensão não autorizada, a autoridade migratória, inequivocamente parece, pode promover a revogação da autorização de permanência do “dono” da pensão, ao abrigo da subalínea (2) da alínea 1) do n.º 1 do artigo 35.º.

A mesma base legal de fundamento de revogação de autorização de permanência (*isto é a subalínea (2) da alínea 2) do n.º 2 do artigo 35.º*) pode ser utilizada relativamente a não residentes que desenvolvam outras actividades económicas em proveito próprio, na RAEM, sem as necessárias autorizações administrativas, como é o caso muito actual dos cambistas ilegais, e como foi também foi o caso, em tempos pré pandemia COVID 19, dos revendedores de títulos de transporte de *jetfoil*, independentemente de saber se a situação cabia ou não no tipo penal de “preço ilícito” - cfr. artigo 23.º da Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho (*Regime jurídico das infracções contra a saúde pública e contra a economia*).

Na verdade, o exercício de qualquer actividade por conta própria por parte de não residentes só é legal se o interessado obtiver a correspondente autorização administrativa para o efeito, mediante requerimento dirigido ao Secretário para a Economia e Finanças, através da Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais, e, posteriormente, a correspondente autorização especial de permanência; tudo como

resulta da alínea 4) do artigo 2.º e artigo 3.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004 (*Regulamento sobre a proibição do trabalho ilegal*), conjugado com a segunda parte da alínea 4) do n.º 1 do artigo 32.º da Lei n.º 16/2021.

Esta exigência é aplicável a qualquer actividade económica exercida em proveito próprio, independentemente de saber se, além desta autorização administrativa genérica, por parte do Secretário para a Economia e Finanças, ainda é exigível uma outra autorização administrativa específica da Administração, por força de legislação própria.

E, precisamente, esta é a situação aplicável à actividade de cambista, que consiste, materialmente, na prática de operações de troca de divisas, com intuito lucrativo, para auferir um lucro (ágio). Esta é uma actividade regulamentada e que, nos termos da legislação aplicável⁶, é reservada à RAEM, à Autoridade Monetária de Macau, às instituições de crédito, casas de câmbio e outras entidades, cujo regime legal o permita⁷.

Nesta situação dos cambistas ilegais, pode dizer-se que a conduta é “duplamente ilegal”, pois falham duas autorizações administrativas exigíveis: a genérica, exigível nos termos da alínea 4) do artigo 2.º e do artigo 3.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004, e a específica, exigível nos termos do Regime jurídico do sistema financeiro e do Decreto-Lei n.º 39/97/M, de 15 de Setembro⁸.

Aliás, neste mesmo quadro se podem inserir outras situações de profissões ou actividades regulamentadas, de naturezas muito diferentes, como, por exemplo, contabilistas (*cf. artigo 5.º da Lei n.º 20/2020 - Regime de qualificação e exercício da profissão de contabilista*) e barbeiros (*cf. artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 47/98/M, de 26 de Outubro - Regime do licenciamento administrativo de determinadas actividades económicas*).

As situações enquadráveis na subalínea (2) da alínea 2) do n.º 2 do artigo 35.º têm uma característica relevante, comparativamente às situações enquadráveis na subalínea (4) do mesmo preceito legal: é que as enquadráveis na subalínea (2),

6 Cfr., especificamente, o artigo 9.º Decreto-Lei n.º 39/97/M, de 15 de Setembro (Bases gerais do regime cambial) e o n.º 1 e a alínea 5) do n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 13/2023 (Regime jurídico do sistema financeiro).

7 Pela Ordem Executiva n.º 33/2021, a Sociedade de Jogos de Macau está autorizada a desenvolver as operações de câmbio mais comuns (*compra e venda de notas e moedas metálicas com curso legal no exterior e compra de cheques de viagem*) nas instalações do Casino Palácio Grande Lisboa.

8 Autorização essa que, aliás, não pode ser concedida a pessoas singulares: cfr. o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 38/97/M, de 15 de Setembro (*Casas de câmbio*); o artigo 24.º do Regime jurídico do sistema financeiro; e o artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 39/97/M, de 15 de Setembro (*Bases gerais do regime cambial*).

por regra, implicarão, para além da revogação da autorização de permanência e as demais previstas no n.º 1 do artigo 36.º, a instauração de um procedimento visando a responsabilização administrativa e, eventualmente, criminal⁹, ao passo que, nas situações enquadráveis na subalínea (4), as consequências, por regra, serão “apenas” a da revogação da autorização de permanência e as demais previstas no n.º 1 do artigo 36.º.

Por último, são de sublinhar dois aspectos:

- Em primeiro lugar, nas situações acima referidas, a revogação de autorização de permanência pode ou não ser aplicada, dependendo da avaliação da autoridade migratória, pois aquelas cabem no n.º 2 do artigo 35.º, não no seu n.º 1;
- Em segundo, a revogação de autorização de permanência pode ser aplicada tanto a não residentes titulares de autorização de permanência comum, atribuída para finalidades de turismo, como a não residentes titulares de autorização de permanência especial, pois a lei não distingue.

*

Embora a clarificação jurídica referida tenha sido importante, a verdadeira e importantíssima inovação, neste domínio, foi a separação autonomizadora da previsão que constava na alínea 2) do n.º 1 do artigo 11.º da revogada Lei n.º 6/2004.

Na verdade, segundo a lei anterior, para que houvesse fundamento legal para a revogação da autorização de permanência, neste tipo de situações, era necessário que a pessoa, pela sua conduta, se desviasse dos fins que justificaram a autorização de entrada e permanência, e, *simultaneamente*, que essa conduta se traduzisse na prática reiterada de actos de violação de leis ou regulamentos, nomeadamente prejudiciais para a saúde ou o bem-estar da população¹⁰.

9 Designadamente para efeitos da regra genérica da alínea b) do artigo 322.º do Código Penal segundo a qual *quem exercer profissão para a qual a lei exige título ou preenchimento de certas condições, arrogando-se, expressa ou tacitamente, possui-lo ou preenchê-las, quando o não possui ou as não preenche, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*

10 “Reiterado” tem sido entendido no sentido de mais do que repetido, no sentido de que “repetido” significa “duas vezes”. Assim, para se poder considerar “reiterada”, a conduta terá que ser praticada, pelo menos, 3 vezes. Logo, se um não residente for sancionado por 3 vezes por infracções das regras de utilização dos espaços públicos (por exemplo, por cuspir ou lançar lixo para o chão) pode ver a sua autorização de permanência revogada. Como a lei não distingue,

Esta previsão gerava alguma perplexidade do ponto de vista puramente lógico, porque se um não residente entra na RAEM na condição de vir fazer turismo, e passa a fazer outra actividade, ou mais actividades não subsumíveis nos n.ºs 2 e 3 do artigo 21.º, isso já representa um incumprimento da condição que, expressa ou tacitamente, lhe foi imposta.

Por outro lado, era já convicção generalizada que a prática reiterada de actos de violação de leis ou regulamentos também deveria constituir, por si só, autonomamente, fundamento de revogação da autorização de permanência.

Todavia, a referida exigência legal das duas circunstâncias *simultâneas* dificultava / inviabilizava a revogação de autorização de permanência em situações que causavam mal-estar e reprovação social.

Era esse, obviamente, o caso da prostituição. Na RAEM, a exploração da prostituição é considerada crime. Todavia, a prostituição em si não é crime. Só é considerada infracção administrativa, punível com pena de multa de 5 000 patacas, a conduta de aliciamento ou proposta para a prática de actos sexuais com o intuito de obter remuneração pecuniária ou outro proveito económico e apenas os actos de aliciamento ou proposta que *forem praticados em público ou locais de acesso público* (cfr. artigo 35.º da Lei n.º 6/97/M, de 30 de Julho - Lei da criminalidade organizada).

Assim, nos casos de aliciamento ou proposta de prostituição feita por meios privados (*telefone, mensagens directamente dirigidas pelas redes sociais*), não constituindo violação de qualquer norma, nem criminal, nem administrativa, não era possível promover a revogação da autorização de permanência das pessoas autoras dessa condutas invocando a alínea 2) do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 6/2004: nestes casos, poderia ser demonstrado o pressuposto do desvio dos fins da autorização de permanência, mas faltava o pressuposto, simultâneo, “*de actos que violem leis ou regulamentos*”.

Portanto, a inovação de autonomização, expressa nas subalíneas (3) e (4) da alínea 2) do n.º 2 do artigo 35.º veio permitir resolver a questão referida, e outras semelhantes, sempre que os não residentes obtiveram autorizações de permanência para finalidade de turismo (*vide supra, n.º 1.2.1.4.*) mas que, na verdade, se dedicam a actividades não enquadráveis nos n.ºs 2 e 3 do artigo 21.º.

A subalínea (4) da alínea 2) do n.º 2 do artigo 35.º reveste uma natureza ampla, e do tipo residual, pelo que, em rigor, não deve ser utilizada quando a

serão relevantes quaisquer infracções, independentemente da respectiva classificação como leves, comuns, graves muito graves ou outra terminologia.

Quanto à noção de “bem-estar”, identifica a sensação, percepção de segurança, conforto, tranquilidade. No exemplo dado, o indivíduo que reiteradamente cospe ou lança lixo para o chão induz uma sensação de insegurança, desconforto e intranquilidade nos cidadãos que presenciam tais actos.

situação seja especificamente enquadrável nas subalíneas (1) a (3) do mesmo preceito legal. Assim, os casos em que os não residentes se dediquem a prostituição são melhor enquadráveis nesta subalínea (4) porque a prostituição, na RAEM, ao contrário do que sucede noutras jurisdições, não é legalmente qualificada como profissão (regulamentada) nem sequer tem sido entendida como uma actividade económica.

*

Quanto à revogação de autorização de permanência com fundamento no facto de o não residente trabalhar na RAEM sem estar autorizado para tal, a Lei n.º 16/2021 continua a dispor da mesma forma que a lei anterior, conforme já referimos acima.

E, no domínio da lei anterior, as situações mais frequentes de litigiosidade judicial prendiam-se com o facto de que a autoridade migratória aplicava a medida de revogação de autorização de permanência, por entender que estava reunida prova sobre a prática de trabalho ilegal, mas, posteriormente, aguardava pela actuação da Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais, para efeitos de aplicação da medida de interdição de entrada, porque, alegadamente, o artigo 7.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004 dispunha que, se no cumprimento da acção de fiscalização, “(...) o Corpo de Polícia de Segurança Pública ou os Serviços de Alfândega detectarem infracções ao presente regulamento administrativo, devem elaborar e enviar o respectivo auto de notícia à DSTE, para efeitos de confirmação e graduação das multas.”.

Esta prática era algo estranha, porque estranho era que a autoridade migratória considerasse provado o *exercício de trabalho na RAEM sem autorização para tal* para efeitos de revogar a autorização de permanência e aguardasse depois a “confirmação” (?) da aplicação da multa pela Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais, por vezes por longuíssimo tempo, para aplicar a interdição de entrada. Afinal, o fundamento de ambas as medidas não era o mesmo, ou seja, *o exercício de trabalho na RAEM sem autorização para tal?*

O Regulamento Administrativo n.º 17/2004 foi quase integralmente revogado pela alínea 3) do artigo 43.º da Lei n.º 21/2009, pois esta passou a regular toda a matéria do trabalho por conta de outrem por não residentes. O Regulamento Administrativo n.º 17/2004 só subsistiu em vigor em duas vertentes:

- Quanto aos não residentes que pretendem exercer na RAEM uma actividade em proveito próprio (*cf. alínea 4) do artigo 2.º do citado Regulamento Administrativo*);
- Quanto às excepções de “trabalho ilegal” previstas no respectivo artigo

4.º, com base num entendimento de que tais excepções não eram incompatíveis com o disposto na Lei n.º 21/2009.

Relativamente à fiscalização, passou a reger o artigo 36.º da Lei n.º 21/2009, segundo o qual “a fiscalização do cumprimento do disposto na presente lei compete à DSAL, *sem prejuízo das competências legalmente cometidas a outras entidades.*” Ou seja, pelo menos quanto à fiscalização do trabalho por conta de outrem ilegal, deixou de se considerar a “exigência” da confirmação da multa pela Serviços de Assuntos Laborais.

Por isso, depois de 2009, estando bem alicerçado o auto de notícia ou equivalente sobre o efectivo *exercício de trabalho por conta de outrem, na RAEM, sem autorização para tal*, a autoridade migratória já podia promover a revogação da autorização de permanência do não residente trabalhador e, de seguida, após o cumprimento do dever de audiência prévia, aplicar a medida de interdição de entrada, sem necessidade de esperar pelo desenvolvimento de outros processos administrativos.

Em relação às aludidas às excepções de “trabalho ilegal” previstas no artigo 4.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004, é de prever que continue a litigiosidade, porque os visados e as entidades empregadoras frequentemente alegam, sem que consigam fazer a prova devida¹¹, a existência de acordos de cooperação referidos na alínea 1) do n.º 1 desse preceito legal.

2.3.2. Fundamentos da revogação da autorização de residência

Embora a questão não tivesse sido mencionada no Documento de Consulta Pública, o elenco dos fundamentos da revogação de autorização de residência¹² era uma imposição inultrapassável, até por razões de coerência lógica: se os fundamentos da revogação de permanência estavam especificados, por razões garantísticas, próprias de um regime de Estado de Direito, o mesmo se deveria aplicar aos fundamentos da revogação da autorização de residência.

Esta questão estava regulada, de forma assaz deficiente, no artigo 24.º

11 Com efeito, é relativamente frequente o “esquecimento”, pelos visados e respectivas entidades empregadoras, de que a excepção a que alude o artigo 4.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004 não depende apenas da existência de um acordo entre empresas sediadas fora da RAEM e pessoas singulares ou colectivas sediadas na RAEM: é absolutamente exigível, sob pena de sistemática fraude à lei, a existência do registo, permanentemente actualizado, dos dias em que o não residente exerce efectivamente actividades no âmbito daquele acordo interempresarial, o qual deve ser exibido, sempre que solicitado, às entidades fiscalizadoras.

12 Recordar-se que o artigo 43.º se aplica aos indivíduos que residem em Macau com autorização de residência *temporária*. Aos residentes permanentes não se aplica o disposto no artigo 43.º porque essas pessoas já adquiriram o direito à residência.

do Regulamento Administrativo n.º 5/2003 (*não na Lei n.º 4/2003!*) porque era ambígua (*veja-se a redacção da alínea 2) do citado artigo*), dando lugar a uma excessiva discricionariedade neste domínio, e, também, porque recorria a um estranho conceito de “caducidade”. De facto, tratava-se de uma verdadeira revogação, mascarada de “caducidade-sanção”, sendo pacífico, na altura, que, apesar da confusão terminológica, esta “caducidade” tinha que ser objecto de declaração e só poderia ser declarada após audiência prévia.

Aliás, na prática, o citado artigo 24.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003 não era invocado pela autoridade migratória de forma frequente, para efeitos de revogação da autorização de residência. Em nossa opinião, isso relacionava-se, precisamente, pela dificuldade que decorria da deficiente formulação jurídica dessa norma. Na prática, a revogação era transformada numa recusa de renovação, no momento em que esta era apreciada, colocando-se os casos mais difíceis quando as situações de facto ocorriam ou eram conhecidas após já ter sido concedida a última renovação (isto é, após o 5.º ano de residência na RAEM).

Nestes casos, a solução tinha que ser mesmo a de recorrer a uma declaração de caducidade-sanção com fundamento em que o evento (*por exemplo, a agressão praticada pelo residente não permanente contra outrem*) era impeditivo da manutenção da autorização de residência por o titular deixar de cumprir pressupostos essenciais da autorização (*ou seja, no exemplo referido, o pressuposto da não perigosidade da pessoa, o pressuposto da sua vinculação expressa, por escrito, efectuada aquando da primeira autorização, ao cumprimento das leis da RAEM*).

*

A matéria está agora regulada no artigo 43.º, sendo de realçar que:

- Como já referimos na primeira parte deste estudo (n.º 1.1.4.1), estamos aqui na perspectiva da revogação de autorização de residência enquanto medida administrativa securitária e não puramente administrativa¹³;
- Relativamente à natureza do poder administrativo em causa, este preceito assenta na lógica, igualmente presente no artigo 23.º (recusa de entrada), e 35.º (revogação de autorização de permanência), segundo a qual existem dois tipos de situações: aquelas em que a revogação é obrigatória, havendo, portanto, um poder vinculado (n.º 1); e aquelas em que a revogação depende de avaliação do caso concreto pelo Chefe

13 Sobre as situações de revogação não securitária de autorizações de residência, nos casos específicos em que o que justifica a revogação é o decaimento de outras condições fundamentais que estiveram na base da autorização (*que não a condição ou pressuposto da honestidade e não perigosidade da pessoa em causa*), vide, adiante, os pontos 2.5.1. e 2.5.3.

do Executivo, havendo em consequência um poder discricionário (n.º 2).

Apesar de a nova solução legal dos n.ºs 1 e 2 do artigo 43.º representar, inequivocamente, uma inovação muito positiva, do ponto de vista da função garantística dos direitos individuais, ela suscitou reservas, a maior das quais se não seria demasiado rigorosa a possibilidade de a autoridade migratória revogar a autorização de residência no caso de o titular ser condenado em pena de prisão superior a 1 ano. Todavia, esta crítica esquecia que, muito mais rigorosa, e ainda por cima ambígua, era a lei anterior, ao abrigo da qual podia ser declarada a caducidade-sanção da autorização de residência (*ou recusada a sua renovação*) mesmo com base num crime “menor”, punível com pena de prisão máxima de 1 ano (*por exemplo, o crime de desobediência simples, referido no n.º 1 do artigo 312.º do Código Penal, bem como os crimes de consumo ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas ou detenção indevida de utensílio ou equipamento previstos na Lei n.º 17/2009*).

Na nova Lei n.º 16/2021, os crimes puníveis com pena de prisão inferior a 1 ano podem ser relevantes para efeitos de revogação de autorização de residência, mas apenas no caso de repetição de condenações (*sublínea (2) da alínea 1) do n.º 2 do artigo 43.º*). O entendimento foi o de que se a pessoa em causa for condenada em mais do que uma ocasião, essa repetição de crimes, mesmo que sejam crimes “menos graves”, é suficiente para demonstrar que ela possui baixa consciência do cumprimento das leis, daí resultando uma falta de confiança na mesma relativamente a esse aspecto fundamental.

2.3.3. Simplificação de interdição de entrada a pessoas cuja autorização de permanência caducou

No domínio da lei anterior, da conjugação da alínea 2) do n.º 2 do artigo 12.º com o artigo 11.º da Lei n.º 6/2004, resultava que quando a pessoa não residente praticasse actos susceptíveis de fundamentar a revogação da autorização de permanência, a autoridade migratória poderia aplicar-lhe posteriormente (*posteriormente à revogação da autorização de permanência*) a medida de interdição de entrada precisamente, e tão só, com base nesse acto administrativo antecedente.

No entanto, era frequente, devido a vicissitudes do procedimento, que quando a autoridade se propunha revogar a autorização de permanência, esta já tinha expirado. Logicamente, não era possível revogar o que já não existia.

Considere-se o exemplo de um titular de passaporte chinês, a quem foi concedido um período de sete dias de permanência em Macau, com a finalidade

de trânsito para o exterior, e que começou imediatamente a trabalhar ilegalmente na RAEM; sendo interceptado apenas no sétimo dia após a entrada, depois de concluir o procedimento securitário, o período de permanência já ultrapassou largamente os 7 dias.

Nestas situações, não era possível a aplicação expedita, mais rápida, da medida de interdição de entrada, fundamentada simplesmente no acto administrativo antecedente de revogação de autorização de permanência.

Por isso, a nova lei passou a determinar expressamente que a autoridade migratória pode ordenar a aplicação da medida de interdição de entrada com base em factos legalmente previstos como justificadores da revogação de autorização de permanência ainda que, entretanto, já não seja possível proceder à revogação da autorização de permanência, designadamente por a mesma (a autorização) já ter caducado.

No essencial, a autoridade migratória passará a argumentar que a pessoa não residente praticou factos susceptíveis de basear a revogação de autorização de permanência e que esta não foi proferida apenas devido às inevitáveis vicissitudes procedimentais; e por essa razão, e com base no n.º 2 do artigo 36.º, essa ausência de revogação não obsta a que se promova, com simplicidade e eficiência, o procedimento visando a aplicação de medida de interdição de entrada.

2.3.4. Procedimento administrativo securitário vs. inquéritos penais

A inovação legal no n.º 2 do artigo 23.º consiste em substituir o conceito de *fortes indícios* pelo conceito de *razões sérias*. A razão de ser é que quem tem que afirmar ou avaliar se há “fortes indícios” da prática de um crime, para decidir se leva ou não o suposto agente a julgamento, é a autoridade judiciária. Para efeitos de medidas administrativas de segurança, a autoridade administrativa de migração não deve ser obrigada a avaliar se é ou não provável que a pessoa em causa responda em processo penal; deve apenas preocupar-se e avaliar com boa-fé e transparência se existem motivos sérios para crer que uma pessoa praticou factos que possam configurar conduta criminosa ou a sua preparação, independentemente das condições de punibilidade penal.

Ou seja, para efeito de aplicação de medidas de segurança, o que deve ser relevante é o comportamento (*agressivo, desonroso; desonesto*); a autoridade de imigração não precisa necessariamente se preocupar com a subsunção da conduta num exacto ou concreto tipo penal, nem com determinados aspectos que podem ser muito relevantes em sede de apreciação penal (*prescrição, desistência de queixa; inimputabilidade, por exemplo*), mas que, do ponto de vista securitário, não são necessariamente relevantes.

A alteração referida pareceu muito conveniente para atenuar a litigância sistemática à volta de questões não essenciais, do ponto de vista da *ratio* da lei:

na verdade, se algum não residente demonstrou ser pessoa perigosa porque, por exemplo, agrediu outrem, não fazia muito sentido litigar à volta da questão de saber se o acto administrativo que aplicava a medida securitária enfermava de erro sobre os pressupostos de facto porque invocara ofensa agravada à integridade física (*artigo 138.º do Código Penal*) em vez de invocar a prática de ofensa simples à integridade física (*artigo 137.º do Código Penal*), o crime pelo qual o visado viria, afinal, a ser condenado.

A substituição do conceito “indícios fortes” por “razões sérias” baseia-se, em termos de Direito Comparado, em conceito idêntico usado na lei portuguesa (*vide, por exemplo, a alínea c) do n.º 1 do artigo 85.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho*).

2.3.5. Os impedimentos de entrada temporários, automáticos, preparatórios (artigo 48.º)

A alínea 3) do artigo 48.º contém uma alteração de regime jurídico muito importante, para atingir objectivos de melhor operacionalidade prática e de melhor gestão de expectativas para o próprio interessado.

Doravante, sem prejuízo das responsabilidades penais e administrativas em que incorram, as pessoas que incorram em situação de imigração ilegal são automaticamente impedidas de entrar na RAEM pelo prazo de três meses, a contar da data da saída, sem prejuízo da possibilidade de aplicação posterior da medida de proibição de entrada.

Este impedimento é aplicável directamente por força da lei, sem ser necessário que a autoridade migratória pratique acto administrativo específico para esse efeito.

O objectivo é dar à autoridade migratória um prazo adequado para decidir se, num caso concreto, se justifica a aplicação da medida de interdição de entrada na sequência da revogação da autorização de permanência e, em caso afirmativo, preparar a aplicação da medida, inclusive quanto à formalidade de audiência prévia.

Para o não residente afectado, esta solução também tem vantagem clarificadora: permite-lhe saber antecipadamente que, durante o período de 3 meses, deverá evitar despesas desnecessárias com deslocações à RAEM, uma vez que a sua entrada será recusada.

Nos termos da alínea 1) do número 2 do artigo 8.º, o período de interdição de entrada conta-se desde a data da sua saída, após de lhe ter sido revogada a autorização de permanência; isto significa que o período de três meses em que o visado fica interdito de entrar em Macau depois de lhe ter sido revogada a autorização de permanência, é contado também para o período de interdição de entrada.

Naturalmente, o impedimento de 3 meses só é oponível ao visado se, e na medida em que, o próprio acto administrativo de revogação de autorização de permanência for válido e executório.

2.3.6. Conhecimento rápido e sistemático das decisões dos Tribunais em matéria criminal conexas com aspectos de migração

O artigo 87.º estabelece que os tribunais devem enviar à autoridade migratória, “*com a maior brevidade e em formato electrónico, por via segura, cópia integral*” de determinadas sentenças que são consideradas relevantes para efeitos da nova lei.

A solução legal tem vantagens significativas, na medida em que permite abranger todas as situações que devem ser analisadas pela autoridade migratória, para efeitos de medidas securitárias, o que serve um dos objectivos gerais da alteração legislativa, que foi o de obter melhores mecanismos de controlo securitário.

Por outro lado, constitui um instrumento que favorece a justiça relativa, porque assim se analisam todas as situações e não se deixam de fora aquelas que, por algum motivo, não chegam ao conhecimento do CPSP.

Ou seja, este artigo baseia-se na garantia da eficácia e aplicação atempada das medidas de segurança, para evitar que alguns indivíduos sejam alvo de medidas de segurança e outros na mesma situação sejam isentos.

É esse o sentido das exigências das alíneas 1) e 2) na parte em que refere a obrigação de envio de todas as sentenças proferidas em processo crime contra não residentes ou que determinem a expulsão ou interdição de entrada de não residentes.

Quanto ao sentido da obrigação de envio das sentenças proferidas em “processos instaurados pela prática de crimes previstos na presente lei”, o objectivo é outro: o de facultar à autoridade migratória o conhecimento exaustivo, sistemático, da forma como os tribunais aplicam a lei, em ordem a estudar e avaliar a implementação prática das políticas criminais e, eventualmente, propor alterações de ordem legislativa, se for o caso, em função das necessidades reais e da evolução social.

Atentas as vantagens referidas, a comunicação de um documento, ainda que com duas ou três dezenas de páginas, parece adequada e não representa o mesmo grau de dificuldade de um processo. Essa comunicação pode ser efectuada em formato do tipo comum e universal (pdf) e através de meio seguro, isto é, que permita evitar a sua falsificação, adulteração ou supressão, por meio de qualquer acto não autorizado, na acepção da alínea 5) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 13/2019 (Lei da Cibersegurança).

Deve sublinhar-se que não releva directamente, aqui, o artigo 19.º da Lei

n.º 2/2020 (Governação electrónica) porque este refere a remessa de processo administrativo e de outros documentos dos serviços públicos para o tribunal ou ao Ministério Público; no artigo 87.º refere-se situação contrária, isto é, o envio de documento, não de processo (*a sentença consiste, materialmente, num documento; não é um processo*) do tribunal para o serviço público.

A Lei n.º 16/2021 opta por não definir um prazo fixo, utilizando a expressão “com a maior brevidade”, porque esta é a expressão utilizada sempre que o legislador, por algum motivo, entende conveniente não fixar prazo, embora sem deixar de vincular o sujeito obrigado a uma relativa urgência. Vide, por exemplo, o n.º 3 do artigo 56.º-A da Lei n.º 7/2008 (*Lei das relações de trabalho*), aditado pela Lei n.º 8/2020.

Por outro lado, deve ainda sublinhar-se que a lei só visa as sentenças transitadas em julgado, porque só essas são definitivas, mas não distingue entre sentenças condenatórias e absolutórias, pelo que ambas se devem considerar abrangidas pela obrigação. Aliás, como é facilmente perceptível, face à natureza das medidas securitárias, frequentemente baseadas em indícios, as sentenças absolutórias também são de grande importância para efeitos de medidas securitárias.

Este artigo 87.º, na parte que se refere às condenações de não residentes, não é totalmente inovador, como se pode verificar face ao artigo 36.º da Lei n.º 6/97/M¹⁴.

2.4. Autorizações especiais de permanência

Como já se referiu na 1ª parte deste estudo, a autorização especial de permanência é uma figura jurídica diferente da autorização de permanência comum, porque é tendencialmente menos precária.

A Lei n.º 16/2021 inova muito neste domínio, porque passou a prever expressamente novas figuras de autorização especial de permanência.

2.4.1. Novas figuras de autorização especial de permanência

Para além das finalidades tradicionais de autorização especial de permanência (*sendo a reunião familiar e o estudo as mais comuns*), o artigo 32.º, nas respectivas alíneas 2), 3) e 7), passa a prever três figuras adicionais para não residentes que entrem na RAEM:

14 Cfr. Também, mais recentemente, o artigo 26.º da Lei n.º 2/2009 (Lei relativa à defesa da segurança do Estado) alterada pela Lei n.º 8/2023 e republicada pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 79/2023.

- para prestação de serviço a entidades públicas da RAEM, no âmbito de acções de cooperação com entidades públicas nacionais ou de outros países ou regiões;
- para exercício de funções na RAEM como representantes de outros países ou regiões em delegações de organizações internacionais ou inter-regionais ou em comissões, conselhos ou outros tipos de entidades de cooperação intergovernamental ou inter-regional;
- para exercício de funções de árbitro, quando previsto na legislação sobre arbitragem¹⁵.

As autorizações especiais de permanência acima referidas já eram possíveis, face à lei anterior, ao menos ao abrigo do artigo 11.º da Lei n.º 4/2003. No entanto, a sua previsão expressa facilita os processos, para melhor eficácia na prossecução de interesses públicos. Para esse efeito, o Regulamento Administrativo n.º 38/2021, nos respectivos artigos 14.º a 30.º, fixou aspectos importantes de regime, concretizando os termos em que cada espécie de autorização especial é admissível, designadamente quanto ao prazo da sua duração e comprovativos necessários.

Quanto à alínea 1), não é inovadora: trata-se de matéria que era regulada no Regulamento Administrativo n.º 18/2003 (Título especial de permanência), o qual foi revogado. E o mesmo se pode dizer dos motivos referidos nas alíneas 5) (*para agrupamento familiar*) e 6) (*para frequência de estabelecimentos de ensino*). Por outro lado, a autorização especial de permanência para efeitos de trabalho por conta de outrem também não é inovadora, estando prevista, por remissão, para a legislação própria, referida no n.º 3, ou seja, a Lei n.º 21/2009 e o Regulamento Administrativo n.º 8/2010.

*

Embora a questão tivesse sido suscitada, a nova lei não previu a figura da autorização especial de permanência para (prospecção de) negócios.

Neste domínio, é preciso distinguir, por um lado, os investidores estrangeiros que necessitam de proceder a diligências preparatórias para a eventual abertura oficial de uma empresa. Esta fase pode ser designada de “prospecção de negócios” e poderia eventualmente justificar uma figura própria, autónoma, de autorização especial de permanência. Todavia, o legislador optou por não a prever, para já.

Por outro lado, após a empresa se mostrar constituída, a questão já é diferente. Depois de as suas empresas entrarem em funcionamento, os investidores

15 A Lei n.º 19/2019 é o diploma legal que estabelece o regime jurídico da arbitragem voluntária e do reconhecimento e execução das decisões arbitrais proferidas fora da RAEM.

do exterior, não residentes, necessitam de vir a Macau para fazer negócios ou fiscalização do funcionamento da empresa, ou ainda ficar em Macau por um período especialmente longo para participar directamente no funcionamento diário da empresa.

Para este efeito, esses investidores podem actualmente requerer autorização especial de permanência para exercício de actividade em proveito próprio, ao abrigo da segunda parte da alínea 4) do n.º 1 do artigo 32.º, conjugado com o Regulamento Administrativo n.º 17/2004 (*Regulamento sobre a proibição do trabalho ilegal*), na parte que ainda subsiste em vigor - cfr. alínea 4) do artigo 2.º e artigo 3.º do citado Regulamento Administrativo.

O requerimento deve ser dirigido ao Secretário para a Economia e Finanças, através da Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais, observando-se, no respectivo pedido, os trâmites do regime jurídico aplicável à contratação de trabalhadores não residentes.

A acção fiscalizadora, de acordo com o artigo 7.º do Regulamento Administrativo n.º 17/2004, é exercida pela Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais, pelo CPSP ou pelos Serviços de Alfândega, de acordo com as respectivas áreas de intervenção.

Se, no cumprimento da missão de fiscalização, o CPSP ou os Serviços de Alfândega detectarem infracções devem elaborar e enviar o respectivo auto de notícia à Direcção dos Serviços de Assuntos Laborais, para efeitos de confirmação e graduação das multas.

2.4.2. A “delegação normativa” do n.º 2 do artigo 32.º

O artigo 32.º não estabelece uma enumeração fechada. Por força do respectivo n.º 2, “*Quando razões de relevante interesse público assim o justifiquem, podem ser estabelecidos outros tipos de autorizações especiais de permanência por regulamento administrativo complementar.*”

Para já, essa delegação normativa foi concretizada nos artigos 22.º a 24.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021, para regular a situação dos cidadãos residentes nas povoações de *Wanzai* e de *Hengqin* (Ilha da Montanha), limítrofes de Macau, que, por tradição de há décadas, são especialmente autorizados a entrar na RAEM, com a finalidade exclusiva do exercício, por conta própria, de actividades de comércio tradicional de flores e outros produtos vegetais.

No domínio da lei anterior, essas pessoas que entravam na RAEM ao abrigo de um sistema de autorização para o exercício de comércio tradicional mediante autorizações concedidas pelos Serviços de Alfândega. Este sistema não estava em harmonia com a lei, na medida em que estas pessoas não eram eficazmente controladas em função do sistema informático de migração.

*

Sobre o n.º 2 do artigo 32.º, a Comissão Permanente da Assembleia Legislativa alertou que esta matéria deveria ser considerada *conteúdo nuclear* do novo regime jurídico. Assim, em vez regular essa matéria por meio de regulamento administrativo complementar, seria mais correcto, segundo a Comissão, integrar essa matéria na nova lei, “por forma a cumprir a Lei n.º 13/2009 (*Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas*), concretamente, o princípio da suficiência da lei ou da integralidade da lei referido no n.º 2 do artigo 4.º desse diploma”.

Ou seja, e por outras palavras, o n.º 2 do artigo 32.º da nova lei seria “violador” da Lei n.º 13/2009, partindo, parece, do princípio de que a Lei n.º 13/2009 é uma lei reforçada, ao qual as outras leis devem obedecer e subordinar-se.

Todavia, essa figura das leis reforçadas não existe na Lei Básica. A Lei n.º 13/2009 é uma lei ordinária, que nem sequer está especificamente prevista na Lei Básica.

É verdade que contém orientações gerais em matéria de actos normativos, mas ela não impede o legislador superveniente de optar por específicas soluções legais diferentes, se assim o entender, desde que a especificidade obviamente se justifique, por razões ponderosas, aceites e validadas pela Assembleia Legislativa. Por isso, a Lei n.º 13/2009 não pode ser entendida como uma lei reforçada, mas apenas como uma lei de princípios, obviamente de princípios gerais, que podem ser afastados, por outras leis da Assembleia Legislativa, em casos que sejam merecedores de regra especial ou excepcional.

As soluções jurídicas e as necessidades de regulação pautam-se pelos interesses públicos. As leis devem estar ao serviço dos interesses públicos e as soluções jurídicas devem adaptar-se a isso, não o contrário; não são as soluções que são consideradas as melhores para prossecução de interesses públicos que têm que adaptar-se à Lei n.º 13/2009.

Assim, a Assembleia Legislativa tem considerado, e bem, ao longo dos anos, que este princípio é meramente orientador, e não tem natureza de limite “constitucional”, porque a Lei n.º 13/2009 é uma lei de princípios e não estabelece limites de natureza constitucional; este tipo de limites só existe na Lei Básica, dada a sua natureza constitucional.

Veja-se, apenas a título de melhor exemplo (*embora muitos outros existam*), o n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2013 (*Lei de segurança alimentar*), o qual determina que “ 3. *Os critérios de segurança alimentar são definidos por regulamento administrativo complementar, podendo, em caso de urgência, ser alterados por despacho do Chefe do Executivo, publicado no Boletim Oficial da*

Região Administrativa Especial de Macau.”, sendo certo, aliás, que as violações de tais critérios (não fixados na lei) são sancionáveis como infração administrativa.

O mesmo sucedeu com a Lei n.º 13/2019 (*Lei da Cibersegurança*) na parte em que se prevê a punição pelo incumprimento de normas técnicas de cibersegurança que não só não constam da lei, como são emitidas pelas autoridades de supervisão; e, muito recentemente, com o artigo 8.º e a alínea 17) do n.º 1 do artigo 120.º da Lei n.º 13/2023 (*Regime jurídico do sistema financeiro*), segundo os quais a Autoridade Monetária de Macau dispõe de competência para estabelecer, através de avisos ou circulares, regulamentos no âmbito das suas atribuições, sendo que o incumprimento dessas normas regulamentares são sancionadas com multa de 20 000 a 3 000 000 patacas.

Nos exemplos citados, não só se admitiu a “delegação normativa” para a emissão de regulamentos nucleares (*tão nucleares que fica prevista a sanção do seu incumprimento*¹⁶), como foi permitido que essa delegação fosse operada ao nível de autoridades administrativas.

Aliás, como última nota, pode dizer-se que, levado ao absurdo, este alegado princípio “constitucional” da integralidade da lei, imposto por uma alegada lei “constitucional”, ou lei reforçada (a Lei n.º 13/2009) conduziria, por exemplo, à “ilegalidade” do artigo 264.º do Código Penal, pois este artigo determina que quem violar normas técnicas da construção pode, em certas condições, ser punido com prisão, mas o Código Penal não contém ele próprio, como é óbvio, essas normas técnicas.

2.4.3. Contactos com as pessoas titulares de autorizações de permanência mais prolongadas

Segundo o artigo 27.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, os indivíduos a quem fosse concedida a autorização de residência deveriam comunicar ao Serviço de Migração qualquer mudança de residência, no prazo máximo de 30 dias a contar da data em que a mesma ocorresse. O incumprimento desse dever era punido nos termos do artigo 33.º do mesmo regulamento administrativo, com multa de 1 000 patacas, agravada para o dobro em caso de reincidência.

Estranhamente, porém, não se previa idêntico regime para as pessoas titulares de autorização especial de permanência prolongada, sendo certo que um significativo número dessas pessoas pode viver muitos anos na RAEM (*por exemplo, os detentores de título de trabalhador não residente*), o que, em termos

16 Aliás, a este propósito, existe um outro equívoco generalizado, pois tem prevalecido uma tese segundo a qual os regulamentos administrativos complementares, alegadamente por força da Lei n.º 13/2009, não podem estabelecer sanções administrativas (multas): vide, adiante, a parte final do n.º 2.6..

práticos, as coloca no mesmo plano das pessoas titulares de autorização de residência, em termos de necessidade / conveniência de canais de contacto com a autoridade migratória.

No Documento de consulta pública, foi assinalado que “o CPSP tem registado dificuldades práticas de contacto com as pessoas não residentes titulares de autorizações de permanência mais prolongadas, designadamente para resolver problemas e concretizar notificações de actos relacionados com a sua situação”.

Assim, a proposta era no sentido de que a nova lei deveria obrigar os titulares de autorizações especiais de permanência (*de duração superior a 90 dias*), a manter actualizado o seu domicílio junto da autoridade migratória, salvo quanto a quem dispunha de título especial de permanência¹⁷, ou seja, os funcionários das representações oficiais do Governo Popular Central e das empresas públicas e de capitais públicos, da República Popular da China, destacados para prestação de serviço na RAEM, porque a sua contactabilidade estava sempre assegurada por via do seu domicílio profissional.

Na nova lei, a questão foi resolvida no artigo 33.º, no sentido de que todos os detentores de autorização especial de permanência superior a 90 dias devem indicar ao CPSP as alterações dos seus endereços de contacto e da residência habitual no prazo de 45 dias após a sua ocorrência, sob pena de incorrerem em multa de 2 000 a 6 000 patacas, nos termos da alínea 4) do n.º 1 do artigo 90.º.

De fora dessa obrigação, ficaram só as pessoas que dispõem de domicílio profissional público ou equivalente: os citados funcionários das representações oficiais do Governo Popular Central e das empresas públicas e de capitais públicos, da República Popular da China, mas também os que sejam detentores das novas figuras de autorização especial de permanência superior a 90 dias enquadráveis nas alíneas 2) e 3) do n.º 1 do artigo 32.º.

Às pessoas que eram detentores de autorização especial de permanência concedidas ao abrigo da legislação anterior, à data da entrada em vigor da Lei n.º 16/2021, foi aplicado o mesmo regime, beneficiando as mesmas, porém, de um prazo transitório de 90 dias para informarem o CPSP sobre a sua morada, caso necessário, ou seja, se ela se encontrasse desactualizada (artigo 98.º).

2.5. Autorização de residência (temporária, ou não permanente)

Na primeira parte deste estudo (*cf. supra, n.ºs 1.1.2. e 1.1.3.*) referimos que, em matéria de autorização de residência se verifica uma continuidade global da Lei n.º 16/2021, relativamente à lei anterior, apesar de alguns pontos de inovação, em especial, quanto a inserção do critério da valorização de maiores

17 Cfr. o revogado Regulamento Administrativo n.º 18/2003.

qualificações académicas, profissionais (*alínea 3) do n.º 2 do artigo 38.º*), e à significativa inovação que consiste na substituição da expressão “antecedentes criminais” pela expressão “*quaisquer decisões, visando o requerente, proferidas em processos criminais*”¹⁸.

Entretanto, nesta segunda parte do estudo (*cf. supra, n.º 2.3.2*) já abordámos em particular uma das formas de extinção da autorização de residência, da revogação, na parte em que a mesma reveste natureza de medida securitária

Agora, vamos apreciar outras inovações em matéria de autorização de residência consagradas na Lei.

2.5.1. O requisito de residência habitual

No domínio da lei anterior, a residência habitual na RAEM, enquanto factor essencial, determinante da concessão e manutenção da autorização de residência, estava expressamente previsto na Lei n.º 4/2003 (*n.º 3 do artigo 9.º*) e no Regulamento Administrativo n.º 5/2003 (*alínea 2) do artigo 24.º*).

Na versão da proposta de lei que a Assembleia Legislativa aprovou na generalidade em Janeiro de 2021, estava prevista a continuidade, quanto a esta matéria.

Para efeitos do direito administrativo migratório, o conceito de “residência habitual” em Macau de determinada pessoa vinha sendo entendido e aplicado, de forma sistemática e reiterada, pela presença física dessa pessoa em Macau, pelo menos 183 dias por ano, como forma de (1) objectivar a questão e de (2) garantir justiça relativa no tratamento dos casos. Este é, aliás, o critério internacional padrão para efeitos de determinação da sujeição fiscal.

Naturalmente, a Administração admitia excepções (*ou seja, admitia a permanência física na RAEM por menos de 183 dias, seguidos ou interpolados*), em situações decorrentes da legislação em vigor ou, em geral, em situações devidamente justificadas e comprovadas tais como, ausência no exterior para tratamento médico, assistência a familiar doente, realização de cursos académicos ou profissionais não existentes ou dificilmente disponíveis na RAEM e profissões

18 Mesmo em aspectos em que parece haver inovação, ela não existe. Assim, a nova lei deixa de prever expressamente a autorização de residência de cidadãos chineses e a autorização de residência de cidadãos portugueses, diferentemente do que sucedia nos artigos 19.º e 20.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, mas isso, materialmente, não representa uma inovação. Em bom rigor, a nacionalidade não constituía e não constitui um dos elementos de ponderação da decisão (*cf. artigo 9.º da Lei n.º 4/2003 e artigo 38.º da Lei n.º 16/2021*). A lei permite que qualquer indivíduo possa requerer e beneficiar da atribuição de autorização de residência na RAEM, não estabelecendo nenhum pré-requisito ou condição relativamente à nacionalidade. Por isso, a nova lei limita-se a referir a nacionalidade apenas nos casos em que esse aspecto é relevante (*por exemplo, n.º 3 do artigo 38.º; n.º 1 do artigo 40.º; n.º 5 do artigo 31.º e artigo 35.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021*).

artísticas ou outras que exijam períodos de permanência no exterior mais longos.

Isto significa que era possível que uma pessoa estivesse ausente de Macau por períodos significativos e, mesmo assim, se considerasse, para efeitos da lei migratória, que aqui mantinha a sua residência habitual¹⁹.

Quanto a este ponto, a nova lei nada dispõe em contrário, pelo que é de admitir que a autoridade migratória continue a proceder consoante esses mesmos parâmetros.

Todavia, existia uma situação que não cabia nas citadas exceções de ordem geral e que era criadora de litigiosidade: referimo-nos ao caso das pessoas que exercem, diariamente, uma actividade, em Macau, mas que têm casa em zonas limítrofes (*por exemplo, Zhuhai ou Ilha da Montanha*).

A estas pessoas eram aplicados os critérios gerais, ou seja, se tivessem estado fisicamente em Macau 183 dias ou mais, considerava-se que mantinham a sua residência habitual em Macau; caso tivessem estado fisicamente em Macau menos de 183 dias, em princípio, não veriam a sua autorização de residência renovada, a não ser em situações devidamente justificadas.

A estas pessoas era vedado manter a sua qualidade de residentes não permanentes, mesmo deslocando-se a Macau todos os dias para trabalhar, posto que não podia considerar-se como tendo residência habitual em Macau “... *quem aqui entra nos dias em que trabalha, e só nestes, mas nunca aqui pernoita, não tendo aqui nada que se pareça com um lar ou habitação*”²⁰.

Assim, durante a discussão na especialidade, o Governo foi questionado sobre este assunto, sendo sublinhada a dificuldade de compatibilizar o conceito tradicional de residência habitual, que obriga a que se permaneça e se tenha habitação em Macau, com a harmoniosa implementação do “... *plano de desenvolvimento do Governo da RAEM na Ilha da Montanha (por exemplo, o “Projecto dos Novos Moradores de Macau”)* e com as políticas de cooperação aprofundada com as cidades da Grande Baía, para facilitar a circulação regional de pessoas, para os interessados que tenham um local de residência habitual nas cidades da Grande Baía e exercem a sua actividade em Macau.”.

O Governo entendeu que a opção política de facilitar a cooperação e mobilidade entre a RAEM e as zonas limítrofes do Interior da China Interior poderia ser juridicamente materializada prevendo-se que os períodos em que a pessoa não pernoita na RAEM deixariam de ser considerados como períodos de

19 Vide, recentemente, TSI – Acórdão de 2023.03.02 Processo n.º 326/2022 (Autos de recurso contencioso), onde está em causa um afastamento longo de Macau, devido ao contexto da epidemia Covid 19.

20 Para melhor análise, cfr. Acórdão do Tribunal de Última Instância, de 27.01.2021, Processo n.º 182/2020.

ausência da RAEM, desde que, nesses mesmos períodos, a pessoa se desloque a Macau, regular e frequentemente, para aqui exercer actividades de estudo, empresariais ou outras actividades profissionais, remuneradas.

A inovação ficou prevista no n.º 5 do artigo 43.º, ficando o regime mais flexível, de forma a facilitar a circulação regional de pessoas, mas sem deixar de exigir às mesmas uma significativa conexão com a RAEM.

Esta solução quanto ao requisito de manutenção da residência habitual implicou o aditamento de um artigo de natureza transitória (artigo 97.º), introduzindo-se uma solução especial, relativamente à regra geral de que a lei só dispõe para o futuro. Essa solução especial justificou-se porque assim se conseguiu obter uma justiça mais equitativa, nivelando as situações próximas de futuro e as situações do passado próximo. Por outro lado, desta forma, conseguiu-se atenuar os efeitos negativos para os particulares, decorrentes da indefinição jurídica e administrativa recente.

Naturalmente, esta norma transitória não previu alteração dos casos definitivamente decididos, quer no plano administrativo, quer no plano judicial (casos julgados), sob pena de intolerável e injustificável agressão ao princípio da estabilidade e segurança jurídicas.

2.5.2. Concretização do alcance da garantia (fiança ou outra)

A Lei n.º 4/2003 já previa a exigência de garantia aos requerentes de autorização de residência na RAEM, conforme a alínea 2) do n.º 1 do respectivo artigo 10.º. No entanto, por um lado, limitava-se à garantia de fiança e à garantia bancária. Por outro, não estabelecia o montante, nem directa, nem indirectamente, posto que não definia expressamente o objectivo da garantia.

A Lei n.º 16/2021, no seu artigo 39.º, modernizou as previsões legais anteriores, desde logo, aditando a modalidade do seguro-caução²¹. O seguro-caução funciona de modo semelhante a uma garantia bancária: a companhia seguradora compromete-se a, no evento de a pessoa ter de abandonar a RAEM e não dispor dos meios necessários, suportar as despesas correspondentes.

Por outro lado, a nova lei também inovou na medida em que esclarece que o valor da garantia deverá ser o necessário ao pagamento de despesas de recambiamento, caso este venha a ocorrer e seja necessário promover o recambiamento coercivo.

Esta previsão já consagra maior segurança jurídica para os fiadores,

21 À semelhança do que sucede noutras áreas: vide, designadamente, artigo 1.º da Portaria n.º 429/99/M, de 15 de Novembro; n.º 7 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 26/2012; alínea 2) do n.º 1 do artigo 9.º do Regulamento Administrativo n.º 20/2007; n.º 1 do artigo 16.º da Lei n.º 12/2017.

mas o ideal seria que os valores concretos fossem balizados em diploma regulamentar, ao abrigo da previsão habilitante do artigo 101.º, considerando-se, entre outros aspectos relevantes, quão longe da RAEM são os destinos, em caso de recambiamento para o país ou região de onde o interessado proveio e a composição do agregado familiar. Isso facilitaria, além do mais, a emissão de garantias bancárias e seguros-caução.

*

Quanto a esta questão, existe um ponto que a Lei n.º 16/2021 não esclareceu: no caso de a garantia consistir em fiança de pessoa singular, que tem sido a situação padrão, ao longo dos anos, poderá a autoridade migratória recusar o fiador (*obrigatoriamente residente permanente*) proposto pelo interessado?

Em Portugal, tem sido entendimento, quanto à garantia associada a termos de responsabilidade relativamente a estrangeiros que pretendem entrar em Portugal, que “... a autoridade de fronteira pode e deve recusar um termo de responsabilidade subscrito por beneficiário do rendimento social de inserção, por sem-abrigo, por pessoa dependente das prestações mínimas do sistema de segurança social, por quem se encontre no limite da sua estada em território nacional, etc. Apenas pelo facto óbvio de que, pessoas em tais circunstâncias, se encontram objectivamente incapazes de assumir as responsabilidades a que se obrigam.”²².

Em todo o caso, é nosso entendimento que a autoridade migratória da RAEM poderá, pelas mesmas razões acima referidas, recusar o fiador proposto, atendendo ao requisito de idoneidade referido no n.º 2 do artigo 33.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021, e em consonância lógica com a previsão do n.º 3 do mesmo preceito. No contexto da norma, o requisito “idóneo” deve entender-se por “financeiramente capaz”.

2.5.3. A admissibilidade geral da eficácia retroactiva das revogações

No domínio da extinção da autorização de residência, são notáveis os progressos de melhoria legislativa e de garantias dos particulares, como se pode verificar face aos artigos 42.º e 43.º, por comparação com as normas anteriores, ou seja, no essencial, o artigo 9.º da Lei n.º 4/2003 e o artigo 24.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003.

Concretamente quanto ao âmbito da medida (gravosa) de revogação de autorização de residência, foram conseguidos objectivos de clarificação dos fundamentos e bases legais de actuação das autoridades: na nova lei, passou a ficar

22 Cfr. <https://sites.google.com/site/leximigratoria/artigo-12-o-termo-de-responsabilidade>.

muito claro o quadro das circunstâncias em que os titulares podem ver revogadas as suas autorizações de residência.

Por outro lado, o artigo 46.º prevê expressamente uma consequência que, por regra geral, é comum a todas as situações de extinção da autorização de residência, independentemente do respectivo fundamento, ou seja, a perda da contagem do tempo continuado para aquisição do estatuto de residente permanente.

*

Em todo o caso, verificou-se existir uma questão controvertida, relacionada com a retroactividade dos actos de revogação.

O regime do n.º 4 do artigo 43.º é particularmente relevante. Nos casos previstos neste preceito, não estamos perante situações enquadráveis no artigo 133.º do Código do Procedimento Administrativo, pois este refere-se:

- À revogação por inconveniência (n.ºs 1 e 3) e
- À revogação anulatória, ou seja, àquela que tem por fundamento a invalidade do acto inicial, a revogar.

Ora, em casos como aqueles em que existe revogação porque deixou de se verificar uma condição do acto inicial de autorização, a revogar, não está em causa a revogação por inconveniência, nem se trata de um acto inicial inválido (não é nulo, nem anulável). No entanto, justifica-se plenamente, tanto materialmente como juridicamente, que esse acto seja destruído e deixe de produzir efeitos, isto é, que seja revogado.

A única questão que importava clarificar na nova lei era a seguinte: a partir de quando deverá essa destruição produzir efeitos:

- 1) Desde a data em que foi proferido o acto de concessão ou renovação da autorização de residência?
- 2) Desde a data em que a condição deixou de se verificar?
- 3) Apenas para o futuro, a contar da notificação do acto de revogação?

Na solução adoptada, o legislador considerou que existe aqui justificação suficiente para concretizar a habilitação constante da regra geral prevista na alínea c) do n.º 2 do artigo 118.º do Código do Procedimento Administrativo, prevendo-se uma solução legal específica.

Essa solução legal específica é no sentido de permitir que a revogação do acto de autorização de residência por incumprimento de uma condição legal ou administrativa da sua manutenção opere a partir do momento em que se iniciou / verificou esse incumprimento.

Por regra, para cidadãos não chineses, esta eficácia retroactiva não será superior a dois anos, posto que as autorizações são renovadas ao fim do primeiro ano e, depois por mais 3 períodos de 2 anos; para cidadãos chineses,

a retroactividade poderá ser mais extensa (*cf.* artigo 35.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021).

Relativamente a este ponto, cabe ainda salientar que esta solução preconizada no n.º 4 do artigo 43.º se aplica aos casos de revogação “sanção”, por via de condutas censuráveis previstas nas alíneas 1) e 2) do mesmo preceito, como também aos casos de condutas não censuráveis, como aquelas em que o visado deixou de ter residência habitual na RAEM (*a qual já foi especificamente analisada supra*, n.º 2.5.1.), ou em que deixou de preencher algum dos outros requisitos ou pressupostos subjacentes à concessão de residência, conforme a segunda parte da alínea 3) do n.º 1 do mesmo artigo 43.º: por exemplo, nas situações mais comuns, porque deixou de trabalhar para a entidade patronal que indicou aquando da concessão da residência²³ ou passou a auferir salário de tal modo inferior que cessou o pressuposto de que possuía meios adequados de subsistência na RAEM.

2.5.4. Correção da “renovação” de autorizações de residência, após a sua extinção por caducidade (regime transitório)

Segundo a lei anterior, existia um prazo normal para requerer a renovação da autorização de residência, que tinha apenas por limite a data da respectiva caducidade (termo). Todavia, as autorizações de residência, depois de caducarem, ainda podiam ser “renovadas”, se, nos 180 dias seguintes à data da caducidade, o interessado pagasse a multa aplicável e justificasse a razão do seu atraso (*cf.* artigo 23.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003).

Ora, como claramente se expressou no Documento de Consulta Pública, a possibilidade prevista na lei na altura em vigor “(...) *tem graves inconvenientes, pois (1) é pouco justificável, porque os interessados sabem bem que o procedimento de renovação deve ser iniciado antes da caducidade; (2) gera grandes custos administrativos para a Administração; (3) é materialmente inconsistente, porque, em rigor, não é possível renovar o que já se extinguiu (por caducidade, neste caso) e porque, juridicamente, a situação da pessoa na RAEM fica estranha: ela já não tem título de residência válido (porque caducou), mas será excessivo equipará-la às pessoas em situação de imigração ilegal.*”

23 O facto de o residente não permanente ter deixado de trabalhar para a entidade patronal que indicou aquando da concessão da residência e passado a trabalhar para outra entidade, não determina, necessariamente, a revogação da autorização de residência, mas implica uma reapreciação discricionária da autoridade migratória, se o interessado assim o requerer, tendente a verificar se a manutenção da residência é viável. Para maior segurança do interessado, o requerimento do interessado deveria ser prévio à mudança de entidade patronal, mas, em rigor, nada impede que esse requerimento seja feito *a posteriori*, eventualmente, até, no seguimento do exercício do direito de audiência prévia (à revogação).

A Lei n.º 16/2021 inovou nesta matéria, não prevendo a possibilidade de “renovação”, nos moldes anteriores. A questão é agora abordada exclusivamente no plano regulamentar, dispondo o artigo 36.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021 que a renovação de autorização de residência deve ser requerida nos primeiros 60 dias dos 120 que antecedem o termo do respectivo prazo. Se o pedido de renovação for apresentado entre o 61.º dia e o 90.º dia, a pessoa tem que pagar a taxa de urgência em vigor, que é de 2 000 patacas; se o pedido for apresentado entre o 91.º e o 120.º dia, a taxa de urgência é de 5 000 patacas (*cf.*: *artigo 40.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021*).

Depois de feito o pedido e paga a taxa de urgência, o CPSP emite as autorizações de prorrogação que forem necessárias, até à conclusão do procedimento de renovação.

O artigo 44.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021 definiu uma norma transitória para permitir a transição suave e com respeito pelos direitos e expectativas dos interessados potencialmente afectados por esta modificação legal.

2.5.5. Incumprimento de formalidades subsequentes à concessão da autorização de residência

Segundo os artigos 19.º e 20.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, o incumprimento de formalidades após a concessão de autorização de residência poderia culminar na extinção por caducidade da autorização de residência (*cf.*: *os n.ºs 6 e 7 do citado artigo 19.º e o n.º 2 do artigo 20.º*).

A consequência de caducidade da autorização de residência revelava-se manifestamente inapropriada, em termos práticos, e excessiva.

Por isso, a inovação da Lei n.º 16/2021 reconduziu-se à previsão de:

- Renúncia à autorização de residência, se a pessoa não levantar ou utilizar, por qualquer forma, o certificado (comprovativo) que o CPSP lhe disponibiliza, dentro do prazo de validade desse certificado, e abandonar a RAEM; ou

- Infracção administrativa, se a pessoa não levantar ou utilizar, por qualquer forma, o certificado que o CPSP lhe disponibiliza, dentro do respectivo prazo de validade, mas continuar na RAEM, assim demonstrando que aqui pretende continuar. Neste caso, não haverá lugar a renúncia tácita; todavia, embora a pessoa possa obter a regularização da sua situação, pedindo a emissão de um novo certificado, só poderá levantar esse novo certificado após pagamento da multa correspondente.

A solução referida ficou preconizada nos artigos 40.º e 45.º.

Na prática, é de prever que não se verificarão muitas situações de infracção administrativa, porque, na normalidade das coisas, as pessoas precisam do BIR

para conveniência da sua vida diária.

2.6. Controlo de não residentes em face dos registos dos estabelecimentos hoteleiros

O controlo de não residentes em face dos registos dos estabelecimentos hoteleiros, por parte da autoridade migratória, constituiu uma das inovações mais visíveis da Lei n 16/2021.

A intenção enquadrava-se no objectivo político mais geral de procurar conciliar o objectivo de “*Macau - cidade internacional de turismo e lazer*”, que implica maior abertura à movimentação de pessoas, com o objectivo “*Macau - cidade segura*”, que implica mecanismos de controlo e prevenção mais completos e afinados.

Para permitir um controlo mais adequado da população não residente, transpôs-se para o regime jurídico da RAEM uma solução adoptada noutros ordenamentos jurídicos (*designadamente em Portugal, e outros países aderentes do Acordo Schengen, e também na Malásia e outros países e regiões da Ásia*), e que consiste na obrigação de todas as pessoas que explorem estabelecimentos hoteleiros comunicarem à autoridade de migração, em determinado prazo, o alojamento de todas ou determinadas categorias de pessoas não residentes na jurisdição, bem como a respectiva saída do estabelecimento, no mesmo prazo.

Apesar de a inovação acima referida se inspirar nas soluções vigentes em Portugal e outros países aderentes do Acordo Schengen, existem vários aspectos de diferença de regime. O mais importante deles é que, em Portugal, a obrigação de comunicar o alojamento de estrangeiros abrange todos os cidadãos, desde que esse alojamento seja efectuado a título oneroso, ou seja, se o estrangeiro pagar alguma espécie de contrapartida do alojamento, seja em dinheiro, géneros ou serviços; na RAEM, a obrigação *só impende sobre operadores hoteleiros*, estando dispensados da obrigação, portanto, qualquer pessoa que arrende um imóvel a um não residente e, naturalmente, todas as pessoas que alojem não residentes nas suas casas particulares, nomeadamente para férias, convívio ou turismo²⁴.

Como outros exemplos de diferenças, apontamos o facto de que, em Portugal, deve ser comunicado às autoridades competentes o alojamento de qualquer cidadão estrangeiro, independentemente da respectiva idade, ao passo que, na RAEM, a comunicação só é obrigatória para maiores de 16 anos. Além disso, em Portugal, o prazo da comunicação às autoridades competentes é de três dias úteis, contados por dias inteiros, a partir da data do alojamento ou da

24 Embora, obviamente, devam certificar-se de que os mesmos dispõem de título válido de entrada e permanência em Macau, a fim de se certificarem que não incorrem no crime de acolhimento.

respectiva saída, independentemente da hora a que o registo da entrada ou saída ocorreu; na RAEM, o prazo que os operadores hoteleiros devem cumprir é de 24 horas, a contar da data da entrada e saída das pessoas registadas.

*

Sublinha-se que, como se destacou no parecer da Comissão permanente da Assembleia Legislativa que apreciou o assunto, “*este regime de recolha e comunicação de dados pessoais dos hóspedes pelos estabelecimentos hoteleiros, previsto na Lei n.º 16/2021 se articula com os deveres de registo já actualmente previstos no artigo 77.º da Lei n.º 8/2021, Lei da actividade dos estabelecimentos da indústria hoteleira. Estando previsto, no n.º 2 do artigo 77.º da Lei n.º 8/2021, Lei da actividade dos estabelecimentos da indústria hoteleira, que estes registos dos clientes devem ser mantidos durante um período de 5 anos pelos estabelecimentos hoteleiros*”²⁵.

Como resulta claramente da alínea 1) do n.º 1 do artigo 61.º, a obrigação será aplicável relativamente a quem tenha mais de 16 anos de idade e *não seja portador* de bilhete de identidade de residente, de título especial de permanência ou de título de identificação de trabalhador não residente. Logo, quem tiver 16 anos de idade ou menos, ou, independentemente da idade, seja portador de bilhete de identidade de residente, de título especial de permanência ou de título de identificação de trabalhador não residente não está sujeito a registo e comunicação para efeitos da Lei n.º 16/2021.

*

Aquando da discussão na Assembleia Legislativa, foi questionado sobre se o disposto sobre o registo de dados pessoais de hóspedes previsto no artigo 61.º está em conformidade com a situação actual em que a reserva e o registo de hotel são muitas vezes efectuados por um terceiro em substituição do hóspede efectivo do hotel.

Ora quanto a este ponto, parece não haver dúvida de que qualquer pessoa poderá reservar um quarto de hotel para terceiro que deva ser alvo de registo e comunicação, como sucedia ao abrigo da lei anterior; a única diferença é que esse terceiro, quando comparecer fisicamente no hotel, terá que sujeitar-se ao registo previsto no artigo 61.º ou ver a hospedagem ser-lhe recusada.

Por outro lado, também foi destacada a ausência de previsão de multa para

25 Idêntico prazo de 5 anos ficou previsto, também, no artigo 7.º do Regulamento Administrativo n.º 48/2022 (*Regras complementares relativas ao Sistema Electrónico de Comunicação de Hospedagem de Não Residentes*).

o incumprimento dos deveres estabelecidos nas alíneas 3) e 4) do n.º 1 do artigo 61.º, tendo sido explicado não ser necessária a intervenção do direito sancionatório no caso desses preceitos, porque é do próprio interesse dos operadores cumprir essas obrigações. Aliás, se os clientes não fornecerem os dados necessários à comunicação ao CPSP, e for dada hospedagem, o operador será sancionado ... por não comunicar os dados.

No artigo 68.º, o legislador deixou bem vincado o seu objectivo de segurança quanto aos dados pessoais dos não residentes, impondo que a informação a prestar ao CPSP seja feita de modo seguro e em formato adequado, assegurando-se a separação lógica entre os dados pessoais e os restantes elementos de informação.

A essa luz, o Regulamento Administrativo n.º 48/2022 instituiu as Regras complementares relativas ao Sistema Electrónico de Comunicação de Hospedagem de Não Residentes, determinando que o acesso a esse sistema se faz obrigatoriamente através de credenciais de acesso de utilização individual, exclusiva, confidencial e intransmissível, pelos trabalhadores dos estabelecimentos hoteleiros²⁶; impondo a obediência a determinados requisitos de software e hardware, em conformidade com o estatuído pelo CPSP e, quando aplicável, pela entidade de supervisão de cibersegurança (artigo 5.º); e prevendo meios próprios para resolver falhas técnicas do sistema (artigo 6.º).

*

Ainda a propósito do artigo 61.º, é pertinente assinalar a seguinte questão: segundo o artigo 101.º, o Chefe do Executivo dispõe de habilitação legal para regular, mediante diploma complementar, o “*modo, formato e outras condições técnicas a que deve obedecer a prestação de informação referida no artigo 68.º*”, ou seja, no caso dos operadores hoteleiros, por remissão do artigo 68.º para o artigo 61.º, o modo, formato e outras condições técnicas de comunicação à autoridade migratória dos dados de entrada e saída dos hóspedes não residentes e respectivos dados de identificação pessoal.

Este diploma regulamentar, que veio a ser concretizado pelo Regulamento Administrativo n.º 48/2022, prevê, nomeadamente, no seu artigo 3.º, que os operadores de estabelecimentos hoteleiros procedem ao acesso ao Sistema Electrónico de Comunicação de Hospedagem de Não Residentes (SECH-NR) através de credenciais de acesso de utilização individual, exclusiva, confidencial e

26 Estes trabalhadores constam da lista nominativa e identificação completa das pessoas singulares que, em seu nome e sob sua supervisão, procedem à recolha e comunicação de dados e demais operações no âmbito do SECH-NR, especificando o respectivo vínculo laboral, contratual ou os demais fundamentos que justifiquem a escolha dessas pessoas (*vide alínea 4) do n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento Administrativo n.º 48/2022*).

intransmissível, pelas pessoas singulares que, em seu nome e sob sua supervisão, procedem à recolha e comunicação de dados e demais operações no âmbito do SECH-NR.

O incumprimento desta regra do diploma complementar gera responsabilidade administrativa, traduzida numa multa de 3 000 a 9 000 patacas. Todavia, esta multa não está prevista no diploma complementar, como seria lógico e conveniente; ficou *antecipadamente* prevista na alínea 3) do n.º 1 do artigo 89.º, com os potenciais inconvenientes que essa antecipação é susceptível de gerar²⁷. Qual a razão para esta solução legística?

Ela deveu-se a uma estranha interpretação da Lei n.º 13/2009 que tem feito vencimento, segundo a qual, no n.º 2 do artigo 7.º da Lei 13/2009, *não se prevê* que os regulamentos administrativos complementares possam estabelecer sanções, ao contrário do que sucede no n.º 1 do mesmo preceito, quanto aos regulamentos administrativos independentes; logo, os regulamentos administrativos complementares *não podem* estabelecer sanções.

Esta interpretação tem dois problemas. Por um lado, parece partir, erroneamente, do princípio de que a Lei n.º 13/2009 tem valor reforçado, superior às outras leis formais (da Assembleia Legislativa)²⁸; por outro lado, enferma de vício de raciocínio, porque se parte de uma “não previsão legal”, sobre regulamentos administrativos complementares, para uma afirmação de “não poder legal”. Isso é falacioso, porque, verdadeiramente, rigorosamente, não consta da Lei n.º 13/2009 uma norma que afirme que os regulamentos administrativos complementares não podem prever sanções administrativas (multas).

Aliás, a Lei n.º 13/2009 apenas define como matéria exclusiva da Assembleia Legislativa, quanto a infracções administrativas, o respectivo regime *geral* (alínea 6) do artigo 6.º). Não estabelece que é matéria exclusiva da Assembleia Legislativa estabelecer infracções administrativas em cada regime legal concreto.

Por outro lado, os defensores desta interpretação esquecem um ponto

27 Exemplo 1: aquando da redacção final do diploma regulamentar, já depois de aprovada e publicada a lei, conclui-se ser necessária uma norma a estabelecer um dever, necessidade essa não antecipadamente prevista na Lei; o dever pode ser inserido no diploma complementar, mas ficará uma norma jurídica imperfeita, por falta de estatuição. A querer-se uma norma perfeita, com estatuição, terá que se alterar a lei formal.

Exemplo 2: aquando da redacção final do diploma regulamentar, conclui-se que o incumprimento de algumas das normas do diploma complementar deveria ser diferenciado, por haver alguns de consequências mais graves e outros de consequências mais leves; ou seja, haveria toda a conveniência em estabelecer diferentes gradações de multa, mas isso ficou antecipadamente impedido pela lei formal. A querer-se consagrar essa solução, terá que se alterar a lei formal.

28 Cfr., supra, o n.º 2.4.2., quanto a um outro ponto controvertido relativo à Lei n.º 13/2009.

indiscutível: os regulamentos administrativos complementares não obstante a sua natureza *complementar*, criam disciplina jurídica. É disciplina jurídica secundária, é certo, mas é disciplina nova, no sentido de que as normas jurídicas expressas nos regulamentos administrativos complementares impõem obrigações novas, concretas, que não estão na Lei que regulamentam.

Por último, esta posição interpretativa gera grandes (e desnecessárias) dificuldades práticas ao nível da produção legislativa.

Segundo a nossa perspectiva, os regulamentos administrativos complementares têm, obviamente, que se subordinar à lei formal que complementam. Logo, deve esperar-se que, por regra, cada lei formal, relativamente a cada regime legal concreto, defina, ela própria, as sanções (estatuições), relativamente às previsões nela contidas.

Todavia, nos casos em que a Assembleia Legislativa assim o entenda, e porque a Lei Básica a isso não constitui obstáculo, a lei ordinária, formal, pode prever o limite máximo das multas que um seu regulamento administrativo complementar pode estabelecer, *à semelhança, aliás, do que a Lei n.º 13/2009, ela também uma lei ordinária, prevê para os regulamentos administrativos independentes.*

2.7. Imigração ilegal

O conceito de imigração ilegal mantém-se substancialmente idêntico na nova lei, conforme se pode verifica face à contraposição do respectivo artigo 47.º com o artigo 2.º da Lei n.º 6/2004 e o n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 4/2003. No entanto, inovadoramente, a lei passa agora a equiparar a conduta de “entrar na RAEM fora dos postos de migração” às condutas de “entrar na RAEM pelos postos de migração, *mas subtraindo-se ao controlo do CPSP*”, seja intencionalmente, seja simplesmente aproveitando-se de falha de controlo dos funcionários.

Quanto à reacção da autoridade migratória, e respectivos procedimentos, mantém-se o essencial da lei anterior: o indivíduo detectado em situação de imigração ilegal deve ser detido (*n.º 1 do artigo 50.º*). A partir desse momento, começa a correr o prazo de detenção inicial, de 48 horas, durante o qual devem ser efectuadas as diligências de instauração do procedimento de expulsão (*n.º 1 do artigo 51.º*).

Se o CPSP verificar que não conseguirá concluir o procedimento de expulsão no prazo de 48 horas, deve obter validação jurisdicional, dentro dessas 48 horas, para que seja aplicado um prazo de detenção adicional. O processamento da expulsão deve ser feito dentro do prazo de 60 dias, o qual, logicamente, se começa a contar a partir do momento da detenção inicial.

Portanto, o prazo de processamento da expulsão é diferente do prazo de

detenção, o qual há-de resultar do conjunto do prazo inicial de detenção, de 48 horas, acrescido do prazo de detenção adicional jurisdicionalmente validado, quando aplicável (*este prazo de detenção adicional será variável, conforme o CPSP justificar, em face das circunstâncias do caso concreto*).

Em nossa opinião, a intervenção do juiz, a que se referem os n.ºs 2 e 3 do artigo 51.º, não deve ter natureza quase administrativa; deve ser puramente judicial, de vigilância do direito fundamental da liberdade. Por isso, o juiz só deve avaliar a decisão policial administrativa da “detenção” e verificar se ela foi legal ou ilegal: se concluir que ela foi ilegal, determina a sua anulação e o CPSP há-de dar aplicação prática a essa decisão judicial; se concluir que a decisão de detenção foi legal, dá por verificada essa legalidade e o CPSP pode manter *a sua* decisão de detenção.

Esta perspectiva é teoricamente válida e, na prática, é mais conveniente, porque, depois de validada judicialmente a detenção e de a pessoa ter sido colocada no centro de detenção, pode acontecer que as circunstâncias mudem e o CPSP entenda libertar a pessoa, retendo o seu passaporte. Como está em causa uma decisão do CPSP (e não do juiz), não há necessidade de levar o caso de novo ao juiz.

*

O princípio que estava subjacente à Lei n.º 6/2004, e que se mantém, é o de que a pessoa encontrada na situação de imigração ilegal deve necessariamente sair da RAEM. Se ela já estiver a sair/ ou em vias de sair da RAEM pelos seus próprios meios e vontade, a saída deve ser facilitada, entregando-se-lhe notificação do aviso de audiência prévia para efeitos de aplicação de medida de interdição de entrada. Se a pessoa não tem genuinamente meios para sair, ou tem meios, mas alega não os ter, porque não quer sair, ela deve ser expulsa.

A autoridade migratória tem que ponderar, então, a solução mais adequada: coloca a pessoa no Centro de Detenção, até a expulsão ser decretada e ser concretizada, podendo suceder que a pessoa não se importe de ir ficando no Centro e tenha que ser a RAEM, afinal, a assumir os custos do repatriamento? Ou notifica a pessoa de que dispõe de um prazo de alguns dias para ir tratar da sua viagem de saída e que, findo esse prazo, deve apresentar-se de novo na PSP, sob pena de incorrer em crime de desobediência?

No domínio da lei anterior, a autoridade migratória privilegiava dar liberdade à pessoa para ser ela própria a resolver a sua situação, só não o fazendo nos casos em que a pessoa era julgada perigosa, ou já tinha antecedentes de imigração ilegal ou fora detectada, de novo, após não ter cumprido o prazo de apresentação no CPSP que lhe havia sido dado.

Esta opção tinha a vantagem de a RAEM ter menos custos administrativos e

financeiros, com a estadia das pessoas no Centro de Detenção e com o pagamento do repatriamento, mas tinha também a desvantagem de proporcionar que algumas das pessoas notificadas não comparecessem no final do prazo e continuassem em situação de imigração ilegal, porventura praticando outras ilegalidades (designadamente, trabalho ilegal), não se importando com a questão do crime de desobediência.

Acresce que, com alguma frequência, as pessoas que eram colocadas no Centro de Detenção procuravam arrastar a situação, porque sabiam do prazo máximo, peremptório, de detenção de 60 dias e queriam que esse prazo se esgotasse para poderem regressar à situação que tinham antes e, eventualmente, continuarem a permanecer na RAEM. Para esse efeito, alegavam a perda do passaporte; prestavam falsos elementos de identificação, para que fosse difícil a emissão de novos documentos; ou alegavam que não tinham recursos para o título de transporte de regresso, embora os tivessem ou pudessem obtê-los.

Esta situação levantava significativos problemas de segurança. Por isso, a nova lei legitimou a prática geral de não colocação dos imigrantes ilegais no Centro de Detenção, mas instituiu novas soluções, tendo em vista, especificamente, a eliminação ou mitigação dos problemas acima referidos, inserindo uma nova previsão penal, relativa à posição procedimental do detido, prevendo a retenção dos documentos de viagem para prevenir a destruição / extravio intencional dos mesmos, e, principalmente, reformulando a questão do prazo de detenção.

2.7.1. Prazo da detenção e duração do procedimento de expulsão

No domínio da imigração ilegal, a nova lei introduziu uma inovação substancial, através dos respectivos artigos 51.º e 55.º, visando resolver a inadequação do prazo máximo, de 60 dias, de detenção. Com efeito, o n.º 2 do artigo 4.º da Lei n.º 6/2004 previa, de forma excessivamente simplista que “*A detenção tem a duração que se mostre estritamente necessária à execução da expulsão, não podendo exceder o prazo de 60 dias.*”. Ora, como já se referiu, a vida real demonstrava que esta era uma solução inadequada.

Como claramente se explicou no Documento de Consulta Pública (n.º 2.2), “*Em certos casos, durante o prazo de detenção, é difícil proceder à confirmação da identificação das pessoas detidas, ao tratamento do documento de viagem, à aquisição de título de transporte, a fim de efectuar o normal repatriamento das mesmas. Após o termo do prazo de detenção, essas pessoas continuam determinadas em permanecer na RAEM, constituindo um perigo latente em matéria de segurança.*”.

Assim, no n.º 3 do artigo 55.º, está agora determinado que o procedimento de expulsão tem a duração máxima de 60 dias, em termos idênticos à lei anterior, mas, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, mediante controlo jurisdicional, pode

ser prorrogado e a contagem suspende-se nas situações previstas nas alíneas 1) a 3) desse preceito, ou seja, resumidamente, (1) enquanto não se mostrar confirmada a identidade do detido; (2) desde a data da solicitação de documentos ou informações à embaixada ou serviço consular da nacionalidade do detido até à satisfação do pedido; (3) o detido estar impossibilitado de viajar, devido a motivos justificados (por exemplo, doença).

As situações que maior preocupação causavam eram as relacionadas com a falta de confirmação da identidade do detido. Na verdade, se alguém em situação de permanência ilegal e indocumentado era interceptado pelos agentes do CPSP, declarando uma identidade fictícia, não era possível a obtenção de documento de viagem pelo que, após 60 dias, essa pessoa era libertada. Estes tipos de situações eram vulgares, e alguns libertados apresentavam-se regularmente à CPSP; contudo, quanto à maioria deles, desconhecia-se o seu paradeiro.

A nova solução legal permitirá diminuir a carga burocrática associada a estas situações e o perigo de clandestinidade das pessoas que têm necessariamente de ser libertadas ao fim do prazo legal, mas sem diminuir as suas garantias.

Entretanto, quanto à relação entre a prorrogação e a suspensão do prazo de 60 dias, parece de concluir que uma coisa é a figura da suspensão da contagem desse prazo com base nos factos expressamente previstos no n.º 3 do artigo 55.º; essa suspensão é declarada pelo CPSP, mediante cota no processo administrativo, e fica condicionada a validação jurisdicional se se prolongar por mais de 120 dias, podendo o detido, entretanto, recorrer ao juiz a qualquer momento (v. n.º 3 do artigo 51.º). Outra coisa é a prorrogação do prazo, a qual não é declarada pelo CPSP; tem que ser expressamente submetida ao juiz e, logicamente, não terá por base nenhum dos factos referidos nas alíneas 1) a 3) do n.º 3 do artigo 55.º, porque, se for esse o caso, deverá ser usada a figura menos “pesada”, mais expedita e eficiente da declaração de suspensão.

Logicamente, o prolongamento da detenção baseada na figura da suspensão ou na figura da prorrogação terão sempre como limite 24 meses. Com efeito, no n.º 5 do artigo 51.º, prevê-se enfaticamente que “O prazo de detenção não pode, em nenhum caso, exceder o limite de 24 meses contados do início da detenção.”. Conforme foi reconhecido pelo Governo, aquando da Consulta Pública, este prazo é seis meses superior ao prazo máximo, de 18 meses, previsto na Directiva “Regresso” (Directiva 2008/115/CE)²⁹; em todo o caso, tal prazo foi julgado adequado pelo legislador, prevenindo as dificuldades de estabelecer a identidade

29 Nos termos da Directiva “Regresso” (Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular), os imigrantes sem papéis que sejam detidos em solo europeu podem passar até 18 meses em centros de detenção enquanto os procedimentos de expulsão não estiverem concluídos.

por causa das debilidades de sistemas de registo civil em alguns países do sudeste asiático.

2.7.2. A figura da retenção do passaporte ou documento de viagem

A génese e a razão de ser da importante inovação da nova lei consubstanciada na figura da retenção do passaporte foi sucintamente expressa no Documento de Consulta Pública nos seguintes termos: “...*para satisfazer a necessidade prática de garantir mais eficazmente a expulsão, prevenindo as declarações simuladas de extravio ou destruição intencional dos passaportes ou documentos de viagem, será conveniente consagrar a figura da retenção de passaporte ou documento de viagem das pessoas em situação de imigração ilegal.*”

Esta notória inovação legal está prevista no artigo 54.º e teve por fonte idêntica previsão da lei britânica³⁰, esperando-se que, futuramente, ela evite as declarações simuladas de extravio ou destruição intencional dos passaportes ou documentos de viagem.

A figura da retenção de passaporte ou documento de viagem deverá ser a regra geral, só não se aplicando se ocorrer alguma das excepções previstas nas alíneas 1) a 3) do n.º 1 do artigo 54.º, ou seja, nas situações em que a lei prevê que as pessoas em situação de imigração ilegal devam ficar obrigatoriamente detidas (*v.g., casos de perigosidade ou de antecedentes de imigração ilegal*). No entanto, como o n.º 1 do artigo 54.º se inicia pela expressão “O CPSP pode dispensar a detenção...”, a letra da lei comporta uma outra leitura: nos casos das alíneas 1) a 3) do n.º 1 do artigo 54.º, a detenção é obrigatória; fora desses casos, cabe ao CPSP aferir, face às características da situação concreta, se deve determinar a detenção ou dispensar a detenção, retendo o passaporte ou documentos de viagem.

Sobre esta nova figura, foi levantada a questão sobre se ela não seria incompatível com a legislação da RAEM sobre documentos de viagem, na parte em que o artigo 10.º da Lei n.º 8/2009 estabelece o princípio geral de que ninguém pode reter um documento de viagem da RAEM que não lhe pertença, excepto quando haja fundadas dúvidas de falsificação ou que o seu portador não é o legítimo titular, devendo nestes casos ser informadas as autoridades competentes.

No entanto, outras leis da RAEM, com idêntica força legal, podem estabelecer mais excepções ou diferentes regimes, na condição de que tais diferentes soluções sejam justificadas por razões de interesse público e não sejam discriminatórias (*pois, não respeitando estas condições, seriam desconformes à Lei Básica*). Aliás, a figura da retenção de documentos de viagem já está consagrada, a título excepcional, em legislação da RAEM, como resulta do artigo 13.º da Lei

30 Cfr. “Immigration Act 1971, Schedule 2, paragraphs 4(2A) and 18(2)”, consultável em <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77?view=plain>.

n.º 1/2004 (Regime de reconhecimento e perda do estatuto de refugiado).

A retenção dos passaportes e documentos de viagem só ficará prevista:

- Com a finalidade referida no documento de consulta, ou seja, a finalidade de interesse público de garantir a rápida execução da expulsão/recambiamento, e a título excepcional, quando se considere necessária, fundamentadamente, e avaliando cada caso concreto, para prevenir as declarações simuladas de extravio ou destruição intencional dos passaportes ou documentos de viagem;
- A título temporário (sem pôr em causa a propriedade do documento de viagem);
- Mediante passagem de recibo ou cópia oficialmente certificada, que servirá, dentro da Região, perante entidades públicas ou privadas, para os mesmos efeitos legais que o documento de viagem retido.

É de notar que o mecanismo da retenção do passaporte está associado à obrigação de apresentação periódica. A frequência (intervalos) dessa obrigação, na ausência de especificação legal, será definida pela autoridade migratória, de forma fundamentada, em face das características de cada caso concreto.

*

Uma questão que se pode colocar é a de saber se a detenção for revogada pelo juiz nos termos do n.º 3 do artigo 51.º, ou o seu prazo for ultrapassado, nos termos do n.º 5 do mesmo preceito, e o detido tiver de ser libertado, se, ainda assim, será aplicável o n.º 1 do artigo 54.º, que prevê a retenção de passaportes ou documentos de viagem, e a exigência de apresentação periódica ao CPSP.

A resposta, parece, dependerá da razão da decisão judicial, pois as hipóteses de situações da vida real são muito variadas. Por exemplo, se a detenção não for mantida porque o juiz entende que, afinal, não está em causa uma situação de imigração ilegal, então ficará inutilizado o próprio pressuposto da retenção do passaporte (*ou seja, a necessidade de assegurar a expulsão, em caso de a pessoa não sair voluntariamente*). Nesses casos, o CPSP não poderá reter o passaporte, nem ordenar apresentações periódicas.

Por outro lado, o juiz pode entender que, apesar de se mostrar confirmada a situação de imigração ilegal, a medida de detenção no centro de detenção, no contexto concreto (*por exemplo, pessoa muito idosa ou doente*), viola o princípio geral da proporcionalidade, da proibição do excesso. Neste caso, mantendo-se o pressuposto essencial da situação de imigração ilegal, o CPSP poderia, ainda assim, aplicar a medida de retenção de passaporte.

Se o detido no centro de detenção tiver que ser libertado por, excepcionalmente, ter sido ultrapassado o prazo máximo previsto no n.º 5 do artigo 51.º, o CPSP pode, ainda assim, aplicar a medida de retenção de passaporte (*se a medida for útil, porque o passaporte pode, entretanto caducar*) e ordenar apresentações periódicas porque o pressuposto essencial destas medidas, ou seja, a situação de imigração ilegal, se mantém.

2.7.3. A reacção padronizada, uniforme e simplificada ao excesso de permanência

Uma das situações de imigração ilegal previstas na lei é aquela em que a pessoa não residente se constitui, intencionalmente ou inadvertidamente (por mera negligência) em excesso de permanência por ultrapassagem do prazo da respectiva autorização. Trata-se de uma situação que é enquadrável na categoria da imigração ilegal superveniente, ao lado da situação de imigração ilegal por incumprimento da ordem de abandono, no prazo fixado (cfr. n.º 2 do artigo 47.º).

No domínio da lei anterior, regiam o artigo 7.º da Lei n.º 4/2003 e o artigo 32.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003. Segundo este último preceito, a permanência na RAEM por período superior ao autorizado era punida com uma multa de montante igual a 2,5% do valor da taxa de autorização de residência, ou seja, 500 patacas, por cada dia que excedesse o prazo de autorização de permanência, até ao limite de 30 dias, a pagar imediatamente após a detenção ou apresentação do infractor. Esta possibilidade de regularização, mediante o pagamento de multa (*no máximo de 15 000 patacas, equivalente a 30 dias x 500 patacas*), só não era facultada a quem tivesse praticado idêntica infracção há menos de um ano.

Esta solução tinha vários problemas: por um lado, relativamente à multa, tratava-se de uma sanção fixa, que não admitia graduação, para melhor adaptação à justiça do caso concreto; por outro lado, a subsequente medida de interdição de entrada era frequentemente aplicada sem a necessária (por razões de justiça equitativa) uniformidade de critérios.

A prática levava a situações em que uma pessoa que estivesse em excesso de permanência (infracção não criminal) por 92 dias, e que se apresentasse voluntariamente, era alvo de uma medida de interdição de entrada por 3 anos. Todavia, se fosse detectada uma pessoa que fosse detida pela prática de um crime de “média gravidade”, e que visse a sua autorização de permanência revogada por causa disso, a mesma era interdita de entrar na RAEM igualmente por 3 anos. Esta prática era desconforme o princípio que constava do n.º 4 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004, segundo o qual o período de interdição de entrada deve ser proporcional à *perigosidade* dos actos que a determinam.

Por outro lado, a prática levava a que uma pessoa que estivesse em excesso

de permanência por 792 dias, e que se apresentasse voluntariamente, sofria uma medida de interdição de entrada por 3 anos, ou seja, exactamente a mesma da pessoa que esteve em excesso de permanência durante 92 dias. Esta prática não respeitava igualmente o princípio que constava do n.º 4 do artigo 12.º da Lei n.º 6/2004, segundo o qual o período de interdição de entrada deve ser *proporcional à gravidade (objectiva)* dos actos que a determinam.

Ora, as situações de imigração ilegal por excesso de permanência são de prova fácil e objectiva³¹, pelo que se justificava uma solução legal que resolvesse adequadamente os problemas acima referidos.

Assim, embora este aspecto não constasse do Documento de Consulta Pública, a nova lei passou a prever, no seu artigo 58.º, um regime que agiliza e simplifica o tratamento destes casos assente em certos critérios essenciais:

- Se a pessoa em situação de imigração ilegal se apresentou por si às autoridades ou se foi detectada pelas autoridades;
- A duração do excesso de permanência;
- Eventuais situações anteriores de imigração ilegal e, sendo o caso, se a RAEM, nessa altura, teve de assumir as despesas de recambiamento.

Esta inovação veio permitir maior justiça equitativa, menos exposição dos visados a dualidade de critérios e uma maior segurança jurídica, pela facilidade em calcular antecipadamente as consequências da conduta infractora.

As situações de excesso de permanência, independentemente de se deverem a dolo ou negligência, são consideradas como permanência ilegal. Todavia, o n.º 1 do artigo 58.º prevê que possa existir motivo justificado que não seja imputável aos não residentes que excederam o prazo de permanência em regra. E, na prática, é muito frequente a ocorrência de eventos que impossibilitam a saída e não podem ser imputados ao interessado: o avião que teve avaria; doença súbita; tufão. Existindo motivo justificado, as pessoas em situação de imigração ilegal por excesso de permanência não serão expulsas e/ou interdidas de entrar na RAEM *em consequência desse excesso de permanência*.

*

Relativamente à relação entre o artigo 58.º e o artigo 59.º, surgiram algumas

31 Ao contrário do que sucede nas situações de imigração ilegal que não respeitam exclusivamente a excesso de permanência, as quais são mais complexas, em termos de prova e de valoração. Nestas situações, a aplicação da medida de interdição de entrada segue um procedimento administrativo securitário que é, necessariamente, mais complexo, em particular quando envolve juízos sobre a perigosidade das pessoas.

dúvidas, mas ficou claro que a articulação entre os dois preceitos deve ser feita do seguinte modo:

1) Primeiro, para efeitos do n.º 3 do artigo 58.º, verifica-se se a pessoa é reincidente. Não sendo, pergunta-se se a mesma pretende pagar a multa, no momento da saída da RAEM, pelo valor mínimo, ficando isenta da interdição de entrada;

2) Se a pessoa, não sendo reincidente, concordar e pagar a multa de imediato, o processo fica concluído e a multa é registada no sistema da autoridade migratória. Aqui, não se coloca a questão do artigo 59.º; a pessoa fica isenta da interdição de entrada embora, durante um ano, não possa beneficiar de idêntico tratamento mais favorável quanto à possibilidade de regularizar mediante pagamento de multa;

3) Se a pessoa for reincidente ou se, não sendo reincidente, declarar que não pretende pagar a multa de imediato, ela é notificada, para efeitos de audiência prévia, de que o procedimento sancionatório para aplicação da multa “normal” prosseguirá os seus termos e que a Administração pretende aplicar-lhe medida de interdição de entrada; em muitos casos, a multa poderá não chegar a ser paga e prescreverá;

4) Só quando é chegada a altura de apurar da medida da interdição de entrada é que se coloca a questão da aplicação, ou não, do artigo 59.º; este artigo contempla casos de escassa gravidade objectiva, na parte em que refere “o período de excesso de permanência não tenha atingido um dia completo” (*ou seja, em que o excesso de permanência é de apenas algumas horas*).

A fórmula adoptada pelo legislador parece adequada para conseguir efeitos suficientes dissuasores, dispensando, em muitos casos (*os do n.º 3 do artigo 58.º*) os custos administrativos e burocráticos decorrentes do procedimento administrativo conducente à aplicação da medida de interdição de entrada.

Quanto à pessoa que não puder beneficiar do regime mais favorável previsto no n.º 3 do artigo 58.º, continuará a ser alvo de um procedimento administrativo para aplicação de multa e de uma medida de interdição de entrada; todavia, como a gravidade objectiva da infracção é manifestamente menor, se o excesso de permanência for de apenas algumas horas, o período de interdição de entrada deve ser especialmente atenuado.

2.7.4. Ordens de abandono comuns e imediatas. Prazos e presunção em caso de litígio judicial

Na primeira parte deste estudo (cfr. 1.1.2.), já referimos os prazos de abandono da RAEM, após a aplicação de medida securitária, a propósito das mais

relevantes diferenças de regime jurídico subjacentes aos institutos da autorização de permanência (comum), da autorização especial de permanência e da autorização de residência.

A nova lei traz inovações neste domínio, consagradas nos artigo 9.º, 37.º e 44.º.

Quanto ao prazo de abandono subsequente à revogação de autorizações de permanência, especiais ou comuns, a questão estava prevista no artigo 11.º da Lei n.º 6/2004, segundo o qual “2. *A pessoa a quem tenha sido revogada a autorização de permanência tem de abandonar a RAEM no mais curto prazo possível, não superior a 2 dias, excepto se: 1) Permanecer legalmente na RAEM por mais de 6 meses, caso em que dispõe de um prazo para abandoná-la não inferior a 8 dias, sem prejuízo do disposto na alínea seguinte; 2) Constituir grave ameaça para a segurança ou ordem públicas, caso em que pode ser decretado o abandono imediato.*”

A nova lei ampliou o prazo mínimo de abandono de 8 para 15 dias, se o visado for titular de autorização especial de permanência há mais de seis meses, mantendo os anteriores 8 dias, se, estando este na RAEM há mais de seis meses, a revogação tiver por base razões de perigosidade.

O prazo de abandono muito curto, de 2 dias, é mantido para a generalidade das pessoas não residentes que se encontrem na RAEM há 6 meses ou menos, independentemente das razões que fundamentam a revogação.

Quanto ao prazo mínimo de abandono subsequente à revogação da autorização de residência, o artigo 44.º define que é de 30 dias, regulando uma aspecto que a Lei n.º 6/2004 não previa.

*

Em qualquer dos casos (*de revogação de autorizações de permanência, especiais ou comuns, ou de residência*), existe sempre a ressalva de que estando em causa pessoa que constitua grave ameaça para a segurança ou ordem públicas, pode ser ordenado o seu abandono imediato (*cf. n.º 1 do artigo 37.º e n.º 2 do artigo 44.º*). A utilização deste tipo de ordem de abandono é rara e reservada aos casos mais graves, mas, obviamente, deve manter-se consagrada na lei, para acautelar as situações de indivíduos de grande perigosidade.

O pressuposto subjacente à ordem de abandono imediato, que é o de o visado constituir grave ameaça para a segurança ou ordem públicas, é incompatível com a permanência do mesmo na RAEM, sendo indiferente ele estar a permanecer em Macau há vários anos ou não. Este factor só é relevante para as situações em que *não exista* “grave ameaça para a segurança ou ordem públicas”.

Nas ordens de abandono comuns, associadas aos casos em que a extinção do título de estadia na RAEM resulta de um acto de revogação baseada numa

perigosidade “comum”, não grave, isso determina a obrigação de abandono da RAEM, voluntariamente, no prazo concedido, ou coercivamente, mediante um procedimento de expulsão, se não ocorrer o abandono voluntário (*cf. alínea 2) do n.º 2 do artigo 47.º*).

Diferentemente, se a extinção do título de estadia na RAEM resulta de um acto de revogação que tem por base a mais grave situação (*“constitua grave ameaça para a segurança ou ordem públicas”*), o abandono deve ser imediato, pelo que, na prática, materialmente, traduz-se numa expulsão expedita, mas que não deve impedir o direito à representação por advogado, quer nos procedimentos envolvendo a saída, quer, subseqüentemente, no âmbito dos processos administrativos e judiciais instaurados.

*

Relativamente à expressão “grave ameaça” usada nos artigos 37.º e 44.º, trata-se de um conceito relativamente indeterminado. A ameaça, para poder ser entendida como grave, deve preencher determinadas características, que só podem ser de verificação casuística, ou seja, em função das características do caso e da conjuntura do caso

As razões de perigo referidas no n.º 2 do artigo 37.º, diferentemente, reportam-se a quaisquer situações em que a autoridade migratória entende que o visado representa perigo para a segurança ou ordem públicas, mas em que esse perigo não é tão grande que justifique que o mesmo seja classificado de grave ameaça.

São situações típicas de invocação de perigo todas as previstas no artigo 23.º (*mas não as previstas no artigo 24.º*), para efeitos de recusa de entrada, bem como no n.º 1 e na alínea 2) do n.º 2 do artigo 35.º, para efeitos de fundamento de revogação da autorização de permanência.

Como é óbvio, na expressão “ordem de abandono imediato”, a palavra *imediato* tem de ser entendida de maneira hábil; essa ordem não é produzida instantaneamente, ou em minutos. Em muitos casos, não havendo obstáculos de monta, a conclusão dos procedimentos poderá ser conseguida em apenas 30 minutos. No entanto, sempre que implique a viagem do visado para países ou regiões mais longínquas, poderão existir condicionantes práticas importantes, decorrentes dos meios de transporte possíveis de utilizar e respectivos horários, bem como do processo de aquisição dos títulos de transporte.

*

Quanto ao artigo 9.º, o que está em causa é a antevisão de que a aplicação das regras gerais no âmbito de acção de suspensão de eficácia de ordem de

abandono imediato podem trazer grave inconveniente no domínio securitário. O n.º 1 do artigo 121.º do Código de Processo Administrativo Contencioso exige a verificação cumulativa dos três requisitos, um deles positivo, traduzido na verificação de prejuízo de difícil reparação decorrente da execução do acto, e dois negativos, no sentido de que a concessão da suspensão não represente grave lesão do interesse público concretamente prosseguido pelo acto e que do processo não resultem fortes indícios de ilegalidade do recurso.

A solução do artigo 9.º é no sentido de estabelecer uma inversão do ónus da prova, passando para o visado o encargo de ser ele a demonstrar que, se o tribunal conceder a suspensão da eficácia, isso não representará grave lesão do interesse público concretamente prosseguido pelo acto.

O mecanismo jurídico de inversão do ónus da prova é usado noutras leis da RAEM e não consta que alguma vez tenha sido posta em causa a sua conformidade com a Lei Básica e com o princípio da tutela jurisdicional efectiva³².

2.7.5. A posição procedimental do detido

Segundo dispunha o artigo 6.º da Lei n.º 6/2004, “*o detido goza dos direitos conferidos aos arguidos, previstos no Código de Processo Penal.*”

Ora, efectivamente, a posição jurídica do detido tem de ser acautelada, preservando direitos essenciais, tais como o direito de comunicar, o direito à intimidade e reserva da vida privada, o direito à imagem, o direito à integridade física, o direito a contactar com advogado.

Outros direitos, no entanto, têm necessariamente que ficar prejudicados por serem logicamente incompatíveis com a própria situação de detenção (*o direito de livre circulação, por exemplo*), e com as regras de funcionamento normais e razoáveis num centro de detenção (*por exemplo, o exercício de direitos que possam incomodar os demais detidos e os funcionários, em especial no período nocturno*).

O n.º 1 do artigo 52.º passa agora a prever, à semelhança do artigo 6.º da Lei

32 Veja-se, por exemplo, o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 11/99/M, de 22 de Março (regime jurídico do licenciamento industrial), o n.º 4 do artigo 44.º e o artigo 109.º da Lei n.º 13/2023 (Regime jurídico do sistema financeiro); o artigo 109.º do Decreto-Lei n.º 27/97/M, de 30 de Junho (Regime jurídico da actividade seguradora), republicado pelo Despacho do Chefe do Executivo n.º 229/2020.

Relativamente ao ordenamento português, cfr. os exemplos do artigo 35.º do revogado Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, que regulava a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos e a assinatura digital, bem como do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (Regime geral das instituições de crédito e sociedades financeiras) e do n.º 4 do artigo 361.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, na sua redacção actual (consultáveis, em versão consolidada, no sítio <https://www.pgdlisboa.pt/>).

n.º 6/2004, que “*Quando detida, a pessoa em situação de imigração ilegal goza dos direitos conferidos aos arguidos, previstos no Código de Processo Penal*”. No entanto, o n.º 2 do mesmo preceito estabelece uma importante ressalva, pois criminaliza, fazendo-a incorrer no crime de desobediência simples, a pessoa em situação de imigração ilegal que recuse cooperar, *sem motivo legítimo*, com vista à emissão ou renovação dos seus passaportes, documentos de viagem ou outro documento admitido para efeitos de controlo de migração pela embaixada ou serviço consular da sua nacionalidade ou autoridade competente da sua residência.

Conforme foi explicado, aquando da discussão da nova lei, a posição do arguido (preso) e do imigrante ilegal detido são substancialmente diferentes, coincidindo, no essencial, apenas quanto ao aspecto da privação da liberdade.

O arguido tem um estatuto, um elenco de direitos e deveres; mas ele não tem o dever de cooperar com as autoridades, por emanção do princípio da não auto-incriminação (*cfr. a alínea b) do n.º 3 do artigo 50.º do Código de Processo Penal*). Quanto ao imigrante ilegal, ele também tem direitos e deveres, e, em primeiro, tem o dever de colaborar para resolver a situação que ele criou, ou seja, a situação de imigração ilegal. Mas nada que justifique falar-se num estatuto. Por outro lado, como o Estado não quer condená-lo criminalmente, pela situação de emigração ilegal, não se justifica o direito ao silêncio, à não-cooperação.

Relativamente ao arguido, o Estado quer mantê-lo preso e existe uma preocupação de assegurar que a condenação penal, a ocorrer, respeita as regras do *Estado de Direito* e das liberdades e garantias. Relativamente ao imigrante ilegal, o Estado não quer mantê-lo detido; pelo contrário, quer que ele abandone a RAEM e seja livre o mais rapidamente possível, sem que a RAEM esteja a incorrer em despesas decorrentes da estadia ilegal. Neste quadro, não se deve procurar estabelecer identidades absolutas de regime jurídico entre as duas situações.

A inovação do n.º 2 do artigo 52.º enquadra-se nesta perspectiva de diferença material das situações e visa um objectivo legítimo: dissuadir a falta de cooperação injustificada do detido, dotando a autoridade migratória de um instrumento mais enérgico de reacção contra os imigrantes ilegais que, deliberadamente, não querem cooperar nas diligências burocráticas tendentes à respectiva expulsão.

2.8. Responsabilidade das pessoas colectivas

No ponto 2.5 da Nota Justificativa da proposta de lei que viria a culminar na Lei n.º 16/2021, refere-se o objectivo de “*introdução de mecanismos de maior efectividade da responsabilidade das pessoas colectivas, designadamente por via do alargamento da responsabilidade civil conexas com a criminal, da própria responsabilidade criminal das pessoas colectivas, e da aplicação às mesmas de*

sanções acessórias (...)”.

Vejamos, então, em que termos a Lei n.º 16/2021 concretizou esses objectivos.

*

Relativamente à responsabilidade criminal, o artigo 81.º introduz uma importantíssima e decisiva alteração: é que, para efeitos de responsabilização das pessoas colectivas, mesmo que irregularmente constituídas, e das associações sem personalidade jurídica, *passam a ser relevantes outros crimes previstos na lei, e não apenas o crime de emprego irregular, como sucedia na legislação anterior.*

É certo que, por comparação com o artigo 26.º-B da Lei n.º 6/2004, constata-se a não referência à responsabilização penal de “comissões especiais”, mas a verdade é que essa referência não tinha adequado fundamento lógico-jurídico e não é adoptada noutras leis da RAEM, pelo que se deve procurar a harmonização deste aspecto³³.

Embora a referência a responsabilidade civil, constante do n.º 5 deste artigo 81.º tenha causado alguma estranheza, a verdade é que se trata de responsabilidade civil conexas com a responsabilidade criminal, isto é, que tem por base os mesmos factos. A solução é justa e equilibrada e, aliás, já resulta da lei civil em vigor: quem causa danos a outrem deve reparar esses danos. O preceito, em bom rigor, não é inovador: é clarificador, para melhor defesa dos interesses da RAEM.

Por norma, o que está em causa são as despesas de recambiamento, essencialmente, as despesas de transporte associadas ao próprio acto de recambiamento (ex.: passagens aéreas ou passagens marítimas) e as despesas de emissão de documentos de viagem.

A questão da responsabilidade subsidiária de gerentes e administradores por prestações em que sejam condenadas as pessoas colectivas foi suscitada, tendo sido argumentado que essa responsabilidade é excepcional, só se aplicando, em regra, a prestações tributárias (impostos) e mediante certos condicionalismos (*cf*: o artigo 6.º do Regulamento do Imposto de Consumo, aprovado pela Lei n.º 4/99/M, de 13 de Dezembro³⁴).

33 Vide, só a título de exemplo, o artigo 16.º da Lei n.º 2/2009 (Lei relativa à defesa da segurança do Estado), o artigo 7.º-D da Lei n.º 2/2006 (Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais) alterada pela Lei n.º 3/2017; o artigo 5.º da Lei n.º 6/2008 (Combate ao crime de tráfico de pessoas); o artigo 13.º da Lei n.º 11/2009 (Lei de combate à criminalidade informática, alterada pela Lei n.º 4/2020).

34 Aquando da aprovação desta Lei n.º 4/99/M, cujo projecto foi da nossa autoria, argumentámos que, sem uma previsão deste tipo, a efectiva aplicação da lei fiscal ficaria substancialmente comprometida, sobretudo pela dificuldade de aplicação do princípio da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto instrumento que visa corrigir comportamentos ilícitos e

Por outro lado, aquando da discussão da proposta de lei, também foi notado, aparentemente com surpresa, que o n.º 1 do artigo 81.º se referia a uma responsabilidade pelos crimes previstos nos artigos 69.º a 73.º, mas o n.º 5 do artigo 81.º apenas se referia aos artigos 69.º a 71.º.

Sobre esta questão, foi esclarecido que, no n.º 5 do artigo 81.º só se incluem os artigos 69.º a 71.º, porque só nesses crimes existe uma relação directa e necessária entre a conduta criminosa e a pessoa em situação de imigração ilegal. Quem alicia, quem auxilia, quem acolhe, está numa relação necessariamente directa com o imigrante ilegal; quem emprega uma pessoa em situação de imigração ilegal e não foi responsável pela sua entrada em Macau (*não o instigou, não o auxiliou, não o acolheu*) só deve ser responsabilizado pelo crime de emprego irregular; quem emprega uma pessoa em situação de imigração ilegal, e também foi responsável pela sua entrada em Macau (porque o instigou, e/ ou auxiliou, e/ou acolheu) deve ser responsabilizado pelo crime de emprego irregular e pelo outro ou outros crimes dos artigos 69.º a 71.º, em concurso real e, neste caso, deverá ser responsabilizado civilmente também pelos custos inerentes ao recambiamento, se existiram.

*

Por comparação com o artigo 26.º-A da Lei n.º 6/2004, verificava-se que a alínea 2) do n.º 1 deste preceito restringia a pena acessória à participação em concursos públicos que tivessem por objecto empreitada de obras públicas ou concessão de serviços públicos. Essa restrição pareceu inadequada, face ao objectivo geral, que foi posto a consulta pública, relativamente à introdução de mecanismos de maior efectivação da responsabilidade das pessoas colectivas.

Por isso, o artigo 82.º determina agora que a pena acessória é estendida a todos os ajustes directos, consultas restritas ou concursos públicos, seguindo o exemplo da alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º da Lei n.º 6/96/M, de 15 de Julho (Regime jurídico das infracções contra a saúde pública e contra a economia).

Finalmente, o regime decorrente do n.º 3 do artigo 82.º contém uma inovação, pela qual se pretende que, nos casos de crime de emprego irregular, possa ser aplicada “mais” (adicionalmente) uma sanção acessória, para além das sanções que consistem em privações temporárias de direitos (n.º 1), que, no caso, tenham sido aplicadas separada ou cumulativamente (n.º 2). Também esta solução se enquadra, portanto, no objectivo genérico subjacente à Lei de conseguir mais efectiva responsabilização das pessoas colectivas.

fraudulentos de sócios ou accionistas que abusam da personalidade colectiva da sociedade com prejuízo para terceiros, incluindo a RAEM. No âmbito da nova lei migratória, o legislador entendeu ser desnecessário este tipo de previsão.

2.9. Crimes

No domínio penal, a Lei n.º 16/2021 manteve várias soluções contantes da Lei n.º 6/2004.

Por exemplo, embora se tenha levantado dúvida sobre como se deveria diferenciar o artigo 77.º, sobre posse de documento alheio, que é usado como próprio e a situação prevista no n.º 2 do artigo 75.º, em que alguém faça falsas declarações sobre elementos de identificação de terceiros, a Lei n.º 16/2021 nada alterou de substancial: no artigo 75.º, n.º 2, estão em causa o acto de falsificar documento e o acto de prestar falsas declarações sobre elementos de identificação do agente ou de terceiro; no artigo 77.º estão em causa actos de utilização ilegítima de documentos *autênticos*.

Os actos referidos são bem diferentes, quer enquanto conduta objectivamente considerada, quer quanto à respectiva gravidade, objectiva e subjectiva, pelo que a nova lei manteve a situação anterior, que constava dos artigos 18.º e 20.º da Lei n.º 6/2004.

No domínio processual penal, a Lei n.º 16/2021 também não inovou. Os artigos 84.º a 86.º mantêm o quadro legal anterior, quanto às matérias neles abrangidas, porque foi entendido que o mesmo se adequa bem às necessidades práticas, justificando-se, aqui, a estabilidade destas soluções³⁵.

*

No entanto, a nova Lei n.º 16/2021, em matéria penal, prosseguiu efectivamente um objectivo de ordem geral de tornar mais efectiva a responsabilização penal, em ordem a melhor prosseguir a defesa da ordem e segurança públicas como bens jurídicos da comunidade. A prossecução desse objectivo implicou várias inovações (*como mais detalhadamente veremos adiante*), mas também, algumas clarificações “apenas”.

Uma das aflorações desse objectivo de clarificação encontra-se na nova redacção do tipo penal “extorsão”, no artigo 74.º, por contraposição com o artigo 17.º da Lei n.º 16/2004.

Na formulação desse artigo 17.º, podiam ocorrer dificuldades de natureza jurídica, por causa das relações de concurso que podem ser estabelecidas com os crimes de coacção e de extorsão, já existentes no Código Penal, designadamente os artigos 148.º (Coacção) e 149.º (Coacção grave).

35 A única alteração ao Código de Processo Penal, operada pela Lei n.º 9/2013, que visou especificamente pessoas não residentes, respeita ao aditamento da alínea 3) do n.º 2 do artigo 93.º desse Código, não prejudicando o referido quanto à manutenção das referidas normas processuais penais especiais.

Para clarificar, remete-se expressamente para a punição nos termos do artigo 215.º (extorsão) do Código Penal.

As penas aplicáveis serão as do artigo 215.º do Código Penal, nos termos nele previstos, ou seja, estando em causa conduta de extorsão em que a vítima seja ameaça de revelação da sua situação de imigração ilegal:

- Nos casos padrão, a pena será de 2 a 8 anos de prisão;
- Quando a prática da extorsão seja acompanhada, no momento do crime, do uso de arma aparente ou oculta, a pena de prisão será de 3 a 15 anos;
- Quando a disposição patrimonial extorquida seja de valor consideravelmente elevado, a pena de prisão será de 3 a 15 anos.

No caso deste artigo 74.º, não se aplicam as situações previstas no artigo 215.º do Código Penal em que se prevê remissão para a alínea a) do n.º 2 do artigo 204.º (*Qualquer dos agentes produzir perigo para a vida de outra pessoa ou lhe infligir, pelo menos por negligência, ofensa grave à integridade física*), nem para o n.º 3 do artigo 204.º (*Se do facto resultar a morte de outra pessoa*), porque essas situações pressupõem o emprego de violência e, no caso do artigo 74.º não se prevê violência, mas apenas a ameaça com mal importante, ou seja, no caso, a “ameaça de revelar a situação de imigração ilegal em que a mesma se encontra”.

*

Por outro lado, a Lei n.º 16/2021 corrigiu algumas anomalias jurídicas que constavam da lei anterior.

Assim, a nova Lei não prevê norma idêntica ao artigo 22.º (Crimes cometidos por indivíduos em situação de imigração ilegal) da Lei n.º 6/2004, porque se concluiu que essa agravação não tem fundamento ético-jurídico suficientemente válido.

As agravações devem, e podem ser, usadas numa perspectiva de gravidade objectiva (*por exemplo, pela medida ou extensão do dano provocado ou perigo criado*) ou de gravidade subjectiva (*nomeadamente, o dolo particularmente intenso ou a insensibilidade à dor infligida a outrem*).

A mera situação jurídica de imigração ilegal, só por si, não faz um assassino ser um assassino mais censurável, por exemplo. Em igualdade das demais circunstâncias, um homicídio é tão eticamente censurável quando cometido por um não residente com autorização de permanência válida como por um não residente em excesso de permanência.

Quanto à agravação pelos crimes previstos na Lei n.º 16/2021, quando praticados por funcionários públicos (cfr. artigo 83.º), isso continua a estar previsto. Todavia, também aqui a Lei n.º 16/2021 corrige: na lei anterior (vide artigo 23.º da Lei n.º 6/2004), a agravação estava restrita a “trabalhadores”, que

é apenas uma categoria de servidores públicos, pelo que estava em desarmonia com o Código Penal, sem que existisse uma razão suficientemente forte para essa restrição.

Na verdade, a agravação por via da qualidade de “membros das Forças de Segurança de Macau ou outros trabalhadores da Administração Pública”, significava que tal agravação se aplicava a todos os servidores públicos “trabalhadores”. O fundamento ético-jurídico e material da agravação parecia residir em dois aspectos essenciais:

– A condutas que são criminalizadas no âmbito da lei em causa (*sobre controlos de imigração e de permanência e residência*) respeitam a um aspecto da ordem social da RAEM de importância fundamental para a estabilidade e bem-estar da sociedade;

– Os servidores públicos têm um especial dever (*um dever acrescido*) de respeitar as normas do Estado que respeitam a aspectos de importância fundamental para a estabilidade e bem-estar da sociedade.

Ora, sendo este o fundamento ético-jurídico e material da agravação, parecia não fazer sentido que se abrangessem os servidores públicos vinculados por uma relação de trabalho e se excluíssem os servidores públicos vinculados por uma relação do tipo política, porque isso não é harmonioso com a perspectiva do Código Penal, o diploma fundamental em matéria penal.

Daí que, agora, o artigo 83.º preveja a agravação para todos os casos em que o agente é funcionário na acepção do Código Penal (*ou seja, de acordo com o respectivo artigo 336.º*), incluindo, portanto, os membros do Governo, deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Executivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, os administradores por parte da RAEM, bem como os delegados do Governo e os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, e de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.

2.9.1. Criminalização de certos actos jurídicos feitos em fraude à lei (v. g., casamento falso)

A questão dos denominados “casamentos falsos” foi uma das que mais atraiu a atenção da sociedade e dos deputados, aquando do processo de produção legislativa da Lei n.º 16/2021³⁶. Naturalmente, porém, a repressão criminal não

36 Este fenómeno, obviamente, é um fenómeno comum a outras jurisdições. Quanto a Portugal, por

deveria cingir-se aos casamentos, mas abranger também os casos de adoção falsa e de contrato de trabalho falso, pois também estes negócios jurídicos são invocáveis para efeitos de obtenção de título de permanência / residência na RAEM.

O artigo 78.º da Lei n.º 16/2021 visa a protecção de dois interesses jurídicos essenciais:

- O interesse do sistema político, económico e social da RAEM, em especial o subsistema do controlo migratório e, nessa medida, está em causa um crime contra a RAEM; e
- O interesse da protecção do comércio jurídico, no sentido de que os documentos devem ser autênticos e usados para os fins próprios, por forma a não distorcer as finalidades das normas jurídicas que os regulam; nessa medida estará em causa, como nos casos de falsificação, um crime contra a vida em sociedade.

As situações de vida abrangidas no artigo 78.º não se confundem com as abrangidas no artigo 76.º. O que está em causa, no artigo 78.º são *negócios jurídicos autênticos*, isto é, que foram celebrados segundo as regras próprias desses negócios jurídicos, com a intervenção de funcionários ou outras pessoas competentes habilitadas para esse efeito. Aliás, essa é a razão essencial pela qual os tribunais têm tido dificuldade em enquadrar estas práticas no âmbito dos crimes de falsificação ou falsas declarações sobre a identidade ³⁷.

A simulação de negócio civil, enquanto ilícito civil, está regulada nos artigos 232.º a 236.º do Código Civil. A simulação de casamento pode ser um acto relativamente comum, por exemplo, quando os intervenientes querem libertar-se da pressão social feita por familiares para casarem, apesar de não o desejarem.

Em obediência ao princípio geral da intervenção mínima do Direito Penal, e também por razões de coerência, de ordem prática e de bom senso, não se deve

exemplo, cfr. o estudo “*A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar: Casamentos de conveniência e falsas declarações de parentesco. O caso português*”, consultável em https://rem.sef.pt/wp-content/uploads/EN_2012_PT_02.pdf.

37 Num estudo datado de 2018, no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, intitulado “O fenómeno dos casamentos falsos na RAEM”, a autora, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa Robalo, já concluíra que “... numa perspectiva jurídico-penal, *existem opiniões no sentido de que a simulação é apta a preencher a falsificação de documentos e outras em sentido inverso*. No nosso entender, serão de destrinçar as finalidades da própria simulação de modo a distinguir entre as que realmente não têm dignidade penal das que podem ter, apelando por isso à criação de um tipo de crime específico referente aos casamentos simulados com os fins previstos no artigo 18.º, n.º 2, da supra referida Lei (*a Lei n.º 6/2004*), respeitando-se assim o princípio da legalidade penal.”.

criminalizar a simulação (ilícito civil) de certos actos jurídicos.

Assim, racionalmente, a Lei n.º 16/2021 só criminaliza certos negócios jurídicos se, além de haver simulação do negócio jurídico, esse negócio simulado for efectivamente utilizado perante as autoridades para concretizar o fim mais censurável, que é o de pedir falsamente autorização de residência ou autorização especial de permanência.

A moldura penal parece adequada porque, como se referiu acima, nas situações previstas no artigo 78.º, não está apenas em causa o interesse jurídico da confiança do comércio jurídico, mas também o interesse jurídico da protecção do sistema político, económico e social da RAEM, em especial o subsistema do controlo migratório.

Por outro lado, a simulação e invocação de casamento falso e outros negócios civis falsos com a finalidade de obtenção de autorizações de residência ou autorização especial de permanência na RAEM está a atrair a atenção das organizações criminosas, pelo seu elevado potencial de lucro³⁸⁻³⁹. Por isso, o legislador optou por prever este aspecto, alterando a alínea g) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 6/97/M (*Lei da criminalidade organizada*) no sentido de, para além dos crimes de aliciamento ou instigação e auxílio à migração ilegal (*que já estão aí previstos*) *se passe também a prever os crimes previstos no artigo 78.º (cfr: o artigo 103.º)*.

38 Conforme consta num ‘Estudo sobre os crimes de casamento falso em Macau’, da autoria de Sam Kam Weng, publicado na revista “*Investigação criminal e sistema jurídico*”, da Polícia Judiciária de Macau, “... em Macau e na China continental existem muitos intermediários ou associações criminosas que controlam os casamentos falsos, estes, durante todo o procedimento, assumem um papel importante, por isso, sem a sua intervenção, arranjar contactos e contrair um casamento falso é muito mais difícil; mas com a ajuda e organização destes indivíduos, tudo torna-se mais fácil, por isso, na realização deste tipo de crime, o intermediário tem um importante papel de catalisador. 2. Actos subsequentes: o intermediário além de aproximar as partes que querem casar, é responsável por todo o planeamento, organização do encontro entre as partes, viagens e fotografia juntos (para serem utilizados como prova nos ser viços que queiram verificar), fornecem endereços falsos, assim como, ajudam nas formalidades matrimoniais, de modo a tornar a pratica do crime mais fácil.”

39 A autorização de residência e as autorizações especiais de permanência na RAEM são objecto de grande procura por não residentes, que lhe atribuem grande valor e estão dispostos a pagar elevadas somas de dinheiro a quem, ilegalmente, lhes facultar o acesso a essas autorizações. Ainda recentemente, a comunicação social em línguas portuguesa e chinesa davam conta de um caso enviado ao Ministério Público pela autoridade migratória, de um “...homem que terá pago 200 mil renminbis para convencer uma residente a contrair matrimónio, com o intuito de requerer residência na RAEM. O casamento aconteceu em 2017 e o caso viria a cair nos radares das autoridades no ano passado quando o homem apresentou candidatura a BIR por motivos de reunião familiar. Segundo as autoridades, a suspeita foi originada pela diferença de idades.” (Jornal Hoje Macau, edição de 16.05.2023).

2.9.2. Ampliação do alcance do crime de aliciamento

A principal alteração do regime legal quanto ao crime de aliciamento consiste na parte que se prevê “...sair da RAEM fora dos postos de migração, ou pelos postos de migração, mas subtraindo-se ao controlo do CPSP.” – cfr. artigo 69.º.

Esta ampliação está em consonância com a ampliação das situações de imigração ilegal prevista no artigo 47.º, pois este preceito, como já acima se referiu, passa agora a equiparar a conduta de “entrar na RAEM fora dos postos de migração” às condutas de entrar na RAEM pelos postos de migração, “mas subtraindo-se ao controlo do CPSP”, seja intencionalmente, seja simplesmente aproveitando-se de falha de controlo dos funcionários.

Esta alteração justifica-se por razão de harmonia lógica com o objectivo legislativo obter um controlo de migração integral. Isso está bem expresso na Nota Justificativa, na parte em que refere “2. Para procurar assegurar o controlo efectivo e integral dos movimentos migratórios, incluindo do ponto de vista da fiabilidade estatística, é tipificada a entrada e saída fora dos postos de migração como uma infracção administrativa (...) Além disso, passam a constituir infracção administrativa, também, as entradas e saídas feitas dentro dos postos de migração, mas furtando-se ao controlo das autoridades.”.

2.9.3. Regime mais rigoroso dos crimes de auxílio, acolhimento e emprego irregular

Quanto ao crime de auxílio à imigração ilegal (artigo 70.º), passou a prever-se especificamente a questão da saída da RAEM fora dos postos de migração, ou pelos postos de migração, mas subtraindo-se ao controlo do CPSP, tal como se fez quanto ao crime de aliciamento.

Por outro lado, o n.º 2 deste preceito passa agora a referir “*Se o agente praticar o crime referido no número anterior por contrapartida da obtenção, ou sua promessa, directamente ou por interposta pessoa, de recompensa, coisa, direito ou vantagem, para si ou para outrem...*” o que é diferente do que referia o n.º 2 do artigo 14.º da Lei n.º 6/2004: “*Se o agente obtiver, directamente ou por interposta pessoa, vantagem patrimonial ou benefício material, para si ou para terceiro, como recompensa ou pagamento pela prática do crime referido no número anterior ...*”.

Esta inovação visou harmonizar melhor com os conceitos da Lei Penal, concretamente com o artigo 103.º do Código Penal⁴⁰, e obter maior eficácia na

40 Artigo 103.º (Perda de coisas, direitos ou vantagens)

1. Toda a recompensa dada ou prometida aos agentes de um facto ilícito típico, para eles ou para outrem, é perdida a favor do Território.

imputação das condutas criminalizadas⁴¹.

*

Por outro lado, a nova redacção do n.º 1 do artigo 71.º teve por objectivo precisar o tipo penal, de forma a que ficasse claro que as palavras “acolher, abrigar, alojar ou instalar” implicam a ideia de “dar casa” ou “dar telhado”.

Um dos objectivos foi o de evitar os inconvenientes e excessos de interpretação e aplicação decorrentes da tipificação do artigo 15.º da Lei n.º 6/2004, de tal forma que taxistas chegaram a ser acusados deste crime por se verificar que tinham transportado uma pessoa em situação de imigração ilegal.

Neste artigo, foi eliminada a expressão “dolosamente” por ser desnecessária, face ao artigo 12.º do Código Penal. Segundo a regra geral do artigo 12.º (Dolo e negligência) do Código penal, “*Só é punível o facto praticado com dolo ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência.*” Por isso, a redacção era inapropriada. A referência ao dolo é desnecessária, pleonástica.

Coisa diferente, e muito importante, quanto ao crime de acolhimento, era a questão de saber se se deveria consagrar:

- O dolo genérico (*que inclui o dolo eventual, ou seja, aquele em que alguém prevê a mera eventualidade da ilicitude da sua conduta e conforma-se com isso, admitindo as consequências ilícitas*); ou
- O dolo específico, isto é aquela consciência, certa, da necessária (*não meramente eventual*) ilicitude da conduta.

A lei acabou por consagrar o dolo específico, mediante a expressão “*sabendo da situação de imigração ilegal em que outrem se encontra*” ficando assim a previsão juridicamente mais correcta e equilibrada do que o que sucedia na redacção do artigo 15.º da Lei n.º 6/2004.

Ainda assim, a aplicação prática desta norma poderá suscitar novos

2. São também perdidos a favor do Território, sem prejuízo dos direitos do ofendido ou de terceiro de boa-fé, as coisas, direitos ou vantagens que, através do facto ilícito típico, tiverem sido directamente adquiridos, para si ou para outrem, pelos agentes.

3. O disposto nos números anteriores aplica-se às coisas ou direitos obtidos mediante transacção ou troca com as coisas ou direitos directamente conseguidos por meio do facto ilícito típico.

4. Se a recompensa, as coisas, direitos ou vantagens referidos nos números anteriores não puderem ser apropriados em espécie, a perda é substituída pelo pagamento ao Território do respectivo valor.

41 No novo tipo penal do artigo 72.º, a obtenção de contrapartidas patrimoniais faz parte do tipo penal comum. Nos artigos 70.º e 71.º, essa circunstância concorre para a definição de um tipo penal agravado, relativamente ao comum.

problemas quanto aos casos dos pais que ‘acolhem’ os filhos menores referidos no artigo 49.º, por exemplo. No nosso entendimento, a solução terá que ser encontrada à luz dos princípios gerais do direito penal e, concretamente, nesse caso, à luz das normas gerais sobre exclusão da ilicitude ou da culpa (*por exemplo, o artigo 35.º do Código Penal, sobre conflito de deveres*).

Tal como no caso do crime de auxílio, a agravação por o agente auferir contrapartidas materiais ficou mais harmoniosa com o artigo 103.º do Código Penal e potencialmente mais eficaz (*n.º 2 do artigo 71.º*).

*

Quanto ao emprego irregular, a redacção adoptada pelo legislador, no artigo 73.º, consagra uma tipificação mais correcta do crime de emprego irregular, face ao correspondente artigo 16.º da Lei n.º 6/2004, colocando a censurabilidade na *execução* do contrato e não, como sucedia na lei anterior, na *celebração* do mesmo.

O emprego irregular, enquanto conduta criminosa, não consiste na celebração de contrato de trabalho irregular, ou seja, o contrato de trabalho de um ou mais não residentes que não sejam titulares de algum dos documentos legalmente exigidos para o fazer”; o emprego irregular, enquanto conduta criminosa, deve ser o trabalho irregular, ou seja, a recepção efectiva de prestação de trabalho de um ou mais não residentes que não sejam titulares de algum dos documentos legalmente exigidos para o fazer.

Por isso, a conduta a punir não deve ser a de quem celebra contratos irregulares. Essa corresponde a uma visão formal. O que se pretende é punir a pessoa que aceita a prestação efectiva de trabalho, dessa forma dando sequência e viabilidade a um emprego irregular.

A intenção legislativa foi precisamente no sentido de que, caso tenha sido celebrado um contrato, mas o trabalho ainda não foi iniciado (*não há ainda o “recebimento da prestação de trabalho” ou a “execução do contrato de trabalho”*), essa situação não constitui *ainda* crime.

Aliás, na prática das coisas, frequentemente é celebrado contrato sem que o não residente seja ainda titular de todos os documentos legalmente exigidos para o fazer.

A expressão “de um ou mais não residentes” visa evitar punição por concurso real. Assim, o agente é punido por um único crime e única pena de 2 a 8 anos se empregar não residentes em situação ilegal. É irrelevante se foram 2 ou mais pessoas. Esta circunstância só será relevante se o Tribunal, eventualmente, assim o entender, para efeitos de determinação concreta da medida da pena, nos termos gerais (*cf: artigo 64.º do Código Penal*).

Com o uso da expressão “*ou no interesse de quem lhe pague algum tipo de*

remuneração ou contrapartida” visa obter-se a criminalização de quem, dispondo do poder de receber prestação de trabalho para benefício de outra pessoa jurídica para a qual trabalhem, aceitem tal prestação por parte de pessoas não residentes que não sejam titulares de algum dos documentos legalmente exigidos para o fazer. Na generalidade dos casos, os agentes deste tipo de crime serão gerentes e demais gestores, de direito ou de facto, vinculados a empresas, associações ou outras organizações.

Como resulta dos n.ºs 2 e 3 do artigo 81.º, a responsabilidade destes gestores pode ser cumulada com a responsabilidade criminal da pessoa colectiva em causa.

Quanto ao n.º 3 deste artigo 73.º foi opção do legislador manter a inversão do ónus da prova, nas circunstâncias objectivas aí referidas, apenas no sector da construção civil. Sobre o que se deve entender por “*actos materiais de execução das actividades próprias dos mesmos*”, expressão que já constava do n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 6/2004), serão, por exemplo, os actos das pessoas que sejam encontradas a colocar uma fiada de tijolos numa parede, a transportar um carrinho de mão contendo cimento, a juntar água e cimento ou a aparafusar caixilhos e placas. Em suma, qualquer acto que um trabalhador de construção civil normalmente pratique, numa obra ou num estaleiro de obra.

*

Para efeitos de harmonia do sistema, prevê-se o agravamento da pena aplicável aos crimes de auxílio à migração ilegal, acolhimento e emprego irregular (*n.º 3 do artigo 70.º, n.º 3 do artigo 71.º e n.º 2 do artigo 73.º, respectivamente*), quando a conduta principal for acompanhada de condições particularmente abusivas ou degradantes. A noção de “condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes” deve entender-se com o mesmo sentido de tratamento degradante referido no n.º 2 do artigo 234.º do Código Penal.

Curiosamente, chegou a ser colocada a questão da necessidade de prever esta norma, pois tratar-se-ia de situação não comum. Naturalmente, a questão não tem a ver com ser comum na realidade; tem a ver com a justeza e a lógica da previsão, dentro do sistema jurídico. Muito provavelmente, se este tipo de normas só tivesse a ver com o serem comuns ou não, provavelmente não seria necessário prever o crime de tortura ou o de escravidão.

2.9.4. Incumprimento da ordem de abandono e entrada fora dos postos de migração

O novo artigo 79.º adopta, no n.º 1, uma solução que já constava do artigo 21.º (Reentrada ilegal), da Lei n.º 6/2004. No entanto, inova no n.º 2, quando prevê que incorre em pena de prisão até um ano quem, sem motivo legítimo, não acatar a

ordem de abandono da RAEM, no prazo que lhe for fixado, depois de pessoalmente notificado da mesma. Esta previsão não seria absolutamente necessária, posto que a autoridade migratória sempre poderia recorrer ao mecanismo da alínea b) do n.º 1 do artigo 312.º do Código Penal; no entanto, ela tem o sentido prático de evitar a necessidade de cominação e, ao mesmo tempo, torna essa consequência previa e imediatamente perceptível aos destinatários.

Embora já se tenham levantado dúvidas sobre a relação deste novo n.º 2 com o regime do n.º 3 do artigo 52.º, a verdade é que as condutas em causa são diferentes:

– Se alguém recebe uma ordem do CPSP dizendo que deve abandonar a RAEM dentro de 8 dias e não o faz, encontrando-se na RAEM depois do termo desse prazo, isso cabe claramente dentro da previsão do n.º 2 do artigo 79.º;

– Se alguém que se encontra detido e em vias de ser expulso, por exemplo, se recusa a entrar para o veículo que o conduzirá ao aeroporto, ou se se recusa a assinar o formulário destinado a pedir renovação do seu passaporte junto das entidades competentes do seu país, isso cabe claramente no n.º 2 do artigo 52.º.

Em todo o caso, e obviamente, na ordem jurídica da RAEM prevalece o princípio geral “ne bis in idem”. Em ambos os preceitos citados, está em causa o mesmo interesse jurídico essencial, ou seja, o da autoridade pública. Assim, a pessoa só poderá ser punida segundo um dos preceitos: ou pelo n.º 2 do artigo 79.º ou pelo n.º 2 do artigo 52.º.

*

Por outro lado, o artigo 80.º também é inovador, e também ele se enquadra obviamente no objectivo de ordem geral de tornar mais efectiva a responsabilização penal, em ordem a melhor prosseguir a defesa da ordem e segurança públicas como bens jurídicos da comunidade. Este preceito criminaliza a conduta de quem entra, ou tenta entrar, ilegalmente, seja fora dos postos de migração, ou dentro dos postos mas iludindo as autoridades (*por exemplo, alguém aproveita a distração dos agentes e salta por cima de uma vedação ou torniquete*), após ter sido pessoalmente notificado pela autoridade da intenção de lhe ser aplicada medida securitária.

Dada a natureza do novo crime e as condutas que visa reprimir e prevenir, justificava-se a punição da tentativa, pelo que ela teve que ser expressamente prevista pelo legislador, no n.º 2 deste artigo 80.º (*cf. artigo 22.º do Código Penal*).

Na prática, as autoridades fiscalizam diariamente as vias de passagem de

pessoas, dentro dos postos de migração, e as fronteiras e, concretamente, as linhas de marcação entre a RAEM e o Interior da China. Ora, quem, por exemplo, se lançou à água no canal que separa Macau de Zhuhai e que é interceptado na linha de demarcação está, obviamente, a entrar, ou melhor, a tentar entrar, em Macau de forma ilegal. A punição da tentativa, neste caso, tem obviamente o objectivo de dissuadir estas condutas.

Naturalmente, se essa mesma pessoa, em vez de ser interceptada na linha de demarcação, ou logo após a sua transposição, for interceptada já depois de pôr pé em terra, não haverá dúvidas de que a entrada se consumou, já não é apenas uma tentativa.

*

Sobre a relação entre os dois artigos referidos, foram, entretanto, levantadas muitas dúvidas, designadamente quanto a uma eventual sobreposição e potencial duplicação das disposições legais. Todavia, não existe sobreposição.

O n.º 1 do artigo 79.º prevê a hipótese de alguém entrar na RAEM pelos postos de migração, *com sujeição a controlo de migração*, aproveitando uma falha de controlo das autoridades ou usando um estratagema para conseguir essa entrada (*por exemplo, usando um documento de uma pessoa parecida consigo*). O n.º 1 do artigo 80.º, por seu turno, prevê a hipótese de alguém entrar na RAEM *sem sujeição a controlo de migração*.

No artigo 79.º, estão em causa condutas que podem ser qualificadas, materialmente, de desobediência, no sentido do artigo 312.º do Código Penal. No entanto, no artigo 80.º, não é esse o caso.

Essa diferença, aliás, justifica o diferente regime quanto à tentativa. No artigo 79.º, estão em causa condutas em que não se justifica a punição da tentativa; no caso do artigo 80.º, pelo contrário, justifica-se plenamente a punição da tentativa.

Por outro lado, a notificação do n.º 2 do artigo 79.º é a notificação de um acto administrativo, executório, ao passo que a notificação a que se refere o n.º 1 do artigo 80.º é a notificação de uma intenção da Administração, ou seja, é uma notificação para efeitos de audiência prévia.

*

Além disso, ainda quanto ao n.º 1 do artigo 80.º, foi questionada a razoabilidade de punição criminal de uma pessoa que não está a violar uma medida de interdição.

Ora, a intenção de política criminal subjacente a esta nova previsão teve a ver com a maior censurabilidade subjectiva da conduta em causa. Com efeito,

neste tipo de casos, já ocorreu uma primeira situação que levou a Administração a considerar que aquela pessoa constitui um perigo para a ordem e tranquilidade públicas e, por isso, entendeu que deveria aplicar-lhe uma medida de interdição de entrada.

Se, depois dessa primeira situação de ilegalidade, e depois de pessoalmente avisada (*não por ofício*) de que lhe seria aplicada uma medida de interdição de entrada, essa mesma pessoa incorrer numa segunda situação de perigo para a ordem e tranquilidade públicas, entrando na RAEM fora dos postos de migração, ou através dos postos de migração mas subtraindo-se ao controlo do CPSP, justifica-se, de um ponto de vista de política criminal e de dissuasão, que ela seja punida criminalmente, apesar de a medida de interdição de entrada ainda não ter sido formalmente aplicada.

2.9.5. Combate a certas condutas autónomas de facilitação dos crimes de auxílio e acolhimento

Como se referiu na Nota Justificativa à proposta de lei que culminou na Lei n.º 16/2021, foi intenção legislativa do Governo o “*agravamento de política criminal, criminalizando-se certas condutas autónomas de facilitação do auxílio e acolhimento, que são socialmente muito censuráveis, e muito contribuem para a ocorrência desses crimes, mas que, frequentemente, não podem ser puníveis por não caberem na tipificação penal actual, nem a título de co-autoria nem de cumplicidade (...)*”.

Os exemplos de ordem prática, da vida real, mostravam situações em que alguém (A) sabe que outrem (B) procura transporte para entrar ilegalmente em Macau, porque uma outra pessoa (C) lhe transmite esse facto ou porque o próprio B o procura para esse efeito.

Ora, o A não transporta pessoas com esse objectivo (de entrar ilegalmente em Macau), nem por ele próprio nem por alguém a seu mando, mas pretende auferir vantagens a título de facilitador.

Numa primeira hipótese, A sabe que existe pessoa (D) que o faz (*o transporte para pessoas entrarem ilegalmente em Macau*) e sabe o seu contacto, e existe acordo expresso entre o A e o D para efeito, de aquele angariar potenciais “clientes”; o A apresenta o B ao D ou indica ao B o contacto do D e o transporte e entrada ilegal vêm a consumir-se. O A obteve vantagem da sua conduta directamente do B, ou indirectamente, por o D lhe transmitir parte do dinheiro cobrado ao B.

Não há dúvida de que, mesmo no quadro jurídico anterior à Lei n.º 16/2021, o A poderia ser condenado criminalmente pelo crime de auxílio, a título de co-autor ou, pelo menos, de cúmplice do D.

Todavia, numa outra hipótese de vida, o A, o facilitador, não tem nenhum

acordo expresso com o D; apesar disso, o D sabe que o A é pessoa que vive de expedientes, e o A sabe que D faz transporte para pessoas entrarem ilegalmente em Macau) e sabe o seu contacto; aproveitando esse facto e o estado de necessidade / ansiedade do B, o A cobra ao B uma quantia em dinheiro em troca da indicação do D e do respectivo contacto (sem mais nada fazer sobre o assunto).

À luz da lei da RAEM anterior à Lei n.º 16/2021, num caso como o da segunda hipótese acima referida, seria muito difícil estabelecer que o intermediário A ajudou o transportador D a praticar o crime de auxílio ou, por outras palavras, que A foi cúmplice do D.

Na verdade, a jurisprudência e a doutrina⁴² destacam que “a linha divisória entre autores e cúmplices está em que a lei considera como autores os que realizam a acção típica, directa ou indirectamente, isto é, pessoalmente ou através de terceiros (dão-lhe causa) e como cúmplices aqueles que não realizando a acção típica nem lhe dando causa *ajudam os autores a praticá-la*”.

Assim, dada a dificuldade referida, a atendendo a que a conduta de facilitação do crime era considerada manifestamente censurável, eticamente, e propiciadora da ocorrência de crimes de auxílio à imigração ilegal e de acolhimento de pessoas em situação de imigração ilegal, a nova lei passou a criminalizar autonomamente a conduta de facilitação dos crimes de auxílio e de acolhimento, nos termos do artigo 72.º, quando exercida a título lucrativo, isto é, “*mediante a contrapartida da obtenção, ou sua promessa, directamente ou por interposta pessoa, de recompensa, coisa, direito ou vantagem, para si ou para outrem*”.

Para efeitos de boa interpretação deste artigo, “comparticipação” refere-se à situação de várias pessoas participarem num crime. Pode haver participação sob a forma de co-autoria; e participação sob a forma de autoria ou co-autoria e cumplicidade. É o que resulta dos artigos 25.º a 28.º do Código Penal.

Por outro lado, “*Facilitar a consumação de tais crimes*” quer dizer adoptar uma conduta que contribua para que tais crimes ocorram, que facilite a prática desses crimes (*pelos seus autores e cúmplices*).

Esta noção de “*conduta facilitadora de outras condutas*” é normal e consta, por exemplo, de vários preceitos do Código Penal (*alínea e) do n.º 2 do artigo 129.º, 163.º, 170.º, 301.º e 314.º*).

42 Direito Penal Português, Verbo, 1998, volume II, pág. 279, citado no Acórdão da Relação do Porto, Processo 86/08.0GBOVR.P1, consultável em: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/0d4370594e37e5a8802579f30038032b?OpenDocument>.

2.10. Infracções administrativas

2.10.1. Aspectos gerais

O regime das infracções administrativas previstas na Lei n.º 16/2021 segue o regime geral, na maioria dos seus aspectos. Assim, e desde logo, só podem ser imputadas e sancionadas mediante um procedimento próprio, com as garantias legais, em especial o direito de defesa / audiência prévia.

No âmbito desse procedimento, pode a pessoa visada invocar qualquer meio de defesa, designadamente, qualquer facto que constitua motivo de erro do agente de exclusão da culpa ou da ilicitude (*vide artigos 15.º, 16.º e 30.º e seguintes do Código Penal*), que seja legalmente admissível no âmbito das infracções administrativas, bem como os motivos gerais de justo impedimento e causa de força maior.

O requisito da culpa, pelo menos a título de negligência, resulta da lei geral (n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 52/99/M).

Como exemplo de maior especificidade, podemos destacar a punibilidade da tentativa de certas infracções administrativas, concretamente em relação a tentativas de entrada ou saída da RAEM fora dos postos de migração, ou através dos postos de migração, mas subtraindo-se ao controlo do CPSP, e a tentativas de acesso não autorizado a zonas de controlo de embarque e desembarque, bem como a zonas de acesso reservado ou condicionado dos postos de migração (*cf. o artigo 91.º*)⁴³.

Relativamente ao pagamento de multas aplicadas a não residentes, existe uma alteração relativamente ao regime do artigo 37.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, pois o n.º 3 do artigo 93.º passa a conferir um tratamento mais razoável e equilibrado a quem já se encontra na RAEM há tempo considerado significativo (*mais de 2 anos, ininterruptamente*).

2.10.2. Montante das multas

Quanto ao aspecto específico dos montantes das multas, os valores mantêm-se relativamente estáveis, para as infracções já actualmente previstas, mas com a novidade de molduras sancionatórias (*e não valores fixos*). Com efeito, um dos objectivos, neste domínio, foi o de estabelecer molduras de multas (*um limite mínimo e um limite máximo*), eliminando a maior parte das previsões de multas fixas.

O objectivo é o de evitar críticas de que multas em montante fixo são incongruentes e desarmoniosas com o princípio geral decorrente do artigo 65.º do Código Penal, segundo o qual a medida da pena deve admitir uma variação

43 A punição da tentativa nas infracções administrativas não constitui novidade: *cf.* o artigo 35.º da Lei n.º 8/2005 (Lei de Protecção de dados pessoais).

ajustável ao grau de culpa do infractor (*mera negligência, negligência grosseira, dolo*).

O disposto no artigo 88.º teve origem no artigo 35.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003 e corresponde à prática internacional. Como se disse acima, a infracção só pode ser imputada ao operador de transportes mediante um procedimento próprio, com as garantias legais.

Assim, se, no âmbito de tal procedimento, se provar e concluir que o operador deveria ter sabido que a pessoa não poderia ter embarcado sem visto ou autorização prévia de entrada, por exemplo, esse operador deverá ser sancionado.

Se, no âmbito de tal procedimento, se provar e concluir que o operador não tinha condições de saber que a autoridade da RAEM iria recusar a entrada (*porque os factos que levaram à recusa só eram do conhecimento da autoridade, por exemplo*), então esse operador não deverá ser sancionado. É esse, aliás, o sentido garantístico do n.º 2 do artigo 88.º.

Em todo o caso, ainda que não haja responsabilidade pela infracção administrativa, o operador de transportes sempre terá que arcar com as responsabilidades referidas no artigo 62.º, o qual, por seu turno, teve origem no artigo 6.º da Lei n.º 4/2003 (*cf.*, *supra*, n.º 1.2.1.8).

2.10.3. Novas infracções

O adequado controlo dos movimentos de migração de pessoas, pelas autoridades públicas, é tanto mais eficaz quanto mais integral for a passagem das pessoas pelos postos de migração. Se muitas pessoas entrarem / saírem da RAEM fora dos postos de migração, isso põe em causa o controlo estatístico, a integralidade dos registos informáticos e, ao mesmo tempo, prejudica a aplicação de normais legais que se reportam à permanência, ou não, em Macau, mesmo em relação a titulares de Bilhete de Identidade de Residente de Macau.

Assim, a lei passou a prever uma sanção (*alínea 1) do artigo 90.º*) para a violação da obrigação legal de as entradas e saídas na RAEM se fazerem pelos postos de migração oficialmente estabelecidos. Essa obrigação legal estava já prevista no n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 4/2003, mas a sua imperatividade era prejudicada pelo facto de não estar prevista sanção.

A alteração não visa desmotivar os imigrantes ilegais que tenham a intenção deliberada de vir cometer crimes em Macau, porque estes, previsivelmente, não se sentirão desmotivados dessa intenção pelo facto por existir uma multa. No entanto, a previsão de uma multa pode contribuir para uma diminuição significativa, em termos globais, das práticas de entrada e saída fora dos postos de migração.

*

Quanto ao incumprimento das obrigações incidentes sobre operadores de estabelecimentos hoteleiros quer por operadores de transportes (artigo 89.º), um dos aspectos que mais chamou a atenção foi o valor da multa estabelecido na alínea 1) do n.º 1 deste preceito, para os operadores aéreos incumpridores. E, efectivamente, o valor é elevado, mas tem em vista a harmonia com idênticas previsões em termos internacionais.

De facto, ao nível dos países mais desenvolvidos, tem-se feito um esforço para que as companhias aéreas contribuam efectivamente para mitigar o problema da imigração clandestina e para prevenção do terrorismo.

Nos Estados Unidos da América, o *Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act* tornou o *Advanced Passenger Information System (APIS)* obrigatório e impõe multas muito significativas às companhias aéreas que não cumpram os deveres de informação do manifesto dos passageiros (incluindo nomes, datas de nascimento, cidadania e sexo, passaporte e informações de visto), quer à Alfândega, quer à autoridade migratória. Se as informações estiverem incompletas ou imprecisas, as companhias aéreas enfrentam multas de USD 5 000 por pessoa, por parte do *U.S. Customs* e de USD 1000 por voo, ao *U.S. Immigration Service*.

Na União Europeia, os Estados membros estão obrigados, por força da Directiva 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004 (*relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras*) a prever, nas suas legislações internas, uma multa mínima *não inferior* a EUR 3 000, por voo, e uma multa máxima *não inferior* a EUR 5 000.

2.10.4. Infracções eliminadas

Quanto a infracções eliminadas, temos:

- A multa por renovação da autorização de residência depois de expirado o prazo da respectiva validade em vigor, por ter sido eliminada a anomalia da renovação de títulos extintos (*vide supra*, 2.5.4);
- A multa por renovação tardia, que foi substituída, mais logicamente, por taxa de urgência (*vide n.º 3 do artigo 40.º do Regulamento Administrativo n.º 38/2021*).

A CONVENÇÃO DE HAIA SOBRE O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS EM MATÉRIA CIVIL OU COMERCIAL DE 2019 — UMA MAIS-VALIA PARA A RAEM?

Ilda Cristina Ferreira*

Jurista, Direcção dos Serviços dos Assuntos de Justiça, RAEM

Resumo: Fruto de um longo processo negocial sob a égide da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH), a Convenção da Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial, assinada em 2 de Julho de 2019, entra em vigor na ordem internacional no dia 1 de Setembro de 2023.

A Convenção define um corpus de normas comuns e harmoniza procedimentos entre os diferentes tribunais estaduais visando o reconhecimento e a execução de sentenças em matéria civil ou comercial, abrangendo matérias sobre consumidores, contratos laborais, pedidos de indemnização por danos corporais e por danos provocados em bens tangíveis, direitos reais e arrendamentos de bens imóveis, bem como algumas matérias de anti-trust (concorrência).

A Convenção agiliza mecanismos (requisitos, procedimentos e prazos) e reduz custos associados às relações jurídicas transfronteiriças em caso de conflito, aumentando a eficácia prática dos julgamentos, principalmente no contexto do mundo global, podendo, inclusive, ser uma alternativa credível aos tribunais

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Estudos Europeus pelo Instituto de Estudos Europeus de Macau e pela Universidade de Macau. Doutoranda em International Public Law, Faculty of Law, University of Hong Kong, O presente texto é da exclusiva responsabilidade da autora, não podendo as opiniões nele expressas ser imputadas a qualquer outra pessoa ou entidade.

arbitrais, e garante da certeza e segurança jurídicas e de predictabilidade.

O presente artigo pretende dar a conhecer a Convenção e avaliar a sua compatibilidade com o sistema vigente na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) no que concerne ao reconhecimento e à execução de sentenças estrangeiras e verificar em que medida a sua aplicação na RAEM pode ou não ser uma mais-valia.

Palavras-chave: Reconhecimento; execução de sentenças estrangeiras; matérias e requisitos; fundamentos de recusa; aplicação em Macau.

I. Introdução¹

A Convenção da Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters*),² doravante designada por “Convenção”, assinada em 2 de Julho de 2019, entra em vigor na ordem internacional no dia 1 de Setembro de 2023³.

Fruto de um longo processo negocial⁴ sob a égide da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH)⁵, a Convenção define um *corpus* de

1 Este artigo tem por base uma apresentação intitulada: “Recognition and Enforcement of Judgments in the MSAR and the Impact of the 2019 HCCH Judgment Convention in the MSAR”, na Inaugural Global Conference: 2019 HCCH Judgments Convention: Global Enforcement of Civil and Commercial Judgments, em Hong Kong, 9 de Setembro de 2019.

2 Em: <https://assets.hcch.net/docs/806e290e-bbd8-413d-b15e-8e3e1bf1496d.pdf>.

3 Entra, nessa data, internacionalmente em vigor para a Ucrânia e União Europeia (27 Estados Membros, excepto a Dinamarca) e para o Uruguai no dia 1 de Outubro de 2024. Costa Rica, Estados Unidos da América Federação Russa, Israel, Macedónia Norte e Montenegro são os outros Estados que já assinaram a Convenção. Em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>.

4 A proposta inicial de 1992 teve como proponente os EUA. Os trabalhos preparatórios da Convenção decorreram entre 1992-1997 e a primeira versão foi elaborada entre 1997-1999. Para mais informação sobre o histórico da Convenção, incluindo as diversas sessões sobre a sua redacção e o relatório explicativo final da autoria dos Professores Francisco Garcimartín e Professor Geneviève Saumier, vide <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/publications1/?dtid=61&cid=137>.

5 A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização internacional fundada em 1893, composta por 90 Estados-Membros e a União Europeia, e tem por foco principal a cooperação judicial e extra-judicial em matérias de direito civil e comercial através de procedimentos uniformes e/ou no reconhecimento de procedimentos e decisões. Existem 65 Estados que apesar de não serem membros da Conferência da Haia são parte nas Convenções da

normas comuns e harmoniza procedimentos entre os diferentes tribunais estaduais visando o reconhecimento e a execução de sentenças em matéria civil ou comercial.

Esta Convenção vem complementar a Convenção sobre os Acordos de Eleição do Foro (*Convention on the Choice of Court Agreements*), concluída a 30 de Junho de 2005, doravante designada por “Convenção de 2005”⁶, ao permitir o recurso aos tribunais (acesso à justiça) através do reconhecimento e execução de decisões judiciais num momento em que as relações interpessoais, comerciais e laborais têm, cada vez mais, um cunho transnacional resultante do fenómeno da globalização e da sociedade de informação.

A Convenção agiliza mecanismos (requisitos, procedimentos e prazos) e reduz custos associados às relações jurídicas transfronteiriças em caso de conflito, aumentando a eficácia prática dos julgamentos, podendo, inclusive, ser uma alternativa credível aos tribunais arbitrais e garante da certeza e segurança jurídicas e de predictabilidade⁷.

O presente artigo pretende dar a conhecer a Convenção e avaliar a sua compatibilidade com o sistema vigente na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) no que concerne ao reconhecimento e à execução de sentenças estrangeiras e verificar em que medida a sua aplicação na RAEM pode ou não ser uma mais-valia.

II. A Convenção da Haia sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil ou Comercial

A Convenção tem como objectivo a possibilidade de uma decisão judicial, em matéria civil ou comercial, de um Estado Parte, poder ser automaticamente reconhecida e executada noutro Estado Parte, ultrapassando, *inter alia*, os constrangimentos da parte prejudicada não poder executar uma sentença no Estado onde se encontra a outra parte ou onde estão localizados os bens do demandado, ou a necessidade de instaurar processos judiciais em mais do que uma jurisdição,

HCCH e fazem parte dos trabalhos da Conferência. Em: <https://www.hcch.net/en/about/history>.

6 A Convenção visa o reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras proferidas no foro eleito pelas partes, por entenderem ser o foro ideal em caso de litígio. Esta Convenção cria um ambiente jurídico de confiança entre as partes, favorável ao investimento e comércio internacional. A Convenção de 2005 não é aplicável na RAEM. Em: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>.

7 Há quem faça paralelos entre os objectivos desta Convenção e a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (mais conhecida por “Convenção de Nova Iorque”). A Convenção de Nova Iorque não é aplicável na RAEM. Em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15466.pdf>.

com os óbvios custos acrescidos.

Esta Convenção tem um alcance prático significativo, ao permitir a circulação e execução de sentenças e dar maior liberdade às partes para determinarem as suas escolhas e grau de protecção.

As partes na Convenção tanto podem ser pessoas singulares ou colectivas, como públicas ou privadas. É irrelevante se uma das partes no processo no tribunal de origem é um Estado (governo, agência pública ou qualquer pessoa que actue em nome de um Estado), o que diferencia a aplicação (ou não) da Convenção é a natureza da matéria do litígio ser de direito civil ou comercial, *i.e.*, situação em que o Estado está desprovido da sua capacidade soberana (do exercício dos seus poderes públicos)⁸.

A Convenção é ainda aplicável a qualquer decisão sobre acção cível ou comercial, independentemente de o tribunal ser civil, penal, administrativo ou laboral.

O texto da Convenção é composto por 32 artigos e está dividido em quatro Capítulos: Capítulo I (Âmbito e Definições), Capítulo II (Reconhecimento e Execução, Capítulo III (Cláusulas Gerais) e Capítulo IV (Cláusulas Finais), sendo a Convenção de 2005 a principal fonte de inspiração. Contudo, o seu âmbito de aplicação, quer geográfico, quer em matérias admissíveis para o reconhecimento e execução de sentenças, é bem mais amplo que o da Convenção de 2005.

Com efeito, a Convenção inclui matérias sobre consumidores, contratos laborais, pedidos de indemnização por danos corporais e por danos provocados em bens tangíveis, direitos reais e arrendamento de bens imóveis, bem como algumas matérias de *anti-trust* (concorrência).

O texto é inovador na área da *anti-trust* (concorrência) ao abranger acordos, práticas concertadas ou convénios entre actuais ou potenciais concorrentes na fixação de preços, na elaboração de propostas fraudulentas (manipulação do processo de concurso), na fixação de restrições ou quotas de produção, ou na divisão de mercados através da repartição de clientes, fornecedores, territórios ou áreas de comércio, e quando tais condutas e seus efeitos ocorrerem simultaneamente no Estado de origem prejudicando⁹.

8 O art. 1.º, n.º 1 da Convenção refere a exclusão das matérias fiscal, aduaneira ou administrativa, mas esta enumeração é meramente exemplificativa; outras matérias de direito público, tais como constitucionais e penais, estão naturalmente excluídas do âmbito da Convenção.

9 *Vide* art. 2.º, n.º 1, al. p), onde são expressamente previstos e admitidos alguns comportamentos em matéria de concorrência (elemento material) e a conexão especial desses comportamentos com o Estado de origem (factor de conexão) para os efeitos da Convenção. No caso concreto, os cartéis graves que distorcem a concorrência e têm um efeito negativo para os consumidores e os participantes no mercado. Os cartéis graves são acordos ou práticas anti-concorrenciais entre concorrentes que visam fixar e aumentar os preços, restringir a oferta e dividir ou partilhar os

São excluídas do âmbito de aplicação da Convenção as matérias que já são objecto de convenção própria ou de outros instrumentos jurídicos internacionais, mormente sobre família e sucessões¹⁰, transporte de passageiros e de mercadorias por mar, terra ou ar (ou no uso de mais do que um meio de transporte)¹¹, poluição marinha transfronteiriça, poluição marinha em áreas fora da jurisdição nacional e poluição marinha proveniente de navios (limitação da responsabilidade em sinistros marítimos)¹² ou responsabilidade por danos nucleares¹³, a fim de evitar

mercados, causando assim prejuízos económicos substanciais e prejudicando, em particular, os consumidores (bens e serviços podem ficar indisponíveis ou excessivamente caros). A Convenção tem por fonte a Recomendação da OCDE relativa à Ação Eficaz contra os Cartéis Graves, adoptada em 2 de julho de 2019, que substitui a Recomendação da OCDE sobre a mesma temática, adoptada em 25 de Março de 1998. A Convenção aplica-se, por exemplo, quando uma pessoa que é parte num processo anti-concorrencial invoca a nulidade deste contrato, ou quando um comprador procura o reembolso dos preços excessivamente elevados pagos ao vendedor pelo facto de este ter contratado num regime de fixação de preços.

- 10 Por exemplo, no contexto da HCCH: a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores (1958), Convenção sobre os Conflitos de Leis quanto à Forma de Disposições Testamentárias (1964), Convenção sobre o Reconhecimento dos Divórcios e das Separações de Pessoas (1970), Convenção sobre a Administração Internacional de Heranças (1973), Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões relativas a Obrigações Alimentares (1973), Convenção sobre a Lei Aplicável às Sucessões em Caso de Morte (1989, ainda não está em vigor), Convenção relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e Medidas de Protecção das Crianças (1996) ou a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de outros Membros da Família (2007).
- 11 Por exemplo, a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (1929), Convenção relativa ao Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias por Estrada (1956), Convenção de Atenas sobre o Transporte de Passageiros e Bagagem por Mar (1974), Convenção Relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários (1980), Convenção de Montreal relativa à Responsabilidade das Transportadoras Aéreas (1999), Convenção de Budapeste sobre o Contrato de Transporte de Mercadorias por Vias Navegáveis Interiores (2001), ou Convenção relativa ao Contrato de Transporte de Mercadorias Total ou Parcialmente Marítimo (2008).
- 12 Por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Intervenção em Alto Mar em Caso de Acidente que Provoque ou Possa Vir a Provocar a Poluição por Hidrocarbonetos (1969), Convenção Internacional sobre a Segurança dos Contentores (1972), Convenção para a Prevenção da Poluição Marinha por Operações de Imersão de Detritos e Outros Produtos (1972), Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios (1973), Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), ou Convenção Internacional sobre a Responsabilidade Civil por Danos Resultantes da Poluição Causada por Hidrocarbonetos de Bancas (2001).
- 13 Por exemplo, a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (1963), Tratado de Não Proliferação de Armas Nucleares (1968), Convenção sobre a Protecção Física dos Materiais Nucleares (1979), ou Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção, Armazenagem e Utilização de Armas Químicas e sobre a sua Destruição (1993).

sobreposição ou conflito, bem como matérias onde se determinou a resolução de conflitos através da arbitragem¹⁴.

Existem ainda matérias que foram excluídas da Convenção por não reunirem consenso (ex: propriedade intelectual), por versarem sobre assuntos de maior sensibilidade (ex: difamação e privacidade), ou pela natureza das actividades (ex: actividades das forças armadas ou dos agentes da autoridade, incluindo do seu pessoal no exercício de funções oficiais ou reestruturação da dívida externa¹⁵ através de medidas estatais unilaterais).

A questão da propriedade intelectual é extremamente complexa, dada a diversidade de sistemas jurídicos e as soluções preconizadas por cada jurisdição. A título de exemplo, um dos principais obstáculos é o facto de vários Estados terem uma autoridade administrativa competente para dirimir conflitos em matéria de propriedade intelectual (ex: China¹⁶ ou UE¹⁷) e estas decisões não poderem ser reconhecidas ou executadas em virtude de a Convenção estar limitada a decisões judiciais.

De frisar que o conceito de propriedade intelectual é utilizado na Convenção em sentido lato, incluindo matérias que são internacionalmente reconhecidas como propriedade intelectual e matérias que beneficiam de protecção equivalente ao abrigo de certas leis nacionais, como é o caso do reconhecimento das tradições ou expressões culturais e recursos genéticos¹⁸.

14 As matérias comuns que não são abrangidas pela Convenção de 2005 e por esta Convenção são as seguintes: estado e capacidade de pessoas singulares; obrigações de alimentos; outras matérias de direito da família, incluindo os regimes matrimoniais e outros direitos ou obrigações derivados do casamento ou de relações similares; testamentos e sucessões; insolvência, concordatas ou acordos de credores e matérias semelhantes; transporte de passageiros e de mercadorias; responsabilidade por danos nucleares; validade, nulidade ou dissolução de pessoas colectivas e validade das decisões dos seus órgãos; validade das inscrições em registos públicos; e *anti-trust* (concorrência).

15 Este conceito é retirado da Resolução n.º 68/304, “Rumo ao estabelecimento de um quadro jurídico multilateral para os processos de reestruturação da dívida soberana”, da Resolução n.º 69/247, “Modalidades da implementação da Resolução n.º 68/304” e da Resolução n.º 69/319, “Princípios básicos sobre os processos de reestruturação da dívida soberana”, adoptadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que reconhecem o direito de um Estado soberano, no exercício do seu poder discricionário, conceber a sua política macroeconómica, incluindo: reestruturar a sua dívida soberana.

16 *China National Intellectual Property Administration*. Mais informação em: <http://english.cnipa.gov.cn>.

17 *EU Intellectual Property Office*. Mais informação em: <https://www.euipo.europa.eu/en>.

18 A exclusão da propriedade intelectual abrange, por exemplo, decisões sobre validade e registo de direitos de propriedade intelectual, subsistência de direitos de autor ou direitos conexos e violação desses direitos. Existem sentenças que são claramente abrangidas pela Convenção por

Também na difamação e na privacidade existem diferentes entendimentos e soluções normativas. A título exemplificativo, há Estados que distinguem a difamação, a injúria e a calúnia, para outros não existe uma clara definição ou distinção destes actos ou mesmo regulação da matéria, enquanto que para outros trata-se do exercício de direitos fundamentais¹⁹.

Quanto à privacidade, não há uma definição uniforme ou mesmo consensual do que deve abranger o termo “privacidade”. Para alguns Estados, a “privacidade” ou a “reserva da vida privada” faz parte do elenco de direitos fundamentais constitucionalmente protegido, enquanto que para outros Estados o conceito não tem essa relevância (estatuto) ou é mesmo inexistente²⁰.

A exclusão das actividades das forças armadas ou dos agentes da autoridade, incluindo do seu pessoal no exercício de funções oficiais é compreensível, em virtude da imunidade jurisdicional concebida a alguns actos em direito internacional, bem como a ausência de uniformidade quanto aos conceitos de *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* entre os diferentes ordenamentos jurídicos. Ao mesmo tempo, esta excepção garante a necessária coerência com os acordos multilaterais e bilaterais que estabelecem mecanismos de resolução de litígios para determinadas acções privadas contra as forças armadas (incluindo contratuais

dizerem respeito ao direito geral das obrigações e indirectamente a questões de propriedade intelectual, por exemplo, uma sentença sobre um acordo de licença de marca que regulamenta a determinação dos royalties devidos ou uma sentença sobre um contrato de distribuição que inclui uma licença de direito de propriedade intelectual que regulamenta a subnotificação de vendas. Diferentemente, são excluídas sentenças atinentes ao direito da propriedade intelectual, por exemplo, uma sentença sobre uma patente essencial à norma (SEP) que envolve uma obrigação de licenciamento justa, razoável e não discriminatória (FRAND), ou uma sentença que determina a patente propriedade de uma invenção realizada no âmbito de uma relação de trabalho.

- 19 Esta exclusão abrange pessoas singulares e colectivas e inclui, nomeadamente, declarações feitas na comunicação social e nas redes sociais lesivas da honra ou reputação de uma pessoa. Pode haver uma linha ténue entre o exercício da liberdade de expressão e a ofensa à honra da pessoa (direitos fundamentais).
- 20 A exclusão da privacidade implica a exclusão de qualquer decisão judicial sobre um pedido baseado na privacidade apresentado por uma pessoa singular relativamente a uma indemnização, devido à divulgação pública de informações privadas, ou de pedido para impedir tal divulgação. Todavia, não abrange decisões sobre contratos que envolvam ou exijam a protecção de dados pessoais no contexto business-to-business, por exemplo, um contrato entre o titular de dados pessoais e um prestador de serviços em relação ao uso desses dados. Aplica-se à divulgação pública não autorizada de informações relativas à vida privada sobre qualquer forma: texto, imagem, gravações vídeo, áudio. Na U.E., por exemplo, há uma procura de equilíbrio entre bens jurídicos fundamenais conflitantes: liberdade de expressão e de informação e direito à privacidade/reserva da vida privada. A privacidade na RAEM é um direito fundamental (vide art. 30.º a 32.º da Lei Básica, art. 74.º do Código Civil e Lei n.º 8/2005, Lei da Protecção de Dados Pessoais).

e extra-contratuais)²¹, assim como com os acordos de extradição ou de auxílio judiciário mútuo.

Para além do exposto, os Estados-Parte podem ainda fazer uso do mecanismo de declarações previsto na Convenção, que permite ao Estado Requerido eximir-se ao reconhecimento e execução de uma sentença, sem incorrer em responsabilidade por incumprimento de obrigações decorrentes da aplicação da Convenção. Assim, os Estados Parte podem declarar que:

- i) Limitam o reconhecimento e a execução da sentença quando os elementos de conexão (residência das partes e outros elementos de conexão e causa de pedir) estão unicamente associados ao Estado Requerido e não ao tribunal de origem (art.s 17.º);
- ii) Não aplicam o reconhecimento e a execução da sentença sobre uma matéria específica sobre a qual tenham “um forte interesse em não aplicar a Convenção” (art. 18.º)²²;
- iii) Limitam o reconhecimento e a execução da sentença quando uma das partes no processo é o Estado, ou pessoa natural que actue em nome do Estado, ou agência governamental desse Estado, ou pessoa natural que actue em nome dessa agência governamental (*ius imperii*) (art. 19.º)²³.

De notar que as situações acima descritas não estão incluídas nos fundamentos de recusa.

O reconhecimento e a execução de sentença estrangeira só são admissíveis se a decisão judicial for possível de execução no Estado de origem; tal significa que a sentença transitou em julgado e não é passível de recurso²⁴.

A Convenção dispõe ainda que não haverá lugar à apreciação, no Estado (jurisdição) requerida, do mérito da decisão judicial proferida pelo tribunal de origem. Esta é, aliás, uma das normas cruciais da Convenção, corolário do princípio do reconhecimento mútuo das sentenças, sem o qual a Convenção estaria

21 Qualquer decisão (contra ou a favor) das forças armadas fica excluída, enquanto que, relativamente ao seu pessoal, há que avaliar se o litígio decorre do exercício das suas funções. Um exemplo clássico, decisão sobre uma acção civil, por acidente de viação, contra um soldado, decorrente das suas actividades pessoais ou decorrente do exercício de funções oficiais; esta última está excluída da Convenção. O termo “pessoal” também inclui civis empregados pelas forças militares ou das forças de autoridade.

22 O Estado que faz tal declaração deve garantir que a mesma não é mais ampla do que o necessário e que a matéria específica a excluir é definida de forma clara e precisa.

23 Idem.

24 As medidas cautelares não estão abrangidas (art. 3.º, n.º 1, al. b)).

destituída de qualquer utilidade prática (art. 4.º da Convenção)²⁵.

Uma sentença estrangeira, para ser passível de reconhecimento e execução à luz da Convenção, tem de satisfazer um dos seguintes requisitos:

- a) A pessoa contra quem é promovido o reconhecimento ou a execução tem a residência habitual no Estado de origem, no momento em que essa pessoa se torna parte no processo no tribunal de origem;
- b) A pessoa natural contra quem é promovido o reconhecimento ou a execução tem a residência habitual do estabelecimento principal no Estado de origem, no momento que essa pessoa se torna parte no processo no tribunal de origem e o pedido sobre o qual a sentença se baseia tem por fundamento as actividades desse estabelecimento;
- c) A pessoa contra quem é promovido o reconhecimento ou a execução é a pessoa que apresentou o pedido, que não seja o pedido reconvenicional, no qual se baseia a decisão;
- d) O demandado mantinha sucursal, agência ou outro estabelecimento sem personalidade jurídica distinta no Estado de origem, no momento em que essa pessoa se tornou parte no processo no tribunal de origem, e o pedido no qual se baseia a sentença resulta das actividades dessa sucursal, agência ou estabelecimento;
- e) O demandado reconheceu expressamente a competência do tribunal de origem no decurso do processo em que foi proferida a decisão;
- f) O demandado contesta os méritos perante o tribunal de origem, sem contestar a competência do tribunal, dentro do prazo previsto na lei do Estado de origem, a menos que seja evidente que existe uma objecção à competência do tribunal ou que o exercício dessa competência não teria sido bem-sucedida nos termos dessa lei;
- g) A sentença proferiu uma decisão sobre uma obrigação contratual e foi proferida pelo Estado na qual ocorreu ou deveria ter ocorrido o cumprimento da obrigação, em conformidade com:
 - i) Um acordo das partes; ou
 - ii) A lei aplicável ao contrato, na ausência de acordo sobre o local da execução, a menos que as actividades do demandado relativas a essa transacção não constituam claramente uma ligação e conexão substancial com esse Estado; relativas à transacção não constituam claramente uma ligação intencional e substancial com esse Estado;

25 O art. 4.º da Convenção deve ser interpretado em conjunto com o art. 3.º (matérias excluídas do âmbito da Convenção), 5.º e 6.º (condições para o reconhecimento e execução) e 7.º (fundamentos da recusa de reconhecimento e execução).

- h) A sentença decidiu sobre a locação de propriedade imóvel (arrendamento) e foi proferida pelo tribunal do Estado onde se localiza a propriedade;
- i) A sentença pronunciou-se contra o demandado sobre uma obrigação contratual garantida por um direito real sobre um bem imóvel situado no Estado de origem, desde que o pedido relativo à obrigação tenha sido intentado juntamente com o pedido contra o mesmo demandado, relativo a esse direito real;
- j) A sentença pronunciou-se sobre uma obrigação extra-contratual decorrente de morte, lesão corporal, dano ou perda de bens tangíveis e o acto ou omissão que causou directamente tal dano ocorreu no Estado de origem, independentemente do local onde ocorreu o dano;
- k) A sentença diz respeito à validade, constituição, efeitos, administração ou variação de um *trust* criado voluntariamente e comprovado por escrito e:
 - i) No momento em que o processo foi instaurado, o Estado de origem foi designado no instrumento *trust* como o Estado em cujos tribunais os litígios devem ser dirimidos, ou
 - ii) No momento em que o processo foi instaurado, o Estado de origem foi expressa ou implicitamente designado no instrumento *trust* como o Estado onde está situado o principal local de administração do *trust*. Este parágrafo aplica-se apenas a sentenças relativas a aspectos internos de um *trust* entre pessoas que estão ou estiveram dentro da relação de *trust*;
- l) A sentença pronunciou-se sobre uma reconvenção:
 - i) Na medida em que tenha sido a favor da reconvenção, desde que esta tenha surgido da mesma transacção ou ocorrência da petição inicial, ou
 - ii) Na medida em que foi contra a reconvenção, a menos que a lei do Estado de origem exija que a reconvenção seja submetida para evitar a sua preclusão;
- m) A sentença foi proferida por um tribunal designado num acordo celebrado ou documentado por escrito ou por qualquer outro meio de comunicação que torne a informação acessível, de modo a poder ser utilizada para referência posterior, que não seja um acordo exclusivo da escolha do foro.

O processo de reconhecimento, de declaração de executoriedade ou de registo para efeitos de execução, bem como a execução da sentença, decorrem segundo a lei do Estado Requerido, devendo a parte interessada apresentar uma

cópia integral e autenticada da sentença ou documento idóneo a comprovar a executoriedade da sentença ou, se for o caso, documento a comprovar que a sentença tem força executória no Estado de origem.

O pedido deve ser redigido numa das línguas oficiais aceites pelo Estado Requerido, ou acompanhado de uma tradução certificada, numa das línguas oficiais do Estado Requerido²⁶.

A Convenção estabelece ainda as circunstâncias que podem ser invocadas pelos Estados-Parte para recusar o reconhecimento ou a execução da sentença estrangeira no seu território, a saber:

- O demandado não foi notificado para que possa, em tempo útil, preparar a sua defesa, ou foi notificado no Estado requerido de modo incompatível com os princípios fundamentais desse Estado em matéria de citação e notificação;
- A sentença foi obtida mediante fraude à lei;
- O reconhecimento ou a execução é manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado requerido, incluindo situações em que o procedimento específico que conduziu à sentença é incompatível com os princípios fundamentais de equidade processual desse Estado e que afectem a segurança ou a soberania daquele Estado²⁷;
- Os procedimentos no tribunal de origem são contrários ao acordado, ou ao designado no instrumento do *trust*, no qual o litígio em questão deveria ter ser determinado num tribunal que não o tribunal do Estado de origem;
- A sentença é incompatível com uma sentença proferida no Estado Requerido num litígio entre as mesmas partes;
- A sentença é incompatível com uma sentença anteriormente proferida noutro Estado entre as mesmas partes e sobre o mesmo assunto, desde que a sentença anterior preencha as condições necessárias para o seu reconhecimento no Estado requerido;
- O reconhecimento ou a execução podem ser adiados ou recusados se os procedimentos entre as mesmas partes sobre a mesma causa de

26 Art.s 12.º e 13.º da Convenção. Se a sentença foi proferida à revelia, o original ou uma cópia autenticada de um documento que certifique a notificação à parte revel do acto introdutório da instância, ou de um acto equivalente. No caso de acordos judiciais (transacções judiciais), uma certidão de um tribunal do Estado de origem (incluindo por um funcionário judicial) que declare que a transacção judicial (homologada pelo tribunal de um Estado de origem) tem, no todo ou em parte, a mesma força executória do que uma sentença naquele Estado (vide art. 11.º da Convenção).

27 A referência à segurança ou à soberania de um Estado, associada ao princípio da ordem pública, não existe na Convenção de 2005.

pedir estão pendentes de decisão no tribunal do Estado Requerido (litispêndência).

Nos fundamentos de recusa, a Convenção inova em relação à Convenção de 2005, ao incluir no conceito de ordem pública do Estado (situações em que o procedimento específico que conduziu à sentença é incompatível com os princípios fundamentais de equidade processual desse Estado) as situações que possam afectar ou prejudicar a segurança ou a soberania do Estado requerido, alargando substancialmente o conceito de ordem pública e, neste contexto, reduzindo exponencialmente a possibilidade de reconhecimento de uma sentença.

Por último, de salientar que houve uma preocupação em articular esta Convenção com a Convenção de 2005, bem como os demais termos e conceitos utilizados noutras convenções da *HCCH*, para assegurar uma interpretação coerente e aplicação uniforme, sem olvidar outros instrumentos jurídicos internacionais. Pretende-se uma Convenção contemporânea, abrangente e com aplicabilidade prática.

III. A aplicação e compatibilidade da Convenção na RAEM – uma mais-valia?

A Convenção só se aplica a Estados soberanos e a Organizações Regionais de Integração Económica (sigla em inglês *REIO*), pelo que apenas pode ser aplicável na RAEM ao abrigo do art. 138.º da Lei Básica, por outras palavras, só pode ser aplicável na RAEM caso a China pretenda ser Parte da Convenção e consulte a RAEM sobre o interesse da mesma ser aplicável à Região e, na circunstância de parecer favorável, determinar a extensão da sua aplicabilidade à RAEM²⁸.

Para os Estados com ‘sistemas jurídicos não unificados’, Estados onde vigoram dois ou mais sistemas jurídicos em unidades territoriais diferentes,²⁹

28 Outra hipótese é a iniciativa partir da RAEM. Com efeito, nada impede que a RAEM possa solicitar ao Governo Popular Central a aplicação da Convenção à Região, caso entenda que tal será benéfico para os interesses da Região. Neste cenário, o Governo da RAEM teria de apresentar argumentos que justificassem essa aplicação. Este raciocínio é, naturalmente, aplicável a qualquer Convenção reservada a Estados soberanos e que seja do interesse da RAEM a sua aplicabilidade à Região.

29 Qualquer referência ao direito ou procedimento de um Estado, aos tribunais de um Estado, à conexão com um Estado ou ao elemento de conexão com um Estado, deve ser devidamente interpretada e adaptada para a unidade territorial do Estado Parte. O Estado Parte constituído por duas ou mais unidades territoriais nas quais vigorem sistemas jurídicos diferentes não é obrigado a aplicar a Convenção às situações que digam exclusivamente respeito às unidades

como é o caso da China, é necessária uma declaração a indicar expressamente, no momento da assinatura ou do depósito do instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, quais as unidades territoriais onde a Convenção é aplicável; na sua falta, a Convenção será aplicável a todo o território nacional³⁰.

Neste sentido, na eventualidade de a Convenção ser aplicável à RAEM, cabe à China elaborar a referida declaração em conformidade com o disposto no art. 25.º da Convenção.

Em termos de enquadramento jurídico, no que concerne ao reconhecimento e à execução de sentenças estrangeiras em matéria civil e comercial na RAEM, há que atender às Convenções aplicáveis à RAEM sobre esta matéria (quer no âmbito multilateral, quer bilateral), na eventualidade de serem aplicáveis e terem prevalência³¹.

Neste domínio, a principal âncora legislativa é o Código de Processo Civil (CPC), ao estabelecer as normas que devem guiar o reconhecimento e execução

territoriais, e um tribunal de uma unidade territorial de um Estado Parte constituído por duas ou mais unidades territoriais nas quais vigorem sistemas jurídicos diferentes não é obrigado a reconhecer ou executar uma sentença proferida noutra Estado Parte apenas por a sentença ter sido reconhecida ou executada noutra unidade territorial do mesmo Estado Parte.

30 Nos termos do art. 30.º da Convenção, uma declaração desta natureza também pode ser formulada em data posterior ao momento da assinatura ou do depósito do instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, contudo esta declaração só produzirá efeitos ao fim de três meses. Aplica-se o mesmo prazo em caso de modificação do conteúdo ou retirada da declaração.

31 Por exemplo, a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores (1958), ou outros mecanismos no âmbito da WTO e WIPO. No âmbito da HCCH são aplicáveis na RAEM as seguintes convenções: Convenção sobre a Obtenção de Provas no Estrangeiro em Matéria Civil ou Comercial (1970), Convenção relativa à Citação e à Notificação no Estrangeiro de Actos Judiciais e Extrajudiciais em Matérias Civil e Comercial (1965), Convenção relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Protecção de Menores (1961), Convenção relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Actos Públicos Estrangeiros (1961), Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958), Convenção relativa à Lei Aplicável em Matéria de Prestação de Alimentos a Menores (1956) e Convenção relativa ao Processo Civil (1954). Ao nível inter-regional, há um Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Judiciais em Matéria Civil e Comercial entre o Interior da China e a RAEM (2006). Sobre este assunto e com análise da jurisprudência local, vide, entre outros, Guanjiang Tu, “Recognition and Enforcement of Non-Local Judgments in Macau: A Critical Review”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 42 (2), 2012. Do mesmo autor, sobre os acordos inter-regionais, “Arrangements on Mutual Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters between China and Macau: Inherent Problems, Six Years’ Experience and the Way Forward”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 43 (1), 2013. Sobre a posição hierárquica destes acordos na hierarquia das fontes de Direito na RAEM, vide, entre outros., Ilda Cristina Ferreira, “A Natureza Jurídica dos Acordos Inter-regionais e a Sua Posição Hierárquica nas Fontes de Direito da RAEM”, *Revista Administração*, n.º 134, Vol. XXXIV (4), 2021.

de decisões estrangeiras (processo *exequatur*) na RAEM³².

À semelhança do estipulado na Convenção, os tribunais da RAEM não efectuam, nos termos do art. 1200.º, n.º 1, do CPC, a revisão do mérito, limitando-se a verificar se todos os requisitos formais foram cumpridos, pelo que o reconhecimento e execução das decisões judiciais estrangeiras só pode ser impugnado por irregularidades formais - princípio geral da revisão formal, princípio que visa acautelar a segurança e a certeza jurídica das decisões judiciais.

Vide por exemplo, Processo n.º 91/2019, Acórdão de 27 de Junho de 2019, acção especial de revisão e confirmação da sentença proferida pelo Supremo Tribunal de Nova Gales do Sul, Austrália (concessão de crédito):

*“Neste tipo de processos não se conhece do fundo ou do mérito da causa, na revisão formal, uma vez que o Tribunal se limita a verificar se a sentença estrangeira satisfaz certos requisitos de forma e condições de regularidade, pelo que não há que proceder a novo julgamento, nem da questão de facto, nem de direito (Ac. do TSI, de 25/09/2014, Proc. n.º 209/2014). Ou seja, no âmbito do presente meio processual não é possível fazer uma revisão de mérito.”*³³.

Na RAEM, o reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras só é possível quando reunidas as condições estipuladas nas alíneas a) a f) do n.º 1 do art. 1200.º do CPC, cuja enumeração é taxativa, mas não necessariamente cumulativa, a saber:

- al. a) - Quando não haja dúvidas sobre a autenticidade da sentença ou a inteligibilidade da mesma. Este requisito é compatível com o art. 4.º, n.º 1 da Convenção;

Vide por exemplo, Processo n.º 643/2013, Acórdão de 8 de Maio de 2014, acção especial de revisão e confirmação de sentença proferida nos EUA (processo sobre a autenticidade dos documentos – certificação *Apostilha*):

“O requerido arguiu, por outro lado, a circunstância de as certificações efectuadas pelos notários públicos E, do Estado do Nevada (doc. 1: fls. 31) e F, do Estado de New York (doc. 2. Fls.

32 As normas relativas à revisão e confirmação das decisões proferidas por tribunais exteriores a Macau são igualmente aplicáveis ao reconhecimento e execução de decisões arbitrais (arts. 1199.º - 1205.º do CPC).

33 P. 10.

37) não se encontrarem legalizadas pelos agentes diplomáticos ou consulares da República Popular da China, nem apostilhadas nos termos da alínea c), do artigo 1º da Convenção Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Actos Públicos Estrangeiros (Convenção de Haia de 5/10/1961) aplicável na RAEM e nos EUA. Realmente nenhum daqueles actos notariais de certificação em língua inglesa (fls. 31 e 36) contém qualquer apostilha. Mas, por outro lado, acontece que a apostilha, depois da Convenção de Haia de 5/10/1961 - que dispensa a legalização dos actos definidos no seu artigo 1º e que continua em vigor em Macau, conforme Aviso do Chefe do Executivo n.º 40/2002 - só é exigida de forma residual. Quer dizer, a legalização dos actos parece ficar confinada à apostilha nos casos em que ela não tiver sido dispensada pelos Estados (art. 3º, § 2º, da Convenção) e, mesmo nesse caso, não é obrigatória. (...) se a legislação local não a impõe, estando por isso dispensada, ela no caso só se deveria verificar no caso de alguma das partes a ter requerido no Estado contratante onde o acto notarial foi lavrado. E tal não aconteceu. Quer isto dizer, em suma e dispensadas mais considerações, que não pode ser por essa via que os documentos juntos pela requerente podem ser encarados com desconfiança do ponto de vista da sua legalidade formal e, concretamente, a propósito da sua autenticidade.”³⁴.

Ou Processo n.º 680/2014, Acórdão de 16 de Julho de 2015, acção especial de revisão e confirmação da sentença proferida por um Tribunal da República das Filipinas, (adoção por um casal residente de Macau):

*“Autenticidade e inteligibilidade da decisão. Parece não haver dúvidas de que se trata de um documento autêntico devidamente selado e traduzido, certificando-se uma decisão proferida por um tribunal da República das Filipinas, em 24 de Abril de 2013, cujo conteúdo facilmente se alcança, em particular no que respeita à parte decisória (...)”*³⁵.

- al. b) - Que a sentença tenha transitado em julgado segundo a lei do local em que foi proferida. Este requisito é compatível com o art. 3º, n.º 1, al. b) e art. 4º, n.º 3 da Convenção;

34 P.16-17.

35 P. 44.

Vide por exemplo, Processo n.º 774/2011, Acórdão de 18 de Julho de 2013, acção especial de revisão e confirmação da sentença proferida pelos Tribunais de Hong Kong (trânsito em julgado - invalidação de decisão proferida num processo à revelia):

“3- Não é de confirmar uma sentença condenatória no pagamento de uma dada quantia à sociedade requerente por um certo indivíduo, por falta de objecto de revisão, proferida em Hong Kong, se o réu, aí julgado à revelia se apresentou e veio impugnar essa decisão e procedimento, em termos tais de Direito local que determinaram viesse a ser proferida uma decisão judicial que invalidou aquela primeira decisão, correndo agora o processo a sua tramitação normal com prazos de contestação e resposta. (...) Independentemente da caracterização do instituto processual em causa, o certo é que, não restam dúvidas, que a decisão a rever mostra-se cancelada e o processo segue os seus termos, não havendo ainda uma sentença definitiva, em termos de res judicata, aí proferida. (...) Pelo exposto, não deve a mesma ser confirmada por faltar o requisito necessário previsto na alínea b) do n.º 1 do art. 1200º do Código Processo Civil.”³⁶

Ou, Processo nº 91/2019, Acórdão de 27 de Junho de 2019:

“E quanto ao trânsito da sentença revidenda, nada disse o requerido que ponha em causa o referido trânsito, nem os autos apresentam elementos que permitam duvidar da sua ocorrência. Pelo contrário, resulta dos autos (cfr. fls. 45) que a sentença é “final” e “imediatamente executória de acordo com as Regras Uniformes de Processo Civil de 2005 (NSW) e a Lei de Processo Civil de 2005 (NSW)”³⁷.

- al. c) - Que não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais de Macau; conjugar com o art. 20.º do mesmo Código que determina que as acções relativas a direitos reais sobre imóveis situados em Macau e acções destinadas a declarar a falência ou a insolvência de pessoas colectivas cuja sede se encontre em Macau são da competência

36 P. 29-30.

37 P.14.

exclusiva dos tribunais da RAEM. Este requisito é compatível com o art. 2, n.º 1, al. e) e art. 6.º (direitos *in rem* sobre bens imóveis) da Convenção.

Vide por exemplo, Processo n.º 680/2014, Acórdão de 16 de Julho de 2015:

“(...) facilitando-se assim a revisão e a confirmação das decisões proferidas pelas autoridades estrangeiras, respeitando a soberania das outras jurisdições, salvaguardando apenas um núcleo formado pelas matérias da competência exclusiva dos tribunais de Macau e de conformidade com a ordem pública. (...) Já a matéria da competência exclusiva dos Tribunais de Macau está sujeita a indagação, implicando uma análise em função do teor da decisão revidenda, à luz, nomeadamente, do que dispõe o artigo 20º do CPC. (...) Ora, facilmente se observa que nenhuma das situações contempladas neste preceito colide com o caso sub judice, tratando-se aqui da revisão de uma adopção requerida pelos adoptantes, casados entre si, residentes permanentes em Macau, tendo tomado conta da criança que se mostra integrada no seio da sua família e tratada como se seu filho fosse, adopção essa que passou pelo consentimento da mãe biológica, não sendo conhecido o pai biológico e não mereceu qualquer oposição”³⁸.

- al. d) - Que não possa invocar-se a excepção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afecta a tribunal de Macau, excepto se foi o tribunal do exterior de Macau que preveniu a jurisdição (art. 1200.º, n.º 1, do CPC). Este requisito é compatível com o art. 7.º, n.º 2, da Convenção;

Vide por exemplo, Processo n.º 17/2001, Acórdão de 11 de Abril de 2001, acção especial de revisão e confirmação da sentença proferida pelo Tribunal Popular Intermédio da Cidade de Shenzhen da Província de Guangdong da República Popular da China (dívida resultante do incumprimento de um “contrato de empréstimo”):

“12. A condição prevista na alínea d) do n.º 1 do art.º 1200.º significa que deve ser negada a confirmação quando perante tribunal de Macau está a correr ou já foi decidida acção idêntica

à julgada pela decisão revidenda, salvo se, antes de a acção ser proposta em Macau, já havia sido intentada perante o tribunal exterior.

13. Portanto, o fenómeno de prevenção de jurisdição a que alude essa alínea d) do n.º 1 do art.º 1200.º pressupõe sempre caso de competência electiva, isto é, que para a mesma acção são simultaneamente competentes dois tribunais diferentes.

14. Entretanto, convém ter presente que o n.º 3 do art.º 416.º declara irrelevante a pendência da causa perante jurisdição do exterior, o que significa que não pode ser atendida a excepção de litispendência quando a causa idêntica está em curso, não perante tribunal de Macau, mas perante tribunal exterior. Contudo, daí não se pode concluir pela existência de contradição entre esse preceito e a alínea d) do n.º 1 do art.º 1200.º, pois as duas disposições têm domínio de aplicação diferente.

15. Por força do art.º 416.º, n.º 3, se em processo afecto a tribunal de Macau se deduzir a excepção de litispendência com o fundamento de que a mesma acção está a correr perante tribunal do exterior, cumpre ao juiz julgar improcedente a excepção, de sorte que o processo deve seguir o seu curso, embora a acção houvesse sido intentada primeiro perante o tribunal do exterior. 16. Mas se a acção intentada em primeiro lugar no tribunal do exterior for declarada procedente por sentença transitada em julgado e se pedir em Macau a sua revisão e confirmação, uma de duas: ou era caso de competência electiva ou não era. Na primeira hipótese, o tribunal de exequatur de Macau deve confirmar a sentença; na segunda, deve negá-la.

17. Ou seja, a pendência de causa perante jurisdição do exterior não actua directamente, não tem eficácia directa; mas pode vir a tê-la indirectamente, se sobre a causa for proferida sentença com trânsito em julgado por tribunal electivamente competente, que haja prevenido a jurisdição.”³⁹.

- al. e) - Que o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do local do tribunal de origem, e que no processo tenham sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes. Este requisito é compatível com o art. 7.º, n.º 1, al. b) da

Convenção⁴⁰;

Vide por exemplo, Processo n.º 17/2001, Acórdão de 11 de Abril de 2001:

“18. Ante o disposto na al. e) do n.º 1 do art.º 1200.º, é fora de dúvida que para se determinar se a citação foi feita com observância das formalidades legais, é à lex fori que deve atender-se; quer dizer, as formalidades a que a citação tem de satisfazer são as prescritas pela lei no lugar em que a diligência se efectua, salvo tratando-se de causa para que a lei de Macau dispensaria a citação inicial, sendo certo, porém, que a lei de Macau limita sempre a aplicação da lex fori no tocante à exigência de citação pessoal, embora continue a reger a lex fori quanto à forma como a citação pessoal deve fazer-se. 19. Se em processo instaurado em tribunal do exterior o réu foi condenado no pedido por falta de contestação, apesar de ter sido citado por éditos ou de ter sido citado noutra pessoa em casos em que segundo a lei de Macau a citação não equivaleria a citação pessoal, e se pedir a revisão e confirmação dessa decisão do exterior, deve a confirmação ser recusada. A mesma solução deve adoptar-se quando a decisão do exterior tenha julgado confessados os factos alegados pelo autor por falta de contestação do réu e este não haja sido citado pessoalmente.”⁴¹.

Ou, Processo n.º 774/2011, Acórdão de 18 de Julho de 2013:

“Da garantia do contraditório Sem que se afirme taxativamente o preenchimento da previsão do disposto na alínea e) do n.º 1 do art. 1200º do CPC, no que à falta ou irregularidade da citação concerne, não se deixa de observar que o procedimento adoptado em Hong Kong e que levou ao cancelamento da decisão proferida aponta e só se justifica, no fundo, pelo reconhecimento, a partir da própria lei processual local, de que terá havido uma quebra da garantia de defesa, do princípio do contraditório e de igualdade das partes, o que conduziu ao prosseguimento do processo, justificando-se, assim, ainda por aí, ao menos, em termos das necessárias cautelas, pela

40 O princípio do contraditório (art. 3.º do CPC) e o princípio igualdade das partes (art. 4.º do CPC) não são meros requisitos processuais, mas sim princípios gerais substantivos no ordenamento jurídico da RAEM, juntamente com o princípio da garantia de acesso aos tribunais (art. 1.º do CPC), princípio da iniciativa das partes (art. 3.º do CPC), princípio da boa-fé (art. 9.º do CPC).

41 P. 6.

parte final da al. e), n.º 1, do artigo 1200º do CPC, que a peticionada revisão não deva proceder.”⁴².

- al. f) - Que não contenha decisão cuja confirmação conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública.⁴³ Este requisito é compatível com o art. 7.º, n.º 1, al. c) da Convenção.

Vide por exemplo, Processo n.º 643/2013, Acórdão de 8 de Maio de 2014:

“Em termos gerais, do ponto de vista formal, a “ordem pública” é o conjunto de valores, princípios e normas que se pretende sejam observados em uma sociedade. Do ponto de vista material, ordem pública é a situação de fato ocorrente nessa sociedade, resultante da disposição harmónica dos elementos que nela interagem, de modo a permitir um funcionamento regular e estável, que garanta a liberdade de todos.”⁴⁴.

Ou, Processo n.º 719/2015, Acórdão de 17 de Novembro de 2016, acção especial de revisão e confirmação da sentença proferida por Tribunal Regional da República das Filipinas (processo de divórcio – nulidade do casamento):

“Da ordem pública. Não se deixa de ter presente a referência à ordem pública, a que alude o art. 273º, n.º 2 do C. Civil, no direito interno, como aquele conjunto de “normas e princípios jurídicos absolutamente imperativos que formam os quadros fundamentais do sistema, pelo que são, como tais, inderrogáveis pela vontade dos indivíduos.”. E se a ordem pública interna restringe a liberdade individual, a ordem pública internacional ou externa limita a aplicabilidade das leis exteriores a Macau, sendo esta última que relevará para a análise da questão. No caso em apreço, em que se pretende confirmar o acórdão que declarou nulo o casamento e sem efeitos (void) ab initio casamento, decretando o divórcio entre a ora requerente e o seu marido, não se vislumbra que haja qualquer violação ou incompatibilidade com a ordem pública.

42 P. 31.

43 Ex: sentenças onde não se reconhece os direitos dos filhos fora do casamento à sucessão, idade da capacidade nupcial, igualdade dos cônjuges, contratos de seguro usurários, abuso de direito.

44 P. 20.

Aliás, sempre se realça que o nosso direito substantivo prevê a invalidade do casamento, ainda que sujeito a um outro regime, prevendo-se a inexistência ou anulabilidade e por razões também ligadas aos vícios da vontade, resultando até que o casamento chegou a um ponto em que já não era possível continuar, por comprovada incapacidade psicológica do requerido para assumir as responsabilidades maritais e os compromissos do casamento, fundamento de nulidade do casamento nos termos da lei local, mesmo que aferida a posteriori.”⁴⁵.

O tribunal competente para apreciar a decisão do reconhecimento e execução na RAEM é o Tribunal da Segunda Instância (art. 1203.º, n.º 3 do CPC), o tribunal que executa a sentença é o Tribunal de Primeira Instância, e no caso de haver recurso da decisão de confirmação, o tribunal competente é o Tribunal de Última Instância (art. 1205.º, n.º 1, do CPC).

O Tribunal da Segunda Instância deve verificar *ex officio* se há dúvidas quanto à autenticidade da sentença ou inteligibilidade da mesma e se a sentença é manifestamente incompatível com a ordem pública da RAEM, devendo igualmente negar o provimento do pedido *exequatur* se durante o “exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções” apurar que falta algum dos pressupostos exigidos nas al.s b), c), d) e e) do n.º 1 do art. 1200.º (art. 1204.º do CPC), existindo *ab initio* uma presunção de que estes requisitos estão preenchidos, salvo se houver impugnação.

Vide por exemplo, Processo n.º 156/2000, Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, acção de revisão e confirmação de sentença proferida pelo “*Surrogate Court of the Judicial District of York*” (“Tribunal de Sucessões do Distrito Judicial de York”) do Canadá (homologação de uma “*Minutes of Settlement*” (“acta de acordo”) para o exercício das funções de testamenteiro:

“3. A nível do direito, vamos ver se concorrem todos os requisitos para a concessão de exequatur. Bom, desde logo, é de afirmar que se nos afigura autêntico e com teor inteligível o documento donde consta o Despacho de cujo exequatur se requer, ficando assim satisfeito o disposto na alínea a) do n.º 1 do art.º 1200.º do Código de Processo Civil de Macau (CPC). Por outro lado: é uma decisão que se presume ter transitado em julgado na ordem interna do Direito Canadano, dando assim por preenchido o requisito da alínea b) do n.º 1 daquele mesmo preceito; trata-se de uma decisão

45 P. 21-22.

homologatória provida de um órgão jurisdicional do Canadá cuja competência não se nos mostra ter sido provocada em fraude à lei, para além de não versar sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais de Macau, pelo que está satisfeito também o requisito da alínea c) do n.º 1 do mesmo preceito; não se vislumbra haver, em algum tribunal de Macau, litispendência ou caso julgado relativa ao mesmo caso concreto tratado na decisão em causa, presumindo-se, assim, a verificação do requisito da alínea d) do n.º 1 do mesmo preceito; nem parece haver inverificação do requisito da alínea e) do n.º 1 do mesmo preceito; por fim, a decisão de cuja revisão e confirmação se pede é, em si mesma, compatível com a ordem pública desta Região Administrativa Especial de Macau, a qual, por sua vez, prevê também o instituto de testamentaria (cfr. maxime os art.º 2147.º e seguintes do Código Civil de Macau), o que conduz à observância do requisito da alínea f) do n.º 1 do art.º 1200.º do mesmo CPC.”⁴⁶

Ou, Processo n.º 437/2013, Acórdão de 3 de Julho de 2014, acção de revisão e confirmação da sentença proferida por um Tribunal do Estado do Paraná, Brasil (dissolveu um casamento por mútuo consentimento):

“Quanto aos requisitos relativos ao trânsito em julgado, competência do tribunal do exterior, ausência de litispendência ou de caso julgado, citação e garantia do contraditório, (...) “o tribunal verifica oficiosamente se concorrem as condições indicadas nas alíneas a) e f) do artigo 1200º, negando também oficiosamente a confirmação quando, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apure que falta algum dos requisitos exigidos nas alíneas b), c), d) e e) do mesmo preceito.””⁴⁷

Nos termos do art. 1202.º, n.º 1 do CPC, o pedido de reconhecimento e execução pode ainda ser impugnado, verificados os factos estabelecidos nas al.s a), c) e g) do art. 653.º, implicando neste caso uma revisão do mérito, ou ainda na circunstância de que “Se a decisão tiver sido proferida contra residente de Macau, a impugnação pode ainda fundar-se em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de conflitos de Macau.”

46 P. 4-5.

47 P. 21-22.

(art. 1202.º, n.º 2, do CPC)⁴⁸.

Os factos relevantes para efeitos de revisão da sentença são:

- Art. 653.º, al. a) do CPC – quando se comprove que a sentença transitada em julgado foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; este requisito é compatível com o art. 7.º, n.º 1, al. b) da Convenção;
- Art. 653.º, al. c) do CPC – quando se apresente documento de que a parte não teve conhecimento ou de que não podia fazer uso no processo em que a decisão foi proferida, sendo o documento suficiente, por si só, para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;
- Art. 653.º, al. g) do CPC – quando seja contrária a outra sentença que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente.

Vide por exemplo, Processo n.º 17/2001, Acórdão de 11 de Abril de 2001:

“Enquanto consagra também no seu art.º 1202.º, n.º 1, parte final, três “obstáculos à confirmação”, quais sejam, as situações indicadas nas alíneas a), c) e g) do seu art.º 653.º, a conhecer pelo tribunal de exequatur apenas quando opostos pela parte requerida citada, por força do espírito subjacente ao próprio n.º 1 do art.º 1202.º, conjugado com o acima referido art.º 1204.º. (cfr., neste sentido, o saudoso PROFESSOR ALBERTO DOS REIS, in Processos Especiais, Volume II – Reimpressão (Obra Póstuma), Coimbra Editora, Lim., 1982, pág. 192, mutatis mutandis.) Bem como consagra no n.º 2 do seu mesmo art.º 1202.º um “fundamento de embargos à confirmação” (nomen juris esse já utilizado pelo mesmo Insigne Autor, ibidem, pág. 181) relativo ao direito material de Macau, oponível também pela parte requerida citada, caso esta seja um residente de Macau: o de ser o resultado da acção ser mais favorável à parte citada se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de conflitos de Macau. Fundamento esse que tem por subjacente um pensamento fundamental: para que a sentença

48 Os elementos de conexão previstos nos arts. 3.º e 5.º da Convenção e os elementos de conexão das normas de conflitos do direito interno da RAEM (art. 13.º et seq. do Código Civil) são idênticos, pelo que será pouco provável que ocorra uma situação no âmbito do n.º 2 do art. 1202.º do CPC. Se tal caso vier a suceder, e for necessário invocar a norma do n.º 2 do art. 1202.º, existe sempre o fundamento legal estatuído na al. c) do n.º 1 do art. 7.º da Convenção, que prevê a recusa do reconhecimento ou da execução caso estes fossem manifestamente incompatíveis com a ordem pública do Estado requerido.

seja confirmada, é necessário que o residente de Macau, vencido, tenha sido tratado pelo tribunal exterior como seria tratado pelo tribunal de Macau se a acção aqui corresse, com o que a revisão da sentença no caso do n.º 2 do art.º 1202.º deixa de ser meramente externa e formal para se converter em revisão de mérito, a ser feita de acordo com o seguinte critério: o tribunal de revisão tem de apreciar se a sentença do tribunal exterior, tanto pela sua decisão como pelos seus fundamentos, está em conformidade real com ou antes contrária às disposições do direito material de Macau, a fim de a confirmar na primeira hipótese e de negar o exequatur na segunda, tendo, por sua vez, a fórmula de “conformidade real” o seguinte juízo: apesar de ao tribunal de revisão não se poder permitir quaisquer indagações sobre matéria de facto, já que ele tem de aceitar como exactos os factos que a sentença do tribunal sentenciador deu como provados, é a ele, como tribunal de revisão, que cumpre conhecer do tratamento jurídico a que esses factos deviam ser submetidos segundo o direito material de Macau, cumprindo-lhe, portanto, apreciar se a qualificação jurídica dos factos feita pelo tribunal exterior é aceitável perante a ordem jurídica de Macau, ficando, assim, nítido que no caso do requisito previsto na al. f) do n.º 1 do art.º 1200.º, o tribunal de revisão só tem de averiguar se a decisão do tribunal de origem, considerada em si mesma, independentemente dos fundamentos, é contrária à ordem pública de Macau, enquanto no caso do n.º 2 do art.º 1202.º o tribunal de exequatur tem de tomar em consideração não só a decisão em si, como também os seus fundamentos nos termos atrás descritos (cfr. o mesmo dilecto Professor, ibidem, pág. 187 a 189, mutatis mutandis). ”⁴⁹.

É pacífico que cabe à parte requerida o ónus da impugnação, provando designadamente a ausência de alguns dos pressupostos legais que são presumidos pelo tribunal *exequatur*, bem como invocar as excepções à revisão do mérito acima mencionadas.

Vide por exemplo, Processo n.º 156/2000, Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003:

“Em face do acima observado e considerando, na esteira dos arestos deste Tribunal de Segunda Instância, de 23 de Janeiro de 2003 no Processo n.º 214/2002, de 11 de Abril de 2002 no Processo

n.º 17/2001 e de 30 de Maio de 2002 no Processo n.º 40/2002, que, in casu, só se pode proceder à mera revisão formal da decisão revidenda, porquanto nenhum dos requeridos citados veio impugnar sequer o pedido de exequatur com base no n.º 2 do art.º 1202.º do CPC (...)"⁵⁰.

Ou, Processo n.º 819/2017, Acórdão de 28 de Junho de 2018, acção especial de revisão e confirmação da sentença proferida pelo Supremo Tribunal de Nova Gales do Sul, Austrália (concessão de crédito):

“Vejamos, então, os requisitos do art. 1200º, do CPC. Antes de mais, cumpre salientar que é sobre a parte requerida que recai o ónus de prova da inexistência dos requisitos de confirmação estabelecidos no art. 1200º do CPC (entre outros, na jurisprudência comparada, o Ac. STJ, de 21/02/2006, Proc. n.º 05B4168).”⁵¹.

Ou, Processo n.º 91/2019, Acórdão de 27 de Junho de 2019:

“Antes de mais, cumpre salientar que é sobre a parte requerida que recai o ónus de prova da inexistência dos requisitos de confirmação estabelecidos no art. 1200.º do CPC (entre outros, na jurisprudência comparada, o Ac. STJ, de 21/02/2006, Proc. n.º 05B4168; tb Ac. do TSI, de 28/06/2018, Proc. n.º 819/2017). Quer dizer, relativamente àqueles requisitos, geralmente basta ao requerente a sua invocação, ficando dispensado o requerente de fazer a sua prova positiva e directa, já que os mesmos se presumem (neste sentido, Ac. TSI, de 3/07/2014, Proc. n.º 142/2013)”⁵².

Em termos gerais, podemos afirmar que as disposições da Convenção não conflituam com a legislação local, pelo que a aplicação da Convenção não irá produzir ou implicar alterações significativas no ordenamento jurídico vigente em virtude de as normas da RAEM serem compatíveis com as disposições da Convenção.

A Convenção visa estabelecer uma espécie de mecanismo automático de reconhecimento ou execução de uma decisão, porém este processo deve ser efectuado de acordo com a lei interna do Estado Requerido e obedecer ao crivo

50 P. 5.

51 P. 9.

52 P. 14.

da revisão formal, neste contexto, temos algumas dúvidas quanto ao impacto processual da Convenção e à efectiva celeridade do processo.

Pelo que se coloca a questão de se saber se existem vantagens para a sua aplicabilidade na RAEM?

Pensamos que sim. Apesar de a legislação do sector mais expressivo da actividade económica local, indústria do jogo, estabelecer um ‘regime de especial’ em termos de *foro*, afastando qualquer sentença estrangeira que possa eventualmente resolver um litígio relacionado com a concessão de crédito para o jogo⁵³ (fá-lo especificamente para essas questões), trata-se de uma Convenção moderna que abrange matérias como os direitos dos consumidores, *trust* e algumas matérias relacionadas com a concorrência e tem como principal objectivo dar executoriedade externa a sentenças que visam resolver litígios de natureza civil e comercial, de carácter transnacional.

A RAEM é uma Região com 30km², em cuja actividade económica se destaca efectivamente o sector do jogo, mas é também uma cidade de comércio, negócios e investimento, fortemente voltada para o turismo de grande escala, em que constituem ainda sectores relevantes a hospitalidade, os eventos, convenções e exposições, os serviços e a construção civil. Cidade com a maior densidade populacional do mundo, com mais de 600.000 habitantes de diversas nacionalidades, regista cerca de três milhões de visitantes por mês (2019),⁵⁴ factores que propiciam um elevado fluxo de relações jurídicas pluri-locais de natureza diversa, nomeadamente civil, laboral e comercial.

A aplicação da Convenção na RAEM justifica-se pelas características

53 Com efeito, determina o art. 8.º, n.º 6 da Lei n.º 5/2004, do Regime Jurídico da Concessão de Crédito para Jogo ou para Aposta em Casino, que os “contratos [de concessão de credito] devem conter, obrigatoriamente, cláusulas relativas à obrigação, assumida pelas partes, de renúncia a foro especial e submissão à lei vigente na Região Administrativa Especial de Macau e, no caso do contrato referido no n.º 3 do artigo 5.º, cláusulas relativas à renúncia à utilização de substitutos ou ao recurso a subagentes, conforme o caso [promotor de jogo]. Nos termos da lei só podem conceder crédito (i.e. quando um concedente de crédito transmita a um terceiro a titularidade de fichas de jogos de fortuna ou azar em casino sem que haja lugar ao pagamento imediato, em dinheiro, dessa transmissão), as concessionárias, subconcessionárias e os promotores de jogos de fortuna ou azar em casino autorizados. Nos termos da lei, só podem existir as seguintes relações de concessão de crédito: 1) Entre uma concessionária ou subconcessionária, na qualidade de concedente, e um jogador ou apostador, na qualidade de concedido; 2) Entre um promotor de jogo, na qualidade de concedente, e um jogador ou apostador, na qualidade de concedido; ou 3) Entre uma concessionária ou subconcessionária, na qualidade de concedente, e um promotor de jogo, na qualidade de concedido (cfr. arts. 1.º, 2.º e 3.º). De frisar que o termo “subconcessionárias” não consta da Lei n.º 16/2001, “Regime Jurídico da Exploração de Jogos de Fortuna ou Azar em Casino”, nem da Lei n.º 17/2022 que altera aquele regime.

54 Dados de 2019 da Direcção de Serviços de Estatística e Censos, disponíveis em: <http://www.dsec.gov.mo/>.

próprias da Região (geografia, mobilidade e coexistência) enquanto polo de relações jurídicas e de potenciais conflitos, reforçando o carácter internacional da Região ao reconhecer e executar decisões judiciais estrangeiras no território.

Por outro lado, pode ser igualmente relevante no contexto das relações económicas e comerciais com os Países Lusófonos, considerando em particular o Fórum para a Cooperação Económica e Comercial entre a China e os Países de Língua Portuguesa (Fórum de Macau), criado em 2003, para o reconhecimento e execução de sentenças de modo célere e eficaz entre estes países nas suas relações comerciais, assim como no contexto inter-regional, como um modelo de cooperação judiciária inter-regional, incluindo o Acordo-Quadro para o Reforço da Cooperação Guangdong-Hong Kong-Macau e Promoção da Construção da Grande Baía, num país em que coexistem três sistemas jurídicos, três moedas de referência e mercados comerciais e financeiros diferenciados.

IV. Conclusões

A aplicação desta Convenção visa precisamente agilizar as formalidades e prazos de reconhecimento ou execução das sentenças, e sendo a RAEM um centro de comércio, turismo e lazer, sectores que implicam a existência de um elevado número de transacções civis e comerciais, acreditamos que a extensão da aplicação da Convenção à RAEM será benéfica e não trará muitos desafios legais no que diz respeito à conformidade com as obrigações internacionais nela estabelecidas. Por outro lado, pode também ser útil no contexto das relações económicas e comerciais com os Países Lusófonos, considerando em particular o Fórum para a Cooperação Económica e Comercial entre a China e os Países de Língua Portuguesa, para o reconhecimento e execução de sentenças de modo célere e eficaz entre estes países, assim como no contexto inter-regional, como um modelo de cooperação judiciária inter-regional, num país em que coexistem três sistemas jurídicos, três moedas de referência e mercados comerciais e financeiros diferenciados.



**ARTIGOS SELECCIONADOS POR
REVISÃO POR PARES**



REDUÇÃO DA PERDA DE CHANCE

Isabel Figueiredo

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Não há consenso sobre a indemnizabilidade da perda de chance. A principal objecção respeita ao potencial enriquecimento injustificado do lesado: Se este podia não ter ganho o concurso, então receber o prémio por inteiro é manifestamente excessivo. Defende-se aqui que reduzindo o âmbito pode tornar-se operacional um núcleo duro que clama indemnização. Esta não será no valor do dano final, mas equivalente a proporcionar apenas uma nova chance de participar e ganhar. Quanto mais séria a chance, menos sustentável é a não compensação.

O ressarcimento pressupõe: (1) um incumprimento obrigacional do lesante; (2) um dano final consumado (3) uma chance *real*: o cumprimento podia realmente ter evitado o efeito indesejado (4) a chance era suficientemente *séria*: o incumprimento aumentou substancialmente a probabilidade de se verificar o dano consumado.

Sendo impossível a restauração natural de uma nova chance, a avaliação do dano será no mínimo a remuneração que o inadimplente tenha recebido e no máximo o valor do dano final. O nível de contributo causal e o grau de culpa relevam para calibrar esta avaliação equitativa.

Palavras-chave: Dano; responsabilidade culposa; perda de chance; causalidade; indemnização.

1. O problema da chance como um dano

A chance perdida é conceptualmente de um *minus* em relação a um dano

final, na medida em que não se prescinde de uma efectiva perda final. PAULO MOTA PINTO apresenta uma noção lúcida de chance¹, como sendo “justamente (inversamente do risco), a possibilidade ou oportunidade de obtenção de um benefício, em sentido lato, incluindo de evitar um prejuízo”².

Pode ser útil a aproximação ao paradigma contratual, quando existe um dever jurídico concreto de proporcionar a chance, quando houve um indiscutível incumprimento e a chance é suficientemente séria, ou seja, que a chance preterida teria contribuído substancialmente para evitar a produção do dano final³.

O postulado clássico de CAETANO é que só a lesão a um direito já consolidado na esfera do lesado pode ser indemnizável, não bastando uma mera aspiração ou simples esperança de uma eventual obtenção de benefício. Mas a rigidez excessiva desta posição havia já sido questionada pela escolástica antiga, entendendo-se antes que a justiça comutativa clama uma compensação pela supressão de um benefício, desde que real e fundado. A premissa de CAETANO foi, não obstante, retomada pela doutrina alemã e inglesa do séc. XIX, em consonância com as escolas de pensamento predominantes na época⁴.

A chance perdida não exige que haja sido atingido um direito subjectivo. De resto, o nosso ordenamento tutela aquilianamente também meros interesses legalmente protegidos, pelo que pelo menos ao nível da letra da lei não é liminarmente afastada uma indemnizabilidade. No presente trabalho pensa-se sobretudo na chance patrimonial, mas não só.

2. Enquadramento histórico e comparado

A origem do conceito encontra-se no desenvolvimento encetado pela jurisprudência francesa de um caso de chance processual, em que foi indemnizada a impossibilidade de prossecução de um processo judicial⁵. Foi obstada a oportunidade de obter vencimento na lide, assim se consumando a lesão, sem apelo

1 Dispensa-se o itálico, porque o galicismo se tornou corrente. PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 174; JORGE GODINHO, *Direito do Jogo*, 2016, p. 151.

2 PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 176.

3 Só releva a situação indesejada que se concretizou numa efectiva diminuição patrimonial, também no âmbito contratual, não estando em causa o problema de sinalagma, mas de dano. Por todos, MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Obrigação primária e obrigação de indemnizar”, 2011. Um conceito alargado de sinalagma é proposto por MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 2010, p. 355 e ss. E ainda MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, 2008, p. 379 a p. 430.

4 GORDLEY, *Foundations of Private Law*, 2006, p. 268.

5 Acórdão da *Cour de Cassation* de 17 de Julho de 1889.

nem agravo. A chance preterida decorria de um risco jurídico. A parte processual podia ou não ter ganho a causa, em maior ou menor medida, dependendo de inúmeras circunstâncias.

Outros núcleos paradigmáticos da perda de chance, além da responsabilidade do advogado⁶, são a preterição de participação em concurso⁷, a ruptura de negociações, a promoção na carreira⁸ ou o tratamento médico de sucesso incerto⁹.

-
- 6 LORENZ e MARKESINIS, “Solicitor’s liability towards third parties: back into the troubled waters of the contract/tort divide”, 1993, p. 558 a p. 566. E também o caso canadiano *Jacobsen Ford – Mercury Sales Ltd v. Sivertz* [1980] WWR 141.
- 7 No *common law* temos o concurso de selecção de actriz, *Chaplin v. Hicks* [1911] 2 KB 786. De 6.000 concorrentes, Chaplin venceu no respectivo distrito, sendo, portanto, uma das 50 finalistas, entre as quais 12 vencedoras seriam escolhidas. Mas Hicks incumpriu ao não a notificar da entrevista, pelo que foram seleccionadas outras candidatas. O júri fixou uma indemnização de 100 libras esterlinas. Por todos, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual negativo e perda de chance*, 2011, e ESPERANÇA MEALHA, “Responsabilidade civil nos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos: notas ao artigo 7.º/2 da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”, 2008, p. 99 a p. 120. Recorde-se o caso interessante que se passou na China, entre 1990 e 1998. Chen Xiaopi interceptou a notificação de admissão ao ensino superior de Qi Yù Líng (Qi Yuling, 齐玉苓) e fez-se passar por esta no curso e depois também no emprego que desde o início era garantido às candidatas que obtivessem aprovação no curso. O caso ficou conhecido como precursor na invocação directa da Constituição. Em inglês, MORRIS, “China’s Marbury: Qi Yuling v. Chen Xiaopi – The once and future trial of both education & Constitutionalization”, 2012. Do ponto de vista da probabilidade de conclusão do curso, os decisores terão assumido que, se Chen chumbou e conseguiu terminar o curso, então Qi também teria conseguido. O dolo e o enriquecimento sempre favorecem a imputação de danos. A responsabilidade do pai da estudante será mais adequada na China do que seria talvez na Europa, por aspectos culturais lapidariamente explicados por HAO JIANG, “Chinese tort law: Between tradition and transplants”, p. 386 e ss. e p. 394 e ss.
- 8 Em França decidiu-se indemnizar a *perte d’une chance d’évolution favorable de l’activité professionnelle* (Civ. 2, 9 de Julho de 1954) e também a chance de promoção perdida, num caso de lesão à integridade física (Civ. 2, 3 de Novembro de 1972, 667). Há ainda a decisão de 13 de Novembro de 1985 (Bull. 1985, II, n.º 172). Salvo melhor opinião, esta chance não devia ter sido indemnizada, por a promoção do lesado ser demasiado incerta. Em Itália considerou-se que a chance era uma nova forma de direito absoluto no caso *Baroncini v. Enel*, da *Corte di Cassazione* de 19 de Dezembro de 1985 (n.º 6506, FI 1986, I, com anotação de PRINCIGALLI). Neste caso, o concorrente apresentou-se a dois concursos, para duas colocações diferentes, sendo que preferia a segunda opção. A sua candidatura foi excluída ilicitamente neste processo, por ter sido já seleccionado no primeiro concurso. Em Portugal, há o Acórdão do STA de 24 de Outubro de 2006 (FERNANDA XAVIER) em que um afastamento compulsivo ilegal impediu a promoção do guarda fiscal a cabo. No Acórdão do STJ de 22 de Outubro de 2009 (JOÃO BERNARDO), uma professora perdeu a oportunidade de obter uma classificação “excelente” por dolo do Presidente do Conselho Directivo da escola, com quem se dava mal. Não recebeu a diferença de vencimento, mas foi-lhe arbitrada uma compensação de 10.000,00 Euros pela profunda angústia, ansiedade, desgosto, frustração e tristeza causados.
- 9 PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 174 e ss.; RUTE TEIXEIRA PEDRO, *A*



Em França, se a chance for real e séria, pode ser concedida uma indemnização parcial do dano final, na medida da probabilidade da chance perdida, sobretudo no âmbito da responsabilidade profissional de médicos e advogados.

Também em Espanha a questão se coloca a propósito da responsabilidade de advogados¹⁰. A jurisprudência tem considerado a perda como um dano “moral”, a avaliar equitativamente, tendo em atenção o grau de probabilidade de não verificação do evento danoso.

No *common law* foi atribuída uma indemnização inferior ao dano final em 1958¹¹, muito embora na Inglaterra só tenha sido abolida em 1969 a imunidade dos *barristers*¹². Em vez de um enquadramento teórico minimamente robusto, surgiram vários argumentos, incluindo o *overkill* e o desconforto em ter de fazer um julgamento dentro do julgamento, em reabrir um caso transitado em julgado e arriscar uma contradição entre decisões¹³. Também em relação à responsabilidade médica, o enfoque foi no dever de informar prévia e devidamente de todos os riscos¹⁴. Há ainda o caso do advogado que foi demandado pelas filhas do *de cuius*: o pai arrependeu-se de tê-las deserdado e mandou alterar o testamento, mas o advogado atrasou-se e não cumpriu as instruções em tempo¹⁵. WRIGHT propõe que a exposição ao risco seja em si equiparada a uma lesão, autonomamente considerada¹⁶.

Num caso de deficiente consultadoria jurídica, prestada na aquisição de

responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado, 2008; CLÁUDIA MONGE, “Responsabilidade civil na prestação de cuidados de saúde nos estabelecimentos de saúde públicos e privados”, 2014; BRUNA DE SOUSA, *Da Perda de Chance na Responsabilidade Civil do Médico*, 2022.

10 Decisões do *Tribunal Supremo* de 8 de Abril de 2003 (processo n.º RJ2956), de 29 de Maio de 2003 (processo n.º RJ3914) e de 20 de Maio de 1996 (processo n.º 3793).

11 Em *Kitchen v. Royal Air Force Association* [1958] foi concedida indemnização proporcional, por uma acção judicial não ter sido intentada. O *solicitor* não assegurou a emissão do *writ* em tempo, depois de um membro da Royal Air Force ter morrido electrocutado na sua cozinha.

12 *Rondel v. Worsley*, [1969] 1 AC 191.

13 HONDIUS questiona na responsabilidade profissional: “The suggestion sometimes overheard that the distinction has to do with the professional having an academic background or not, is of course wholly slanderous (well, is it?)”, in “Professional liability”, 2015, p. 227.

14 *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41.

15 *White v. Jones* [1995] 2 AC 207. Já antes havia sido decidido o caso dos advogados que não informaram que o testamento seria inválido, se a testemunha for parte interessada *Ross v. Caunters* [1980] Ch 297. A indemnização foi concedida, [1982] 3 All E.R. 201. Veja-se um caso semelhante na Alemanha, em que o BGH se pronunciou a favor da responsabilidade contratual a 6 de Julho de 1965, com anotação de LORENZ na *Juristenzeitung*, 1966, p. 141. Cfr. LORENZ, “Anwaltshaftung wegen Untätigkeit bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen”, 1995, p. 317 e ss.

16 WRIGHT, “Causation in Tort Law”, 1985, p. 1813 e ss.

uma sociedade com inesperadas dívidas ocultas, lê-se na decisão que “the plaintiff must prove as a matter of causation that he has a real or substantial chance as opposed to a speculative one”. Considerou-se ser matéria de Direito fixar “where causation ends and quantification of damage begins”¹⁷.

Na Alemanha intui-se por vezes algum desprezo pela figura, apesar da afinidade com a teoria de elevação do risco. JANSEN admite que a perda de chance pudesse ser uma solução possível para obviar a uma série de soluções iníquas. Contudo, por não haver preço da chance em si, uma vez que não existe um mercado de livre oferta e procura de chances, JANSEN reconhece a dificuldade na respectiva avaliação¹⁸. Também esta objecção é real e razoável, mas prova demais e é ultrapassável. No Direito, a existência de indemnização pode ter um efeito formativo no conceito de dano, influenciando-o e moldando-o, como na espiral hermenêutica¹⁹. O Direito conseguiu sobreviver a outros casos de maior dificuldade de avaliação, habituado a juízos de analogia, equidade²⁰ e balizas de discricionariedade fundamentada. Na perda de chance existe um horizonte rigoroso, o valor do dano final, ao contrário dos danos morais, onde se aceita maior arbitrariedade²¹.

MÄSCH entende que no âmbito contratual se deve distinguir nos contratos de empreitada e naqueles de prestação de serviços, sempre que o respectivo objecto seja constituído pela preservação de uma chance²². O Autor dá um certo enfoque ao incumprimento obrigacional, na origem da chance. Este parece ser frequentemente descuidado, mesmo quando o lesado é o credor e pagou pela chance. Em matéria de responsabilidade médica, os tribunais na Alemanha têm resolvido o problema ao nível da prova e da distribuição do respectivo ónus, mantendo a

17 STUART-SMITH na decisão do *Court of Appeal* no processo *Allied Maples Group Ltd v. Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602, [1995] 4 All ER 907.

18 JANSEN, “The idea of a lost chance”, 1999, p. 279 e p. 289.

19 ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 401 e ss.

20 CARNEIRO DA FRADA, *Forjar o Direito*, 2015, p. 653 e ss.

21 “It is widely agreed that the actual amount of money to be awarded for non-economic losses in case of physical injury will be arbitrary (...) Perhaps one could think about how much money it would take to buy pleasure or happiness in an amount to offset the loss the victim suffered (...) there is merit in treating like cases alike. This concept is called ‘horizontal equity’. So too it would seem only fair that those with more serious injuries should receive more money than those with less serious injuries. This concept is called ‘vertical equity’”, SUGARMAN, in “Tort damages for non-economic losses: Personal injury”, 2015, p. 330 e p. 332. Em termos comparativos, o Autor aponta Portugal e Dinamarca como sendo “the low payers”, *idem*, p. 338. Este aspecto tem vindo a ser criticado há muito tempo por MENEZES CORDEIRO.

22 MÄSCH, *Chance und Schaden*, 2004, p. 242 e ss.

tortuosa opção entre “tudo ou nada” do dano final²³.

Na Áustria, KOZIOL entende que a solução passa antes por uma co-responsabilidade ou autoria alternativa. E releva, para avaliar o dano positivo, o valor real da probabilidade²⁴. Em Itália a recepção da figura deu-se por via jurisprudencial, com críticas²⁵. No Direito europeu foi positivado o dever de indemnizar concorrentes preteridos nos processos de contratação pública²⁶.

Os Princípios Unidroit sobre os Contratos Internacionais prevêem no artigo 7.4.3 n.º 2 uma indemnização proporcional à probabilidade da realização da expectativa gorada. O n.º 1 do mesmo preceito pressupõe a determinabilidade de um razoável grau de certeza do prejuízo. E dispõe o n.º 3 que a indemnização será fixada discricionariamente pelo tribunal na eventualidade de não ser possível uma determinação do prejuízo, com suficiente certeza. Uma semelhante redacção é proposta pelo grupo de Tilburg²⁷.

3. Direito de Portugal

Vejamos como é visto o problema no Direito da responsabilidade civil português, primeiro na doutrina e subseqüentemente na jurisprudência.

-
- 23 BGH NJW, p. 630 e ss; BGH MDR 1987, p. 225 e ss, BGH, GesR 2011, p. 98 e ss. Sem prejuízo de poderes inquisitórios do tribunal para repor alguma igualdade processual das partes, BGH VersR 2004, p. 1177; OLG Oldenburg, NJW 1997, p. 535; BGH VersR 2008, p. 1265 e ss; OLG Stuttgart, VersR 1991, p. 229. Cfr. WALDKIRCH, *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*, 2018.
- 24 Não é claro, porém, se para o Autor o momento actual é aquele em que se verificou a perda da chance ou aquele posterior, em que se liquida o valor a indemnizar. “Bei der Berechnung des positiven Schadens ist der gegenwärtige Wert der Chance zu berechnen, der sich maßgeblich nach der Wahrscheinlichkeit der Erzielung des Gewinnes richtet”, KOZIOL, in “Schadensersatz für den Verlust einer Chance?”, 2001, p. 240.
- 25 Sentenças da *Corte di Cassazione* de 19 de Novembro de 1983, de 19 de Dezembro de 1985, de 5 de Junho de 1996 e de 13 de Dezembro de 2001.
- 26 Em especial, no artigo 2.º n.º 1 alínea d) da Directiva n.º 92/13/CEE do Conselho de 25 de Fevereiro de 1992. O Tribunal de Justiça parece ter admitido a indemnização de oportunidade de negócio perdida, ao reduzir a indemnização por lucros cessantes a 10% das aquisições canceladas. Estas operações sofreram um aumento extraordinário muito suspeito, mal se tornou evidente a cobrança indevida de direitos niveladores, por *faute du service* na aplicação errónea de um Regulamento. O Tribunal considerou especulativos os pedidos de indemnização, nos processos apensos n.º 5/66, 7/66, 13/66, 14/66, 15/66, 16/66, 17/66, 18/66, 19/66, 20/66, 21/66, 22/66, 23/66, 24/66, *Kampffmeyer e outros v. Comissão*.
- 27 Artigo 3:106 dos *Principles of European Tort Law*. Segundo um dos Autores, a redacção inspirou-se na ideia de indemnização proporcional para a perda de chance, o que não se considerou ser a solução ideal, mas a melhor para alguns casos. SPIER, “Causation”, 2005, p. 57.

MENEZES CORDEIRO²⁸ e PAULO MOTA PINTO²⁹ entendem não valer a figura. SINDE MONTEIRO não considera haver motivos suficientes para descartar a figura³⁰, pelo contrário³¹. SIDÓNIO PEREIRA RITO já dava o exemplo de interesse legítimo o caso de concurso para a função pública³². JÚLIO GOMES entendia não valer a regra da respectiva ressarcibilidade, porque não se esclarecia se constitui dano emergente ou lucro cessante, nem encobre questões distintas: o nível do dano e o nível da causalidade³³. O Autor considerava não relevar a perda de chance, na medida em que se trata de causalidade probabilística e por isso representa uma ruptura com a concepção clássica de causalidade consagrada no artigo 563.º do Código Civil português, equivalente ao artigo 557.º do Código Civil de Macau. O Autor veio posteriormente manifestar dúvidas, se em caso de densificação da probabilidade não seria preferível uma revisão normativa que permitisse um recurso à equidade³⁴. CARNEIRO DA FRADA admite-a na responsabilidade obrigacional, mas já não na delitual, se não se verificar “a violação de uma norma cujo escopo seja precisamente a salvaguarda da ‘chance’”³⁵.

-
- 28 MENEZES CORDEIRO relembra que condenar alguém a pagar tem sempre um sentido expropriativo ou confiscatório, *Tratado de Direito Civil, – Parte Geral, Negócio Jurídico*, vol. II 2014, p. 288. Considera não poder prescindir-se do nexo de causalidade, nem que alguém fique numa posição mais favorável do que estaria com a supressão de todo o risco.
- 29 PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, 2008, p. 1103 e p. 1103 a p. 1107, n. 3103. Crítica “o efeito de transformar o lesante em *garante da probabilidade de sucesso* de cada titular da chance, quando esta, por definição, não oferecia nada garantido”, *idem*, p. 1106. O Autor reconhece, no entanto, às soluções gradualistas “a vantagem de evitar uma passagem brusca da ausência do dever de indemnizar à afirmação da responsabilidade total”. Mas conclui que, dada a incerteza, podem conduzir a um enriquecimento do lesado, PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 181.
- 30 SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, p. 297 e p. 300. Também admitem a perda de chance JAIME DE GOUVEIA, *Da responsabilidade contratual*, 1932, p. 93; ÁLVARO DIAS, *Dano corporal*, 2001, p. 250 e ss.
- 31 Considera não haver dúvidas sobre a ressarcibilidade da *chance perdue*, SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, p. 615. “Se esta possibilidade existia realmente e era séria, então a *chance* parece entrar no domínio do dano ressarcível”, SINDE MONTEIRO, “Aspectos particulares da responsabilidade médica”, *Direito da Saúde e Bioética*, 1991, p. 146.
- 32 SIDÓNIO PEREIRA RITO, *Elementos da responsabilidade civil delitual*, 1946, p. 18.
- 33 JÚLIO GOMES, “Sobre o dano de perda de chance”, 2005, p. 25.
- 34 JÚLIO GOMES, “Ainda sobre a figura do dano de perda de oportunidade ou perda de *chance*”, 2012, p. 29.
- 35 CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil – Responsabilidade Civil – o Método do Caso*, 2006, p. 104.

RUI CARDONA FERREIRA³⁶ defende uma possível autonomia da perda de chance em danos não patrimoniais, nomeadamente por acto médico. Quando se trate de danos patrimoniais, porém, reconduz a questão a um problema de causalidade, de acordo com a teoria da conexão de risco de ROXIN, não se opondo a isso o disposto no artigo 557.º do Código Civil de Macau. ALEXANDRA LEITÃO perspectiva não se tratar de um problema de causalidade, mas antes de determinação do montante da indemnização³⁷. PEDRO MÚRIAS e LURDES PEREIRA recusam autonomia da figura, por se resolver melhor as questões levantadas ao abrigo do disposto no artigo 566.º n.º 3 do Código Civil português³⁸. NUNO TRIGO DOS REIS considera tratar-se de um problema de grau de prova vigente, uma matéria de Direito substantivo, e de saber qual a parte onerada com o risco processual de incerteza sobre os factos³⁹. NUNO SANTOS ROCHA advoga a implementação da figura como dano autónomo na responsabilidade delitual, contratual e pré-contratual⁴⁰. Defende que a análise dos casos de perda de chance deve deixar de centrar-se na causalidade, mas passar antes por um alargamento do conceito de dano, tendo em conta os limites do que humanamente se julga poder saber acerca dos processos causais⁴¹. RICARDO PEDRO aceita uma indemnização meramente parcial, a pagar pelo Estado, nos casos difíceis de mau funcionamento da administração da justiça⁴². PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA propõe uma dupla avaliação para determinação da indemnização: o dano final e a probabilidade de este ter sido evitado⁴³. Também ANA AMORIM parece

36 Em relação a uma preterição ilícita de concorrente em concurso público, entende RUI CARDONA FERREIRA que o dever de indemnizar decorre de um eventual dever de contratar violado: “Em conclusão, cremos que a *autonomia* e a *especificidade* do dano de perda de *chance* não podem deixar de se afigurar bastante duvidosas. Na verdade, a questão do seu enquadramento dogmático nem está encerrada nem é simples, não constituindo a perda de *chance* um problema de *regime*, mas de sistema, ainda que não indiferente aos dados de direito positivo”, RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual negativo e perda de chance*, 2011, p. 142.

37 ALEXANDRA LEITÃO, *A protecção judicial dos Terceiros nos Contratos da Administração Pública*, 2002, p. 426.

38 MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS, “Obrigação primária e obrigação de indemnizar”, 2011.

39 NUNO TRIGO DOS REIS, “Anotação ao Artigo 3.º”, 2018, p. 350.

40 SANTOS ROCHA, *A Perda de Chance como uma nova espécie de dano*, 2015 (reimpressão), p. 63 e ss. e p. 101 e s.

41 *Ibidem*.

42 RICARDO PEDRO refere “sujeitando-se ao cálculo de probabilidade como parâmetro de valoração”, *Responsabilidade civil do Estado pelo mau funcionamento da administração da justiça*, 2016, p. 381.

43 PATRÍCIA CORDEIRO DA COSTA, *Causalidade, Dano e Prova*, 2016, p. 139 e ss., p. 144 e ss.

admitir a figura⁴⁴.

A jurisprudência encontra-se dividida, talvez denotando recentemente uma maior receptividade à perda de chance⁴⁵.

44 ANA AMORIM, *A responsabilidade do médico enquanto perito*, 2019, p. 140 e s.

45 A decisão do STJ de 11 de Janeiro de 2017 (ALEXANDRE REIS) manteve, e bem, a condenação da advogada por extemporaneidade da interposição do recurso penal, apesar de considerar que por regra a perda de chance não é indemnizável. E ainda o Acórdão do STJ de 10 de Março de 2011 (TÁVORA VICTOR) decidiu também num caso de responsabilidade do advogado: “A chance, quando credível, é portadora de um valor de *per se*” e fixou um valor equitativo, além dos danos não patrimoniais. Também no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28 de Maio de 2013 (FERNANDO SAMÕES) considerou-se haver dano por não ter sido submetida petição corrigida “quando a probabilidade de ganho for elevada”. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Maio de 2008 (GRANJA DA FONSECA) decidiu-se pela indemnização de 2.000 Euros, cerca de metade do valor da acção e das respectivas custas, pela chance perdida de não ser condenado, por causa da ausência da advogada, constituinte e testemunhas em audiência, que deixou o recurso deserto. No Acórdão do STJ de 19 de Dezembro de 2018 (FONSECA RAMOS) admite-se haver direito à indemnização por perda de chance processual, mas considerou-se não ter sido a possibilidade de ganho suficientemente séria no caso, por insolvência da Ré. Também acolheram a figura os Acórdãos do STJ de 28 de Setembro de 2010 (MOREIRA ALVES), de 5 de Fevereiro de 2013 (HÉLDER ROQUE), de 14 de Março de 2013 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), de 28 de Abril de 2014 (ARMINDO MONTEIRO), de 9 de Dezembro de 2014 (SEBASTIÃO PÓVOAS), de 2 de Novembro de 2017 (MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA), e de 5 de Julho de 2018 (MARIA DA GRAÇA TRIGO). O Acórdão de 26 de Outubro de 2010 (AZEVEDO RAMOS) entendeu ser uma forma excepcional de dano. No Acórdão do STJ de 1 de Julho de 2014 (FONSECA RAMOS) admite-se a figura, mas recusa-se a indemnização por a chance de condenação não ter sido suficientemente séria, no recurso não interposto. Também o já referido Acórdão do STA de 24 de Outubro de 2006 (FERNANDA XAVIER) concedeu indemnização pela chance perdida de progressão na carreira na Guarda Fiscal. E em sentido de não admitir a perda de chance, porém, decidiu o mesmo STJ nos Acórdãos de 29 de Abril de 2010 (SEBASTIÃO PÓVOAS), de 29 de Maio de 2012 (JOÃO CAMILO) e de 18 de Outubro de 2012 (SERRA BAPTISTA). O Acórdão do STA de 29 de Novembro de 2005 (ALBERTO AUGUSTO OLIVEIRA) recorreu à equidade, ao abrigo do disposto no artigo 566.º n.º 3 do Código Civil de 1966, para liquidar o dano real, mas de difícil quantificação, decorrente da não execução de sentença de anulação de um acto de adjudicação em contratação pública, por causa legítima. Afastou os gastos com a participação. Sobre os poderes para reapreciar o “julgamento dentro do julgamento”, em sede de recurso, debruçou-se o Acórdão do STJ de 30 de Novembro de 2017 (TOMÉ GOMES), e o Acórdão do STJ de 30 de Maio de 2019 (TOMÉ GOMES) mandou baixar o processo. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 16 de Maio de 2019 (CRISTINA NEVES) considera que “a participação de um facto não verídico à Central de Responsabilidades de Crédito junto do Banco de Portugal constitui sempre uma ofensa ao crédito e bom nome”, mas que o dano é uma chance perdida, diferente do dano final, que cumpre quantificar. Decidiu-se que a indemnização deve corresponder à chance, e não ao dano final incerto, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30 de Junho de 2015 (MARIA ADELAIDE DOMINGOS), porque a avaliação deve ser apurada “em dois passos: (1) avaliação do valor do dano final; (2) fixar o grau de probabilidade de obtenção da vantagem ou o grau em que o prejuízo foi evitado, traduzindo num valor percentual”. Na visão aqui defendida, a intensidade do dever de indemnizar depende da intensidade do dever incumprido, que era de proporcionar a chance preterida. A indemnização

Há evidentes hesitações quanto ao enquadramento teórico. Binómios de uma só opção, de tudo ou nada, parecem mais simples, mas podem afinal criar embaraços muito maiores ao decisor. O polícia que permite o roubo não deve ser tratado como o ladrão que rouba, mas também não como o polícia bom, aquele que evita o roubo. Ter de optar entre os dois extremos obriga ao erro.

4. Argumentos e soluções

É frequente pensar-se sobretudo no dano final, no produto do roubo, em vez de dar protagonismo à chance em si, um interlúdio mental invisível, não tangível. O Direito conhece outros casos de causalidade complexa, meramente contributiva, e os tribunais resolvem a repartição de culpas com recurso à equidade.

Uma objecção pertinente levantada por PAULO MOTA PINTO é o facto de a incerteza da chance, por definição, implicar um potencial enriquecimento injustificado do lesado, porque nunca se saberá qual teria sido o resultado final do percurso causal⁴⁶. A lotaria podia não ter sido ganha, caso em que se perderia todo o dinheiro gasto na aposta. A indemnização ideal será sempre uma nova cautela e nunca o incerto prémio final. O jogador só decide incorrer na despesa para participar no jogo porque existe essa incerteza temporária. O bem jurídico comprado é a esperança temporária, mas fundada, de poder vir a ganhar. Há um direito a que exista a chance, durante o prazo combinado. Se a chance não existir, há incumprimento. Se a rifa comprada nunca esteve na tómbola, no mínimo há direito ao reembolso, porque nesse caso não comprou coisa nenhuma, foi enganado. Tal como, reversamente, o contrato de seguro é contratado para a eventualidade de um sinistro que pode nunca vir a ocorrer⁴⁷. Nem por isso o pagamento do prémio foi em troco de nada. Não é o resultado final que determina o interesse jurídico e a consistência da contraprestação, mas a incerteza intermédia quanto ao resultado final.

A objecção ainda assim é central e substancial. A solução mais adequada passa por reduzir o dano: considerar a chance em si em vez do dano final. E também por elevar a bitola de exigência de seriedade da chance e de grau de probabilidade de contributo causal, em consonância com o juízo de analogia

varia não apenas pela intensidade do dever incumprido, mas do próprio dano causado. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Abril de 2016 (ILÍDIO SACARRÃO MARTINS) foi recusada a mera perda de chance.

46 PAULO MOTA PINTO, “Perda de chance processual”, 2016, p. 181, p. 185 e p. 191.

47 MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de Seguro e Terceiros*, 2010, p. 355 e ss., *idem*, “O risco e as suas vicissitudes”, 2013, p. 275 e ss.

poliar para com situações semelhantes⁴⁸. O agente só deve poder ser eximido da responsabilidade pela eliminação da chance se houver uma quase certeza de que a lesão ocorreria, mesmo sem uma qualquer actuação ilícita da sua parte⁴⁹. Assim, para a responsabilidade do advogado faz-se um “processo dentro do processo” para saber qual teria sido a decisão mais provável, se a defesa tivesse sido apresentada em tempo. Quanto mais séria a chance, mais pálido é o receio justificado de estar a enriquecer o lesado. Para a responsabilidade médica, se se concluir que, com oxigénio, o paciente teria sobrevivido, então temos uma clara analogia com a lesão directa ao direito à vida, *tout court*. A chance estará então perto do dano final. Os tribunais ingleses têm exigido pelo menos 50% de chance de cura em casos de responsabilidade médica⁵⁰. Em Macau temos o caso infeliz em que a entubação por erro foi feita para o esfago em vez da traqueia da menina. O hospital demorou uma hora e meia a percebê-lo, com efeitos mortais. Aos pais foi arbitrada uma indemnização de 100.000,00 patacas⁵¹. Nesta matéria é incontornável o trabalho de RUTE TEIXEIRA PEDRO “*A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*”.

É impossível negar que a chance seja muito diferente do paradigma clássico de um bem corpóreo transaccionável num mercado e essa nebulosidade condiciona a percepção possível de dano. No entanto, é de enfatizar o incumprimento que está na origem da perda de chance, sobretudo quando haja remuneração directa pelo serviço imaterial que devia ter sido prestado. Nesse caso, a chance teve preço.

Talvez seja excessivo temer a perda de chance, “de contornos indeterminados e flexíveis, e que apresenta – sempre justificada por argumentos de índole pragmática e funcional – esta inevitável capacidade de abalar as fundações da responsabilidade civil (o dano e o nexo de causalidade) como um sismo, de magnitude elevada”⁵². Não é forçoso que se trate de um muro de contenção de desabamentos catastróficos. Remete-se aqui para as críticas ao *floodgate argument*⁵³. Há alguma complexidade acrescida, quando comparado com o

48 Tem sido esta a posição dominante na jurisprudência, pelo menos para as chances processuais, possivelmente por se tratar de matéria melhor dominada pelos juizes. V. g. Acórdão do STJ de 29 de Abril de 2010 (SEBASTIÃO PÓVAS).

49 WRIGHT, “The grounds and Extent of Legal Responsibility”, 2003, p. 1435.

50 A bitola do precedente *Hotson v. East Berkshire Health Authority* [1987] AC 750 foi confirmada em *Gregg v. Scott* [2005] UKHL 2: o falso diagnóstico, de que um tumor maligno fosse benigno, reduziu a probabilidade de sucesso dos tratamentos disponíveis de 42% para 25%. A chance perdida não foi por isso considerada suficientemente séria, para efeitos de indemnização.

51 TSI processo n.º 178/2019, sentença de 6 de Junho de 2019.

52 VERA EIRÓ, “A perda de chance na responsabilidade extracontratual do Estado e das demais pessoas coletivas públicas”, 2012, p. 55.

53 ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 346 e ss.

protótipo de delito clássico, mas não são obstáculos inultrapassáveis.

A chance relevante será aquela que é indiscutivelmente *certa* e em que se verificou uma lesão final *certa*. Sem prejuízo de a chance em si mesma ter representado apenas uma mera possibilidade *incerta* de contributo causal para o referido resultado final, sendo que este se verificou, de facto e sem dúvidas.

Há quatro momentos a distinguir. (1) Verificou-se o indiscutível *incumprimento* obrigacional do dever jurídico de alguém proporcionar a chance. (2) Consumou-se o *dano final*. (3) A chance tem de ter sido *real*, havia de facto uma hipótese de conseguir o resultado desejado. Houve um contributo causal plausível, suficientemente relevante, não demasiado insignificante. Considera-se que a chance não será real se houver outras causas alternativas que sempre teriam conduzido ao mesmo dano final. É a relevância positiva da causa virtual. (4) E a chance tem de ser suficientemente *séria*: apesar da incerteza do contributo causal, exige-se que o cumprimento desse dever tivesse diminuído substancialmente a probabilidade de se poder vir a verificar o dano que, de facto, se tornou realidade.

A maior crítica analítica é que a dependência do grau de probabilidade implica uma relativização da respectiva autonomia. Ou seja, depende de o dano final ter mesmo de se verificar⁵⁴. Naturalmente, se afinal a vida até correr bem e o incumprimento por acaso não tiver consequências nefastas, este fica reduzido a uma causa virtual irrelevante, sem interesse jurídico. Nessa medida há uma perda lógica de autonomia conceptual. O dano de chance depende absolutamente de o dano final se verificar, apesar de não se confundir com ele. Não é então um problema de probabilidade *tout court*, mas de concretização da probabilidade. A seu modo, assemelha-se a uma reversão da ideia da causalidade virtual, em que por uma qualquer surpresa improvável, afinal não se verifica o dano. Com efeito, as dificuldades do tratamento analítico da causalidade virtual são também conhecidos, mas nem por isso são consideradas inultrapassáveis⁵⁵. Também o Direito Penal pune a tentativa falhada – mas não só. O mesmo deve valer para a perda de chance. O raciocínio lógico linear deve ceder perante imperativos de prudência e justiça. É censurável a supressão da chance; esta não é “perdida” por motivo fortuito, mas por verdadeiro incumprimento obrigacional, imputável a quem viola a lei ou o contrato. Pode ser excessivo imputar o dano final por inteiro.

Não há uma diferença relevante entre ganhar um resultado desejado, – como a cura médica, a lotaria ou o vencimento da acção judicial –, ou não perder,

54 VINEY, JOURDAIN, CARVAL e GHESTIN, *Traité de Droit Civil: Les conditions de la responsabilité*, 2013, p. 103. RUI CARDONA FERREIRA, *Indemnização do interesse contratual negativo e perda de chance*, 2011, p. 119.

55 Impõe-se respectivamente a sua relevância, por causa da função compensatória, e a sua irrelevância, por prevenção geral.

mantendo a saúde ou não sendo condenado. A teoria da diferença de MOMMSEN parece estar consagrada também no artigo 558.º n.º 1 do Código Civil de Macau.

Não tem de haver sempre um só “culpado”. É preciso considerar todos os quatro fundamentos de imputação de danos, em relação a todos os intervenientes: culpa, incumprimento, risco e benefício⁵⁶. E pode não haver um ladrão, pode tratar-se de um risco geral da vida, como um problema de saúde. Há pelo menos quatro pilares possíveis para alocar as perdas e o número de intervenientes a quem podem ser imputados os danos é potencialmente infinito. Cada um pode ter um papel distinto ao nível da contribuição naturalística ou um aproveitamento diferente da situação de perigo, o que deve ser visto à luz da fórmula de HAND e WILBURG, em tratamento igual de todas as partes em causa⁵⁷.

Os problemas da concausalidade não se colocam em exclusivo na perda de chance e nem por isso se impede noutras áreas uma decisão proporcional, apesar de depender de critérios igualmente fluídos e falíveis na divisão da causalidade ou da imputação⁵⁸. O problema não é apenas de tendências naturais do decisor para certo viés, mas também no que KAHNEMAN denomina de ruído perturbador da decisão. O Autor sugere formas de higiene do processo decisório para reduzir tal ruído e consequentemente também os níveis evitáveis de discricionariedade do julgador⁵⁹.

A maior diferença em relação à concausalidade será que aqui se pretende dividir a responsabilidade com absolutamente ninguém – porque falta um critério de imputação nítido a um terceiro, culpa ou risco. O problema é que esse “ninguém” na realidade é o lesado. Dir-se-ia que não teve “culpa”, mas existe o fundamento de imputação do risco do lesado, *res perit domino suo*, que não deve ser escamoteado. Não se vê razão para não partilhar a responsabilidade na medida da respectiva culpa, do contributo causal e do respectivo risco. O incumpridor

56 ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, *Responsabilidade do Supervisor*, 2021, p. 271 e ss.

57 *Ibidem*, p. 259 e ss.

58 Problemas análogos surgem na concausalidade, quando várias causas são imputáveis a diferentes responsáveis, que concorrem para a produção do mesmo resultado. Incluem-se aqui os casos de culpa ou risco do lesado. Mesmo tratando-se de responsabilidade pelo risco, veja-se o exemplo de DARI-MATIACCI e PARISI de uma colisão rodoviária, em que ambos os condutores conduzem com exímia prudência, e irrepreensível diligência e máxima atenção, mas um deles ia a uma velocidade de apenas 5 km/h superior à do outro, in “Liability rules: An economic taxonomy”, p. 132 e ss. O exemplo é dado para explicar a chamada causalidade comparada. É adequado que o condutor mais veloz suporte proporção maior do que o outro condutor, em igualdade de circunstâncias, ainda que seja mesmo muito pequena e extremamente difícil determinar o quantitativo em concreto. LESHEM e MILLER, “All-or-nothing versus proportionate damages”, 2009, p. 345 e ss.

59 KAHNEMANN, SIBONY e SUNSTEIN, *Noise – A Flaw in Human Judgement*, 2021.

certamente não deve ser isentado da responsabilidade pela chance que devia ter proporcionado, mas também não deve ser desproporcionalmente sobrecarregado com níveis de risco que simplesmente não lhe são exigíveis ou imputáveis. Quem tem riqueza, saúde ou outros bens, todos os dias corre o risco de perdê-los, por inúmeros motivos. E pode não haver fundamento suficiente para imputar a perda a outrem.

No Código Seabra ficou consagrada a expressão “necessariamente” no artigo 707.º, mas VAZ SERRA no Código Civil de 1966 optou por seguir a posição de ENNECCERUS e LEHMANN⁶⁰, que preconizavam uma formulação negativa da causalidade adequada, segundo a qual se admite responsabilizar alguém que seja autor de uma causa que não se mostre “de todo indiferente à produção do dano” (*gleichgültig*)⁶¹.

Várias hipóteses de solução podem ser aventadas. Desde logo indemnizar só uma percentagem, em atenção à probabilidade de sucesso da chance em questão. Contra essa solução, EHLGEN defende que uma solução de “tudo ou nada” é, afinal, mais justa e adequada⁶². O que faz recordar o desabafo conformista de VON CAEMMERER sobre o dano físico (*Sachschaden*): em média poderá fazer sentido e ser praticável. Surgem ainda outras soluções gradualistas⁶³, muitas das quais talvez façam mais sentido quando haja um dever de proporcionar a chance.

Pode-se além disso sancionar o incumprimento disciplinarmente, o que oferece pouca consolação ao lesado⁶⁴. Esta solução afigura-se mais exequível nos casos de responsabilidade médica, dos advogados, dos revisores de contas, dos arquitectos, dos engenheiros, entre outros, mesmo quando estejam em causa contratos privados. No entanto, não têm de ser formas alternativas de

60 ENNECCERUS e LEHMANN, *Schuldrecht*, 1954, p. 631.

61 Veja-se também a causalidade “probabilista”, acima duma probabilidade reduzida ou muito reduzida, e a este propósito a decisão do Acórdão do STJ de 16 de Fevereiro de 2016 (GABRIEL CATARINO).

62 Pelo menos no que respeita à responsabilidade médica. EHLGEN, *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*, 2013. Recorde-se que para os actos médicos se tem instituído na Alemanha a solução de inversão do ónus da prova, se for provada a negligência médica. Assim a chance de cura perdida traduz-se num risco para o médico de não conseguir provar a irrelevância causal do tratamento preterido.

63 A expressão entre aspas é de PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vol. II, 2008, p. 1105 e s. Critica que as vantagens de tais soluções são pagas com “um *excesso de responsabilização*, insegurança e, sobretudo, com o efeito de transformar o lesante em *garante da probabilidade de sucesso* de cada titular da chance, quando esta, por definição, não oferecia nada de garantido”. E *idem*, “Perda de chance processual”, 2016, p. 180.

64 Para os trabalhadores que exercem funções públicas em Portugal, a matéria foi regulada pela Lei n.º 35/2014 de 20 de Junho (LTFP) que revogou a Lei n.º 58/2008 de 9 de Setembro.

responsabilidade, devem poder ser cumuladas.

Para a supervisão pública, o problema é enquadrado por MARIA DA GLÓRIA GARCIA e MARTA PORTOCARRERO com considerações pertinentes: “O princípio [da precaução] terá, no âmbito da atividade administrativa, uma grande valia em sede de medidas de polícia, em particular na vigilância contínua de atividades autorizadas. Em sede de responsabilidade administrativa, uma aplicação acrítica deste princípio conduziria na responsabilidade com culpa toda a ação danosa que, perante um risco duvidoso (não provado cientificamente) de ocorrência de um dano, tivesse sido realizada. Toda e qualquer ação que, nesse caso, deveria ter sido substituída por uma abstenção perante a possibilidade, ainda que virtual, de existência de um risco de dano. Uma tal posição de princípio conduziria à estagnação total do desenvolvimento social na falta de prova de inexistência de risco. Daí a necessidade de conjugação do princípio da precaução com o princípio da proporcionalidade na apreciação do grau de suspeita de risco associado à atividade no momento da sua prática, a fim de avaliar o que seria *exigível* ao agente fazer para evitar o dano e, na medida em que não o tiver feito, responder com base na culpa”⁶⁵. Reconhecem-se aqui considerações presentes também no sistema móvel de HAND e WILBURG.

Como vimos, o Direito não tem de seguir padrões estritamente lógico-matemáticos quando estes conduzem a soluções que sacrificam o tratamento igual que é devido. Será melhor ancorar a solução na certeza do direito à chance em si mesma, como objecto de um dever incumprido. Não é por acaso que a questão surge quando há um incumprimento obrigacional de um advogado, médico, fiscal ou júri de um concurso. No caso dos médicos, dos advogados e das entidades de fiscalização, está em causa o incumprimento de obrigações de meios cujo objecto principal e escopo é justamente proporcionar a chance em questão. O lesado tinha um direito *certo* ao comportamento alheio. A analogia ao incumprimento contratual clama a intervenção do Direito, mesmo que não se esteja na presença de uma obrigação em sentido clássico. Não há razão para ignorar o dever primário de prestar da parte de um profissional contratado, das entidades adjudicantes, das seguradoras ou das concessionárias de jogo. E também dos fiscais. Na falta de previsão contratual expressa do dever, a conclusão pelo respectivo incumprimento pode passar pela interpretação de uma norma de protecção concreta e específica, deveres de tráfego ou a ponderação dos elementos da fórmula de WILBURG e de HAND. A medida da indemnização depende da intensidade dos elementos

65 MARIA DA GLÓRIA GARCIA e MARTA PORTOCARRERO, Anotação ao Artigo 11.º - Responsabilidade pelo risco, *Comentário ao Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, 2013, p. 317. Sobre o princípio da precaução, veja-se o artigo 191.º n.º 2 do TFUE; ANA GOUVEIA MARTINS, *O princípio da precaução no Direito do Ambiente*, 2002, e MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *O lugar do direito na protecção do Ambiente*, 2007, p. 440 e ss.

pressupostos pela responsabilidade.

Quando a chance não está irremediavelmente perdida, ou seja, se for possível a restauração natural, é difícil duvidar que esta seja devida. Será o caso de anulação de um concurso, para admitir o concorrente indevidamente preterido, do tratamento médico atrasado ou da nova acção judicial, sempre que ainda sejam possíveis. O incumpridor não está obrigado ao sucesso final, mas deve proporcionar a chance, ainda que tarde. Admitir a restauração natural nestes casos torna conceptualmente mais difícil negar que exista um verdadeiro dano de perda de chance, diferente do dano final⁶⁶.

A perda de chance poderá porventura também dar um enquadramento melhor à indemnização pelo dano contratual negativo. E também aos casos de erro ou dolo. Nestes casos, há uma maior analogia com a chance perdida do que o incumprimento de providenciar um resultado, indemniza-se a chance e não o dano final.

Causa menos estranheza admitir a autonomia ontológica da chance se tivermos presente o Direito Penal. É punida a tentativa, conforme acima referido, mas não só. No Direito Criminal releva ainda o mero perigo como desvalor autónomo digno de punição⁶⁷. A seu modo, trata-se do reverso da chance, podia ser descrito como chance de lesão. Temos o aumento da probabilidade de verificação de um benefício ou de um malefício, respectivamente. A noção de perigo concreto pode assim contribuir para descobrir a chance juridicamente relevante. Nestes, o perigo é o evento ou o resultado da acção⁶⁸.

5. Conclusão

O facto de não haver sempre um mercado em que o bem seja transaccionado não impede o reconhecimento de um bem jurídico enquanto tal. A chance em si mesma pode de resto ser objecto de sinalagmas nos contratos aleatórios e nas

66 Recorde-se o caso em que, na sequência de prestação de informação errada, o tribunal decidiu que os funcionários lesados passavam a ter um novo prazo para optar pelos termos da pensão, nos processos n.º 19/69, n.º 20/60 e n.º 30/69, a 1.º secção do Tribunal de Justiça a 28 de Maio de 1970, *Denise Richez-Parise e outros contra Comissão das Comunidades Europeias* [1970] ECR 325.

67 Por todos, FARIA COSTA, *O perigo em Direito Penal*, 1992, e RUI PEREIRA e RUI CARLOS, *O dolo de perigo*, 1995. Também admite a autonomia ontológica da chance, MARGARIDA LIMA REGO, “Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais”, 2013, p. 139 e ss.

68 “Não existindo a situação de perigo no caso concreto, não há crime”, CAVALheiro DE FERREIRA, *Lições de Direito Penal*, tomo I (1992), 2010, p. 145.

obrigações de meios. A perda de chance releva quando o devedor, nesses casos, incumpra a obrigação, mesmo sabendo exactamente qual o contributo causal da conduta preterida para o resultado tido em vista e a respectiva importância. Não é justo nem adequado que, depois de verificado o dano final, o inadimplente não seja chamado a ressarcir nem uma proporção da perda previsível, aquela que veio a verificar-se, avaliada autonomamente⁶⁹. O grau de culpa do incumpridor, apreciado também de acordo com a fórmula de HAND⁷⁰, releva para uma reacção proporcional wilburguiana do Direito ao ilícito. No incumprimento contratual a solução não é muito diferente.

A base legal para a fixação equitativa da indemnização pode ser encontrada por analogia com o regime da responsabilidade obrigacional, mas também no artigo 560.º n.º 3, no artigo 487.º e até no artigo 557.º do Código Civil de Macau.

Sempre que não seja possível proporcionar uma nova chance, o montante da indemnização deve ser balizado pelo dano final, como máximo. Uma proporção deve ser fixada em função do grau de probabilidade ao contributo causal da chance para o dano final. E deve então ser alocado o dano na medida das respectivas “culpas”, ou seja, tendo em conta não só a remuneração do lesante, mas também o risco do lesado. O limite mínimo será a despesa frustrada que o lesado teve só para que a chance existisse. Se houver algum proveito retirado pelo inadimplente do incumprimento, este será somado ao limite mínimo do ressarcimento. Não parece que seja de temer a arbitrariedade nem a implosão do sistema, se o juízo de analogia estiver suficientemente fundamentado e se mantiver dentro destes parâmetros objectivos.

69 Sobre a avaliação da perda de oportunidade, MÄSCH, *Chance und Schaden*, 2004, p. 320 e ss.

70 POSNER, *Tort Law – Cases and Economic Analysis*, 1982, p. 1 a p. 9.



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

MEIOS COERVIVOS DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS*

Hong Cheng Nga

*Estudante do Mestrado em Direito em Língua Portuguesa,
Faculdade de Direito, Universidade de Macau
Advogada*

Resumo: O presente artigo visa expor de forma sumária os três meios coercivos do cumprimento da obrigação de alimentos existentes no ordenamento jurídico actual da RAEM: a acção da execução especial por alimentos (prevista e regulada no art. 958.º e seguintes do CPC), o instituto chamado “descontos” na acção da fixação dos alimentos devidos a menor (constante do art. 110.º do RPSJM) e o mecanismo do “incumprimento” no âmbito da acção da regulação do exercício do poder paternal (previsto e regulado no art. 121.º do mesmo diploma). Focamo-nos, sobretudo, na tramitação processual da acção executiva especial por alimentos, discutindo a natureza dos outros dois mecanismos, as possíveis respostas a algumas questões relevantes que serão levantadas neste procedimento e as prováveis relações que se estabelecem entre os três mecanismos em causa (i.e., a subsidiariedade, a impeditividade e a alternatividade), chegando, por fim, à conclusão de que a relação deverá ser de alternatividade.

Palavras-chave: Alimentos; cumprimento coercivo; descontos; execução especial por alimentos; incumprimento; regime de protecção social de jurisdição

* Este estudo corresponde a um trabalho apresentado na disciplina de Direito Civil I do Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa da Faculdade de Direito de Universidade de Macau,

de menores.

I. Introdução

Considerando que as situações de incumprimento voluntário da obrigação de alimentos e que o recurso aos meios judiciais para a sua efectivação coerciva são cada vez mais frequentes em Macau, a relevância da tutela do direito a alimentos e as graves e irreversíveis consequências resultantes da sua violação tornam fundamental a resposta quanto aos meios judiciais coercivos ao dispor e a relação que se estabelece entre os mesmos. Torna-se, por isso, importante estudar a tramitação destes meios judiciais, com destaque para a análise de algumas questões que possam surgir durante os próprios procedimentos, o âmbito da aplicação de cada um deles e as possíveis relações entre os mesmos.

Deste modo, o presente artigo divide-se em três partes.

Iniciaremos a primeira parte analisando o fundamento do direito a alimentos e apresentando, de forma sucinta, os meios coercivos de cobrança de alimentos existentes no ordenamento jurídico actual da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM).

Numa segunda parte, procuraremos fazer uma breve exposição sobre a tramitação processual da acção da execução especial por alimentos e apontaremos questões relevantes que se verificam durante este procedimento, v.g., se a adjudicação directa dos vencimentos, pensões ou prestações periódicas do executado constituirá ou não uma causa legítima de preferência e excepção à regra geral da igualdade dos credores; a possibilidade de audição prévia do encarregado do pagamento destes vencimentos ou outras prestações periódicas dentro do processo; a aplicabilidade do limite máximo da impenhorabilidade destes vencimentos, pensões ou prestações periódicas do executado constante do art. 707.º, n. 1º do CPC no âmbito da execução especial por alimentos; os critérios que o juiz poderá ou deverá atender na determinação do valor mínimo dos mesmos bens do executado (o obrigado a alimentos), etc. Tentaremos, assim, dar resposta a estas perguntas atendendo à evolução legislativa, à doutrina e jurisprudência, bem como à literalidade da norma e à natureza do próprio direito de crédito alimentício.

Na terceira parte, abordaremos os outros dois mecanismos de efectivar a satisfação coerciva das prestações alimentícias devidas neste caso somente aos menores, o instituto designado “descontos” na acção da fixação dos alimentos devidos ao menor (constante do art. 110.º do regime de protecção social de jurisdição de menores - RPSJM) e o mecanismo do “incumprimento” na acção da regulação do poder paternal (previsto e regulado no art. 121.º do mesmo

diploma). Discutiremos a natureza e o âmbito da aplicação destes dois mecanismos, nomeadamente em relação ao da execução especial por alimentos.

Por fim, e antecipando desde já a nossa resposta à questão, tendo em conta o âmbito restritivo dos bens do executado susceptíveis de serem nomeados à penhora no âmbito das referidas medidas coercitivas previstas no RPSJM, a natureza destes mesmos dois mecanismos, a ausência da regulamentação normativa sobre a relação entre os três meios em apreço, bem como a própria finalidade do RPSJM, não podemos deixar de aderir à tese da relação da alternatividade entre os mesmos, com a reserva de que não é possível a dedução simultânea de mais do que um mecanismo para a efectiva realização do direito a alimentos.

II. Fundamento dos alimentos e meios coercivos de cobrança de alimentos existentes no ordenamento jurídico da RAEM

Como é sabido, o direito a alimentos tem como seu fundamento a tutela dos direitos à vida e à dignidade de pessoa humana e, em diversos casos, traduz-se numa manifestação do amparo e protecção dos direitos de menores, idosos e deficientes, gozando, em Macau, de tutela *constitucional* (arts. 30.º e 38.º da Lei Básica - LB), *civil* (art. 1864.º e seguintes do Código Civil - CC, art. 107.º e seguintes do Decreto-Lei n.º 65/99/M - Regime de Protecção Social de Jurisdição de Menores - RPSJM), art. 348.º e seguintes e art. 958.º e seguintes do Código do Processo Civil - CPC) e *criminal* (art. 242.º do Código Penal - CP e art. 336.º do CPC)¹.

No entanto, na falta do cumprimento voluntário das prestações alimentícias por parte do obrigado a alimentos, conforme o ordenamento jurídico da RAEM, o alimentando tem ao seu dispor três meios coercivos de cobrança com vista à reparação efectiva do seu direito violado, i.e., a acção da execução especial por alimentos (prevista e regulada no art. 958.º e seguintes do CPC), o instituto chamado por “descontos” na acção da fixação dos alimentos devidos a menor constante do art. 110.º do RPSJM, e o mecanismo do “incumprimento” no campo da acção da regulação do exercício do poder paternal (previsto e regulado no art. 121.º do mesmo diploma), sendo estes últimos dois mecanismos destinados à satisfação coerciva das prestações alimentícias devidas a menor.

1 Cfr. MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016, pág. 9, e *Dos Alimentos em Geral*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 35, 2014, p.p. 327 e 328.

III. Execução especial por alimentos

i. Introdução

A acção de execução especial por alimentos está regulada no Título X do Livro V “Dos Processos Especiais” do CPC. Portanto, trata-se de um processo de execução especial para pagamento de quantia certa², aplicando-se, subsidiariamente, as disposições gerais do processo comum de execução (art. 375.º, n.º 4, al. a) CPC), e seguindo os termos da forma sumária ou ordinária, consoante o título executivo em que se funda seja judicial com prestação do valor líquido ou não (arts. 958.º, n.º 1, 374.º e 375.º, n.º 4, al. b) CPC).

Nesta acção, os títulos executivos *judiciais* podem consistir numa sentença de condenação em alimentos (art. 677.º, al. a) CPC), quer *definitivos*, por exemplo, em acção comum de condenação de alimentos (art. 389.º e seguintes CPC), de divórcio litigioso (art. 953.º e seguintes e art. 391.º, n.º 2 CPC) ou por mútuo consentimento (art. 1630.º, n.º 2 CC, art. 204.º e seguintes CRC, art. 1242.º, n.º 1, als. B) e c) e art. 1244.º, n.º 4 CPC), de regulação do poder paternal (art. 114.º e seguintes RPSJM), de fixação de alimentos devidos ao menor (art. 107.º e seguintes RPSJM), de alimentos a filhos maiores ou emancipados (art. 1250.º CPC) etc., quer *provisórios*, tais como em procedimento cautelar especificado dos alimentos provisórios (art. 344.º e seguintes CPC), de divórcio litigioso ou por mútuo consentimento (arts. 957.º e 1242.º CPC, art. 1848.º CC), e em acção de reconhecimento de maternidade (art. 1680.º) e de paternidade (art. 1722.º CC).

No entanto, no que diz respeito às *sentenças homologatórias dos acordos de alimentos*, Rui Pinto³ considera que o título executivo é o próprio acordo e não a sentença que o homologa, por esta não ter teor condenatório.

Entretanto, a maioria da Doutrina e da Jurisprudência⁴ de Portugal defendem que quando sentenças homologuem transacção, confissão ou desistência, são as sentenças que constituem títulos executivos.

Tal como referem Alberto dos Reis⁵ e Lebre de Freitas⁶, “a sentença

2 Em caso da falta do cumprimento voluntário dos alimentos fixados em espécie (art. 1846.º do CC), deverá recorrer-se ao processo executivo comum para prestação de facto (art. 826.º e seguintes do CPC) e não ao processo especial da execução por alimentos para a sua satisfação coerciva, visto que esta visa apenas a cobrança coerciva da obrigação alimentar pecuniária.

3 Cfr. RUI PINTO, *A Acção Executiva*, Editora AAFDL, 2018, p. 977.

4 Cfr. A título de exemplo, o Acórdão da Relação de Évora proferido no Proc. n.º 3093/19.3T8STB. E1, datado de 23/04/2023, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

5 Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. III, Coimbra, 1946, p.p. 534 e 536.

6 Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva à luz do Código do Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, p. 62.

homologatória constitui, no nosso direito, uma sentença de condenação como as restantes, sem prejuízo de os actos dispositivos das partes que a determinam estarem, como negócios jurídicos de direito civil, sujeitos a um regime de impugnação que não se confunde com o da sentença homologatória, da qual resulta, designadamente, o efeito de exequibilidade.”

Assim, salvo devido respeito por melhor opinião, adere-se à opinião de que as sentenças homologatórias são títulos executivos judiciais na medida em que o próprio Código do Processo Civil já consagra que as sentenças homologatórias não se limitarão a “homologar”, mas sim também a “condenar” os interessados a cumprir as obrigações constantes do acordo.

Refere-se expressamente no n.º 3 do art. 242.º do CPC que quando o acordo for feito por termo ou documento, “(...) *em caso afirmativo, assim é declarado por sentença, condenando-se ou absolvendo-se nos seus precisos termos.*”. Também no seu n.º 4 se prevê que quando o acordo for lavrado em acta resultante da conciliação feita pelo juiz “(...) *limita-se este a homologá-la por sentença ditada para a acta, condenando nos respectivos termos.*”

Nestes termos, somos da opinião de que as acções executivas que se baseiam nas sentenças homologatórias dos acordos de alimentos deverão seguir a forma sumária, se o valor da dívida exequenda em causa for líquido (art. 374.º, n.º 2 CPC), e os acordos relevarão apenas quando se verificarem eventuais vícios de forma ou da vontade susceptíveis de serem fundamentos para embargos do executado (art. 699.º, n.º 2 CPC).

Por outro lado, como os alimentos também poderão ter *origem convencional*, podendo ser criados através dos negócios jurídicos, i.e., por acordo ou negócio jurídico unilateral (art. 1855.º, n.º 1 CC), para esses documentos se dotarem da exequibilidade processual, os mesmos terão que cumprir os requisitos constantes dos art. 677.º als. B) e c) do CPC, i.e., eles têm que consistir em documentos exarados ou autenticados por notário, ou em documentos particulares assinados pelos obrigados a alimentos que importam constituição ou reconhecimento das obrigações alimentícias com montante determinado ou determinável, nos termos do art. 689.º e seguintes do CPC.

Conduto, não obstante a necessidade e a urgência na satisfação das obrigações alimentares, considerando que o Código do Processo Civil de Macau não qualifica o processo de execução por alimentos como um processo urgente, ao qual se deverá aplicar a regra geral da continuidade dos prazos prevista no art. 94º, n.º 1 do CPC, ou seja, o processo da execução por alimentos em princípio suspende-se durante as férias judiciais, salvo quando a execução ocorrer por apenso aos processos principais em que os alimentos foram fixados judicialmente (art.

21.º, n.º 3 CPC) e que se revestem de carácter urgente⁷.

Por fim, quando a execução por alimentos for intentada de forma autónoma (sem ser por apenso), o Tribunal competente para o seu conhecimento e apreciação é o Juízo de Família e de Menores do Tribunal Judicial de Base, nos termos do disposto no art. 29.º-D, n.º 1, al. 6) da Lei n.º 4/2019 (Lei de Bases de Organização Judiciária).

ii. Tramitação processual

Atendendo à natureza urgente e à importância da satisfação das obrigações alimentícias, estão consagradas no âmbito da execução especial por alimentos certas especialidades processuais, sendo as mesmas aplicáveis independentemente da forma do processo (ordinária ou sumária) que a execução seguirá.

Como se prevê no art. 958.º, n.º 1, al. a) do CPC, *o direito à nomeação de bens à penhora pertence exclusivamente ao exequente*, que a faz logo no requerimento inicial da execução.

Trata-se, assim, de uma norma idêntica à prevista para a execução sob a forma sumária (art. 818.º do CPC). Portanto, mesmo na Execução por Alimentos que segue a forma ordinária (i.e., aquela que não tenha a sentença com valor líquido como título executivo), o executado não terá a faculdade de nomear os bens à penhora (arts. 695.º, n.º 1 e 717.º CPC). Sendo assim, o exequente não terá que esperar pela devolução do direito para proceder à nomeação dos bens à penhora (art. 720.º CPC), podendo escolher livremente os bens penhoráveis do executado que sejam mais adequados para a satisfação dos seus créditos, salvo nos casos em que já existam bens do executado onerados com as garantias reais constituídas a favor do exequente (art. 719.º CPC)⁸.

No entanto, caso apresente dificuldades na identificação dos bens penhoráveis do executado para proceder à respectiva nomeação, o exequente poderá sempre requerer ao juiz que adopte as diligências adequadas para os apurar, nomeadamente ordenar oficial, entre outros, as Conservatórias do Registo Predial e dos Registos Comercial e dos Bens Móveis de Macau, a Autoridade Monetária de Macau, o Fundo de Segurança Social e a Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos de Macau para fornecerem as informações necessárias sobre o estado dos bens do executado, ao abrigo do disposto no art. 722.º do CPC.

Por outro lado, dispõe o art. 958.º, n.º 1, al. b) do CPC que *o executado só é citado depois de efectuada a penhora*, disposição essa idêntica à norma prevista

7 V.g., art. 3.º do RPSJM, onde se prevê que os processos cuja demora possa causar prejuízo aos interesses dos menores correm durante as férias dos tribunais.

8 Neste caso, não há nomeação dos bens à penhora, a penhora começará logo pelos bens sobre que incidem as garantias reais.

no art. 819.º no âmbito da execução sob a forma sumária.

Portanto, na execução por alimentos, o exequente nomeará logo no requerimento inicial da execução à penhora os bens do executado, e se o mesmo não for indeferido liminarmente nem for pedido o seu aperfeiçoamento (art. 695.º, n.º 1 CPC), o juiz poderá ordenar de imediato a penhora, e só depois de a mesma ter sido efectuada é que o executado será citado/notificado do requerimento inicial da execução, do despacho que determina a penhora e da realização da mesma, a fim de proceder ao pagamento ou deduzir os embargos do executado e/ou a oposição à penhora efectuada.

Mais, conforme o disposto no art. 958.º, n.º 1, al. c) do CPC, *os embargos deduzidos pelo executado nunca suspendem a execução*. Por conseguinte, ao contrário do previsto no processo comum da execução (ordinária ou sumária), onde o executado pode, através da prestação da caução ou do pedido da suspensão com fundamento na falsidade da assinatura aposta em documento particular que sirva de título executivo no processo, fazer suspender a execução, na acção da execução por alimentos, atendendo à necessidade da satisfação imediata dos créditos alimentícios do exequente, não será admissível a suspensão do processo susceptível de causar prejuízos significativos ou irreparáveis para o exequente. É de realçar que, neste campo, estamos perante um “direito actual” cuja satisfação não sofrerá de qualquer demora.

No entanto, as maiores novidades e especificidades previstas neste processo especial consistem na *falta da precedência da penhora, relativamente aos vencimentos, pensões ou outras prestações periódicas* a que o executado terá direito e à *consignação dos rendimentos dos bens do mesmo* (art. 958.º, n.º 1, al. d) e n.ºs 2 e 3 CPC).

Em relação aos *vencimentos, pensões ou outras prestações periódicas*, o exequente poderá requerer logo no requerimento inicial da execução a adjudicação dos vencimentos, pensões ou outras prestações periódicas do executado e, de seguida, o juiz ordenará a notificação da entidade encarregada do seu pagamento ou do processamento das respectivas folhas para a mesma *entregar directamente* ao exequente a parte adjudicada.

Diversamente do ocorrido no processo comum de execução, em que logo que a dívida se vença o devedor é obrigado a depositar a respectiva importância na conta bancária aberta para efeito do processo à ordem do Tribunal, bem como juntar ao processo o documento do depósito (art. 746.º, n.º 1 CPC), na acção da execução por alimentos verifica-se uma *adjudicação directa* desta quantia ao exequente. *Este receberá directamente o valor a entregar pela entidade encarregada do pagamento*, sem qualquer intermediação por parte do Tribunal, com vista a assegurar, de forma mais eficiente, a satisfação dos alimentos.

Aliás, tal como afirmado pelo Tribunal da Relação de Porto, no Acórdão

proferido no processo n.º 9240609 de 29 de Outubro de 1992, na execução especial por alimentos, o credor exequente pode requerer a adjudicação de parte das quantias ou pensões periódicas ou a consignação de rendimentos pertencentes ao executado: “*Trata-se de um favor concedido ao credor de alimentos, que assim fica liberto do concurso de credores, atribuindo-se-lhe directamente aqueles rendimentos sem necessidade de penhora.*”.

E isto pode constituir uma *causa legítima de preferência* regulada, mas não expressamente prevista no art. 599.º, n.º 2 do CC, na medida em que, como é sabido, no domínio do concurso dos credores, a regra geral é a da igualdade entre os credores (art. 599.º, n.º 1 do CC). Portanto, conforme João Gil de Oliveira e José Cândido de Pinho⁹, esta regra geral da igualdade dos credores significa que todos eles se podem fazer “*pagar pelo produto da venda em função proporcional do seu crédito sem qualquer traço de distinção ou favorecimento entre eles. Quer dizer, o valor do crédito, a sua natureza, a sua proveniência e as datas da constituição não funcionam como factores de posição de vantagem de algum deles em relação aos restantes.*” Acrescentam ainda que “*É por isso que o Código de Processo Civil obriga, na execução, à citação dos credores com garantia real sobre alguns dos bens penhorados (art. 755.º, n.º 1, al. b) do CPC)*”.

Por conseguinte, tendo em conta que na execução por alimentos, a adjudicação directa dos vencimentos ou outras prestações periódicas do executado¹⁰ dispensa o concurso dos credores, somos da opinião de que a mesma deverá ser enquadrada como uma causa de preferência de natureza adjectiva no âmbito do concurso de credores, justificada assim pela natureza da obrigação exequenda dos alimentos.

Por outro lado, tendo em consideração que o encarregado do pagamento dos vencimentos ou outras prestações periódicas, *devedor do executado*, é normalmente um terceiro estranho ao processo, que em regra não teve antes qualquer intervenção no procedimento da formulação do título executivo base da execução por alimentos, para que se proteja devidamente o direito do contraditório do mesmo, entendemos que, após receber a notificação do tribunal, *terá o direito de se pronunciar no prazo de 10 dias* (art. 742.º *ex vi* do art. 958.º, n.º 1 e art. 103.º CPC), junto do Tribunal quanto à eventual existência do facto extintivo (v.g. extinção da obrigação, impeditivo (v.g. anulação ou nulidade do contrato fonte de obrigação periódica) ou modificativo (v.g. excepção de não cumprimento do

9 Cfr. JOÃO GIL DE OLIVEIRA e JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO, *Código Civil de Macau Anotado e Comentado, Jurisprudência, Livro III, Direito das obrigações*, Vol. VIII, CFJJ, 2020, p 381.

10 Em relação à consignação dos rendimentos, visto que a efectivação da mesma no processo comum da execução já dispensa o concurso dos credores, a mesma não se traduz propriamente numa especialidade prevista na acção da execução por alimentos.

contrato) do crédito que o executado tem sobre ele, e caso isso não aconteça, o mesmo deverá proceder imediatamente à retenção na fonte e entrega directa dos descontos ao exequente logo que a dívida se vença.

Mais, na execução por alimentos está consagrado um regime especial para *garantir o pagamento das prestações vincendas no art. 962.º do CPC*, onde se prevê que, tendo havido venda dos bens, o que sobrar da venda depois de pagas as prestações vencidas não será restituído ao executado sem se mostrar assegurado o pagamento das prestações vincendas até ao montante que o juiz, em termos de equidade, considere adequado, a menos que seja prestada caução ou outra garantia idónea¹¹.

iii. Limites máximo e mínimo da impenhorabilidade dos vencimentos, pensões ou outras prestações periódicas de que o obrigado a alimentos é titular

No âmbito do processo comum da execução para pagamento da quantia certa (quer na forma ordinária, quer na sumária), no art. 707.º, n.º 1, als. a) e b) do CPC estipula-se que é aplicável sempre *o limite imudável máximo de impenhorabilidade de dois terços dos salários e das outras prestações periódicas*, enquanto na execução especial por alimentos, o art. 958.º, n.º 1, al. d) do CPC apenas prevê que o exequente pode, sem necessidade de prévia penhora, requerer a adjudicação de *parte* dos vencimentos, pensões ou prestações periódicas que o executado esteja percebendo. Assim, uma questão que se poderá colocar nesta sede consiste em saber se é aplicável ou não *o limite máximo da impenhorabilidade destes vencimentos, pensões ou prestações periódicas* do executado constante do art. 707.º, n.º 1 à execução especial por alimentos.

Com efeito, se considerarmos que o disposto no art. 707.º, n.º 1, als. a) e b) do CPC é aplicável à obrigação de alimentos, poderão suceder situações em que, não obstante o obrigado ter rendimentos suficientes para cumprir a obrigação de alimentos, devido às restrições de 1/3 da impenhorabilidade dos vencimentos impostas por este normativo, acaba por não se poder fazer satisfazer de forma coerciva a totalidade da obrigação dos alimentos.

A título de exemplo, admita-se que A auferir um salário mensal no valor de MOP\$30,000.00, não tem outra fonte de rendimentos excepto o vencimento. Tendo sido condenado a pagar aos filhos MOP\$15,000.00 a títulos de alimentos,

11 “Este novo regime, introduzido pela RPC95-96, aparece justificado pela seguinte forma no preâmbulo do DL 329-A/95, de 12 de Dezembro: “Pretende-se, deste modo, desencorajar comportamentos tão frequentes quanto condenáveis por parte de alguns devedores de alimentos que não hesitam em se colocar dolosamente em situação de não pagar; dissipando ou ocultando as sobras da execução que inicialmente originam e frustrando irremediavelmente o direito do credor da prestação alimentar.””, cfr. Fernando Amâncio Ferreira, *Curso de Processo de Execução*, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, p.398.

não cumpriu voluntariamente. No processo executivo apenas pode ser penhorado 1/3 do seu vencimento (i.e., MOP\$10,000.00), valor esse que é insuficiente para liquidar o crédito alimentício dos filhos. Neste caso, mesmo que o obrigado a alimentos tenha ainda recursos económicos suficientes (o resto de 2/3 do salário) para cumprir a obrigação alimentar não se pode atingi-lo através da execução.

Em termos do direito comparado, citam-se aqui as disposições legais de Portugal sobre esse assunto para percebermos melhor a evolução da regulamentação desta matéria. Inicialmente, o art. 824.º do CPC de Portugal (com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro) tinha o mesmo teor do nosso artigo 707.º do CPC. Entretanto, tendo em vista a natureza especial da obrigação dos alimentos, o legislador de Portugal decidiu através da revisão do CPC de 2013 (aprovada pela Lei n.º 4/2013), acolher a obrigação de alimentos como uma excepção quanto à regra geral da impenhorabilidade parcial dos bens do executado, consagrando assim no seu art. 738.º, n.º 4, que: “*O disposto nos números anteriores*¹² (i.e., o limite máximo da impenhorabilidade) *não se aplica quando o crédito exequendo for de alimentos, caso em que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo*.”. Portanto, de acordo com o regime actual de Portugal, a execução da obrigação dos alimentos já não se encontra sujeita a qualquer limite máximo da impenhorabilidade dos vencimentos ou outras prestações periódicas de que o obrigado aos alimentos é titular.

Todavia, antes da reforma legislativa de 2013, a maioria da doutrina de Portugal, tais como Lopes Cardoso¹³, Lebre de Freitas¹⁴, Remédio Marques¹⁵ e

12 Artigo 738.º, n.ºs 1 a 4 do CPC de Portugal de 2013 (Bens parcialmente penhoráveis):

“1 - São impenhoráveis dois terços da parte líquida dos vencimentos, salários, prestações periódicas pagas a título de aposentação ou de qualquer outra regalia social, seguro, indemnização por acidente, renda vitalícia, ou prestações de qualquer natureza que assegurem a subsistência do executado.

2 - Para efeitos de apuramento da parte líquida das prestações referidas no número anterior, apenas são considerados os descontos legalmente obrigatórios.

3 - A impenhorabilidade prescrita no n.º 1 tem como limite máximo o montante equivalente a três salários mínimos nacionais à data de cada apreensão e como limite mínimo, quando o executado não tenha outro rendimento, o montante equivalente a um salário mínimo nacional.

4 - O disposto nos números anteriores não se aplica quando o crédito exequendo for de alimentos, caso em que é impenhorável a quantia equivalente à totalidade da pensão social do regime não contributivo.

(...)”

13 Cfr. EURICO LOPES-CARDOSO, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª Edição (2.ª Reimpressão), Almedina Coimbra, 1996, p. 716.

14 Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva à luz do Código do Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra Editora, p. 251.

15 Cfr. J.P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devido a menores)*, 2.ª edição

Fernando Ferreira¹⁶ e alguma jurisprudência¹⁷ já tinham entendido que, tendo em conta a natureza e os fins da obrigação alimentícia, não era aplicável a regra de impenhorabilidade parcial dos direitos de crédito aludida no n.º 1 do art. 824.º do CPC de Portugal ao caso da obrigação alimentícia, embora sempre se encontrasse sujeito ao limite do que fosse absolutamente indispensável para a sobrevivência do devedor de alimentos.

Sendo assim, estando perante uma obrigação de alimentos e tendo em consideração que a falta da satisfação da mesma pode pôr em causa os direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, bem como atendendo à letra vertida no próprio art. 958.º, n.º 1, al. d) do CPC onde se prevê que o exequente pode requerer a adjudicação de “*parte*” dos vencimentos, pensões ou prestações periódicas, somos da opinião de que na execução das obrigações de alimentos não se deverá aplicar a restrição do limite máximo da penhorabilidade de 1/3 dos vencimentos ou outras prestações periódicas resultante do art. 707.º, n.º 1 do CPC, salvo se o obrigado a alimentos se encontrar numa situação de impossibilidade de cumprimento. Por conseguinte, nesta execução especial, o juiz deverá determinar a “*parte*” penhorável dos vencimentos ou prestações periódica que o executado esteja percebendo consoante as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente a possibilidade da satisfação total dos alimentos atendendo aos valores dos vencimentos e dos alimentos em causa e à probabilidade da falta de outros recursos económicos por parte do executado, sem ficar por isso sujeito ao limite máximo da impenhorabilidade previsto no art. 707.º, n.º 1 do CPC.

De qualquer modo, para evitar a situação da incerteza ou da interpretação em sentido diverso, convém que esta questão fique determinada e resolvida ao nível legislativo.

No que toca à questão do *limite mínimo da impenhorabilidade dos vencimentos e outras prestações periódicas do executado*, tendo sido levantada grande discussão em Portugal, o Tribunal Constitucional de Portugal foi chamado por várias vezes para se pronunciar sobre essa questão. Para esse efeito, o Tribunal Constitucional de Portugal tem vindo a afirmar nos seus Acórdãos n. os 177/2002, 509/2002, 96/2004, 306/2005, 312/2007 e 394/2014 a posição de que é inconstitucional a interpretação das disposições do CPC e do RGPCT no sentido de permitir a penhora ou dedução até 1/3 das prestações periódicas, pagas ao executado que não é titular de outros bens penhoráveis suficientes para satisfazer a dívida exequenda, cujo valor não seja superior ao salário mínimo nacional ou

revista, Coimbra Editora, p. 434.

16 Cfr. FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina, p. 396.

17 Cfr. Ac. STJ de 7 de Maio de 1974, in BMJ, n.º 237, p. 253.

rendimento social de inserção, por violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito e previsto na Constituição da República Portuguesa, e na medida em que isto prive o obrigado à prestação de alimentos do mínimo indispensável à sua sobrevivência.

Ora, no CPC de Macau não está previsto um limite mínimo fixo da impenhorabilidade dos bens do executado, apenas está regulada, nos n.ºs 2 e 3 do art. 707.º, a possibilidade da redução ou isenção da penhora, tendo em conta a natureza da dívida exequenda e as condições económicas do executado e do seu agregado familiar.

De facto, estamos aqui perante uma situação de colisão entre os direitos fundamentais do executado e do exequente, e conforme o disposto no art. 327.º, n.º 2 do CC, “*os titulares devem ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes*”.

Deste modo, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 30.º e 38.º LB) e a capacidade económica do obrigado que funciona como um dos pressupostos da obrigação de alimentos (arts. 1845.º, n.º 2 e 1849.º, n.º 2 CC), bem como o próprio art. 707.º, n.ºs 2 e 3 do CPC, onde se manda avaliar as condições económicas do executado, entendemos que o juiz deverá determinar a percentagem da parte penhorável, de acordo com o juízo formulado, consoante as circunstâncias em concreto de cada caso e, nas situações em que se verifica realmente uma privação dos meios de auto-subsistência por parte do executado em virtude das deduções efectuadas no processo, o juiz deverá proceder à redução ou até à isenção da penhora desses bens.

Contudo, na ausência de um critério expresso e definido no CPC (v.g. em Macau pode atender ao valor do salário mínimo para certas categorias de emprego ou ao risco social do agregado familiar previsto no Anexo I do Regulamento Administrativo n.º 6/2007), o próprio executado continua sujeito ao ónus de deduzir a oposição à penhora¹⁸ (art. 753.º, n.º 2, al. a) CPC), com base na impenhorabilidade parcial dos bens, devido à escassez ou falta de recursos económicos, para assim ver a penhora ordenada ser reduzida ou mesmo isenta.

iv. Consignação em rendimentos

Por outro lado, quanto à *consignação de rendimentos*, nos termos do disposto no art. 958.º, n.º 3 do CPC, o exequente pode indicar, logo no requerimento inicial de execução, os bens do executado sobre os quais deve recair

18 Nesta situação, o que o executado deve fazer não é só deduzir a oposição à penhora, mas também pedir a extinção ou a alteração dos alimentos (art. 961.º CPC) com base na alteração superveniente da sua capacidade económica (arts. 1845.º, n.º 2, 1853.º e 1854.º, n.º 1, al. b) CC).

a consignação, e o juiz pode ordenar a mesma relativamente aos rendimentos que sejam bastantes para satisfazer as prestações vencidas e vincendas, podendo para o efeito ouvir o executado, e a consignação processa-se nos termos do artigo 773.º com as necessárias adaptações.

As especialidades deste instituto no âmbito da execução por alimentos consistem na *dispensa da penhora prévia* dos bens sobre os quais recaia a consignação (art. 958.º, n.º 1, al. d) CPC), na *faculdade de ouvir o executado* antes da efectuação da consignação (o artigo 958.º, n.º 3 CPC refere “pode”) e na *possibilidade da reabertura da acção executiva em caso da insuficiência ou excesso dos rendimentos consignados e da alteração superveniente da pensão alimentícia estabelecida* (art. 959.º CPC).

No processo comum de execução o regime é diferente: exige-se que seja efectuada previamente a penhora dos bens sobre os quais incidirá a consignação (art. 772.º, n.º 1 CPC); é igualmente obrigatório ouvir o executado antes de ordenar a consignação para que o mesmo possa requerer a venda dos bens, a fim de impedir a efectuação da consignação (art. 772.º, n.º 2 CPC); por outro lado, com a efectuação da consignação e o pagamento das custas processuais, a execução é julgada extinta, sendo levantadas as penhoras que incidam sobre os outros bens (art. 774.º, n.º 1 CPC), “*mesmo que os valores futuros efectivamente recebidos não cubram a dívida, a instância executiva não se reabrirá*”¹⁹.

v. Incidentes declarativos da caducidade, cessação ou alteração dos alimentos provisórios e definitivos

Não sendo os alimentos imutáveis e podendo os mesmos ser alterados se as circunstâncias determinantes da sua fixação se alterarem igualmente (arts. 1853.º e 1854.º CC), em virtude desse *desvio à regra da estabilidade do caso julgado*, a execução por alimentos prevê um regime especial para acolher essa especialidade, a fim de facilitar o processamento da *caducidade, cessação ou alteração dos alimentos*.

Portanto, ocorrendo caducidade, cessação ou alteração da obrigação alimentar que já está sujeita à execução, não é necessário voltar aos meios declarativos para proceder à sua alteração ou cessação; bastará, na própria acção executiva por alimentos, que sejam deduzidos “*os incidentes declarativos da caducidade dos alimentos e de cessação ou alteração de prestação alimentícia*”²⁰, previstos nos arts. 960.º e 961.º do CPC.

Desta forma, no caso da *cessação dos alimentos provisórios por caducidade*

19 Cfr. RUI PINTO, *A Acção Executiva*, Editora AAFDL, 2018, p. 950.

20 Cfr. ADELINO DA PALMA CARLOS, *Direito processual civil. Acção executiva*, Lisboa, AAFDL, 1968, p. 226.

da providência à luz do art. 334.º do CPC, a execução por esses alimentos provisórios cessa igualmente nos termos do disposto no art. 960.º do CPC.

Caso os alimentos provisórios cessem por causa diversa da caducidade (v.g. fixação dos alimentos definitivos) ou se alterem na pendência da execução por alimentos, o executado deve requerer na execução, por meio de incidente, que observará os termos da providência cautelar dos alimentos provisórios previstos no art. 344.º e seguintes do CPC (art. 961.º, n.º 1 CPC).

Por fim, tratando-se de alimentos definitivos, são os interessados convocados para uma conferência que se realizará dentro de 10 dias. Se chegarem a acordo, este é logo homologado por sentença; no caso contrário, deve o pedido ser contestado no prazo de 10 dias, seguindo-se à contestação os termos do processo sumário ou ordinário da declaração, conforme o valor em causa (art. 961.º, n.º 3 CPC).

Entretanto, esse processo, previsto no art. 961.º, n.º 3 do CPC, também é aplicável à situação de não haver execução pendente. Neste caso, o pedido é deduzido por dependência da acção condenatória (art. 961.º, n.º 4 CPC)

Portanto, todas as especialidades previstas na execução por alimentos reflectem a natureza particular do direito a alimentos e a relevância e a urgência na sua total e imediata satisfação.

IV. Outros meios coercivos da cobrança de prestação de alimentos

Como se refere acima, para além da execução especial por alimentos, no ordenamento jurídico de RAEM existem mais dois mecanismos susceptíveis de efectivar a satisfação coerciva das prestações alimentícias devidas a um menor: o instituto designado “descontos” na acção da fixação dos alimentos devidos ao menor (constante do art. 110.º do RPSJM) e o mecanismo do “incumprimento” na acção da regulação do poder paternal (previsto e regulado no art. 121.º do mesmo diploma).

Portanto, interessa-nos aqui abordar e discutir sobre a natureza e o âmbito da aplicação destes dois mecanismos, nomeadamente em relação ao da execução especial por alimentos.

i. Mecanismo de “Descontos” consagrado no art. 110.º do RPSJM e Instituto do “Incumprimento” constante do art. 121.º do RPSJM

O art. 110.º do RPSJM dispõe a possibilidade de obter o pagamento das prestações alimentares vencidas e vincendas devidas ao menor através de desconto nos vencimentos, pensões ou prestações periódicas que o obrigado aos alimentos esteja percebendo, caso a prestação alimentar não tenha sido paga dentro de dez dias após o seu vencimento.

Já no art. 121.º se prevê que no caso de incumprimento das responsabilidades paternas, sendo que na regulação do exercício do poder paternal pode estar incluída a matéria dos alimentos devidos ao menor, o progenitor não faltoso ou o Ministério Público pode requerer ao juiz as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do progenitor faltoso em indemnização.

Quanto à natureza destes mecanismos, sobretudo ao previsto no art. 110.º do RPSJM (correspondente ao art. 48.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC) e ao revogado art. 189.º da Organização Tutelar de Menores (OTM), ambos de Portugal), Remédio Marques²¹ entende que é “*um processo executivo especialíssimo*”, por “*estar em causa uma forma especial de reparação efectiva do direito (de alimentos) violado*”.

Rui Epifânio, António Farinha²² e Tomé d’Almeida Ramião²³ consideram que o meio previsto no art. 110.º do RPSJM é um procedimento “*pré-executivo, ou seja, à margem de uma acção executiva e independentemente dela*”.

ii. Relação entre o mecanismo do “Incumprimento” constante do art. 121.º do RPSJM e o instituto dos “Descontos” consagrado no art. 110.º do RPSJM: *impeditividade* ou *alternatividade*

Coloca-se aqui a questão de saber se, perante um incumprimento da obrigação alimentar a menor no âmbito da regulação do exercício do poder paternal, o progenitor não faltoso ou o Ministério Público terá que recorrer ao procedimento de “incumprimento” previsto no próprio processo no art. 121.º do RPSJM (correspondente ao art. 41.º do RGPTC e ao revogado art. 181.º da OTM) ou poderá ir directamente ao meio regulado no art. 110.º (correspondente ao art. 48.º do RGPTC e ao revogado art. 189.º da OTM) com vista à efectivação do mecanismo de “Descontos”. Encontram-se os dois institutos numa relação de impeditividade ou de alternatividade?

Quanto a esta questão, Rui Epifânio e António Farinha²⁴ sustentam que, sempre que a prestação alimentar for fixada em acção de regulação do exercício

21 Cfr. J.P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devido a menores)*, 2.ª edição revista, Coimbra Editora, p.p. 427 a 429.

22 Cfr. RUI M. L. EPIFÂNIO e ANTÓNIO H.L. FARINHA, *Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro)*, *Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*, Livraria Almedina Coimbra, p. 432.

23 Cfr. TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível, de acordo com a Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio, Anotado e Comentado, Jurisprudência e Legislação Conexa*, Quid Juris Sociedade Editora, p. 191.

24 Cfr. RUI M. L. EPIFÂNIO e ANTÓNIO H.L. FARINHA, *Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro)*, *Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*, Livraria Almedina Coimbra, p. 433.

do poder paternal, o meio para a cobrança coerciva de alimentos deve ter lugar em incidente suscitado nos termos do art. 181.º da OTM (correspondente ao art. 121.º do RPSJM de Macau), com o fundamento de que o incumprimento do regime de prestação de alimentos por um dos progenitores reflecte muitas vezes não só um incumprimento, por parte do outro progenitor, do regime de visitas, como também a necessidade ou conveniência de ser revisto o regime de exercício do poder paternal, o que ilustra a importância do tratamento global de quaisquer dos aspectos em que se desdobra o exercício do poder paternal.

Remédio Marques²⁵, Tomé d'Almeida Ramião e a maioria da jurisprudência de Portugal²⁶ já consideram que existe uma *relação de alternatividade* entre o procedimento do incumprimento plasmado no art. 41.º do RGPTC (correspondente ao art. 121.º do RPSJM de Macau) e o meio do “desconto” estipulado no art. 48.º do RGPTC (correspondente no art. 110.º do RPSJM de Macau), i.e., o progenitor ou o Ministério Público pode lançar mão do mecanismo previsto no art. 41.º do RGPTC (correspondente ao art. 121.º do RPSJM de Macau) ou, em alternativa, do processo especial regulado pelo art. 48.º do RGPTC (correspondente no art. 110.º do RPSJM de Macau), não tendo previamente de recorrer ao incidente de incumprimento previsto no mencionado art. 41.º (correspondente ao art. 121.º do RPSJM de Macau).

Aliás, como referido pelo Tribunal da Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 15 de Abril de 2021 no Proc. N.º 74/15.0T8SXL-T.L1-2: “*Ambos os institutos comportam vantagens e desvantagens para o credor e para o devedor de alimentos. Assim, o incidente de incumprimento do artigo 41.º (art. 121.º do RPSJM) permite ao credor solicitar a condenação do devedor faltoso em multa até vinte UC, o que configura um elemento desvantajoso para o devedor, relativamente ao mecanismo do artigo 48.º (art. 110.º do RPSJM). Mas, ao invés, intentado o incidente de incumprimento, o devedor pode exercer o seu direito de contradizer, podendo comportar tal contraditório algum elemento modificativo da obrigação a cargo do devedor de alimentos. Por outro lado, se intentado o mecanismo dos descontos, o devedor não terá ao seu alcance o prévio exercício do contraditório.*”

Concordamos com a opinião de Rui Epifânio e António Farinha no sentido de que, por vezes, o incumprimento da obrigação de alimentos por parte do progenitor faltoso tem de ser atendido no âmbito da regulação do poder paternal

25 Cfr. J.P. REMÉDIO MARQUES, *Algumas notas sobre alimentos (devido a menores)*, 2.ª edição revista, Coimbra Editora, p. 427.

26 Cfr. Acórdãos da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 2020 proferido no Proc. N.º 1642/19.6T8PDL.L1-2 e de 15 de Abril de 2021, proferido no Proc. N.º 74/15.0T8SXL-T.L1-2 ; Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Janeiro de 2016, proferido no Proc. N.º 809/15.0T8VCT.G1 e de 23 de Outubro de 2017, proferido no Proc. N.º 942/12.0TAFAG1.

e, se for necessário, temos de recorrer ao art. 121.º do RPSJM para o facto ser tido em consideração para uma eventual alteração do poder paternal anteriormente fixado. No entanto, haverá também casos em que não se verifica esta preocupação (v.g. o faltoso não tem sequer o poder paternal do menor) e então, parece que o mais importante é a celeridade na cobrança coerciva dos alimentos do menor, justificando-se, assim, neste caso, o uso directo do art. 110.º do RPSJM. Sendo assim, entendemos que a escolha do procedimento processual deverá ficar à consideração do próprio credor ou Ministério Público, os quais optarão pelo meio mais adequado através do qual se tutelará melhor o interesse do menor, consoante as circunstâncias em concreto do caso. Portanto, aderimos à opinião de que entre os dois institutos existirá uma relação da alternatividade e não de imeditividade.

iii. Relação entre o mecanismo do “Incumprimento” constante do art. 121.º do RPSJM, o instituto dos “Descontos” consagrado no art. 110.º e a execução especial por alimentos: subsidiariedade, imeditividade ou alternatividade

Por outro lado, discute-se também a relação existente entre os procedimentos constantes dos arts. 110.º e 121.º do RPSJM e a execução especial por alimentos, que poderá consistir numa relação de *subsidiariedade*, *imeditividade* ou *alternatividade*.

Relativamente à relação de subsidiariedade, Remédio Marques²⁷ e Tomé d’Almeida Ramião²⁸ consideram que, como o mecanismo do desconto do art. 48.º do RGPTC (correspondente ao revogado art. 189.º da OTM e ao art. 110.º do RPSJM) é *um processo executivo especialíssimo*, e desde que seja possível a cobrança de alimentos através do instituto previsto no art. 48.º do RGPTC, deverá utilizar-se este meio, por ser *mais célere* e garantir de forma mais eficaz os interesses da criança, só na impossibilidade de obtenção de alimentos por esta via se podendo, então, efectuar a cobrança através da execução especial por alimentos regulada no CPC.

Neste sentido, encontram-se igualmente defensores na jurisprudência de Portugal, tal como o Acórdão de Relação de Évora de 07/01/1988²⁹ e o Acórdão

27 Cfr. J.P. REMÉDIO MARQUES, *Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Direito da família e das sucessões, Coimbra Editora, p.p. 633 e 634.

28 Cfr. TOMÉ D’ALMEIDA RAMIÃO, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível, de acordo com a Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio*, Anotado e Comentado, *Jurisprudência e Legislação Conexa*, Quid Juris Sociedade Editora, p.191.

29 Publicada na Coletânea de jurisprudência de 1988, Vol. I, p. 257, onde se refere que “I. Fixados alimentos em processo regulado na OTM, o meio adequado para compelir o obrigado ao

de Relação de Lisboa de 30/04/2009 no Proc. n.º 8771/08-2³⁰.

No entanto, Helena Bolieiro e Paulo Guerra³¹ consideram que ao credor é permitido lançar mão da ação executiva especial por alimentos, sem previamente intentar o mecanismo previsto no artigo 48.º do RGPTC. Todavia, entendem que uma vez utilizado o mecanismo dos descontos, o credor de alimentos já está impedido de intentar o processo executivo especial por alimentos.

Por fim, Rui Epifânio, António Farinha³², Clara Sottomayor³³ e a maioria da jurisprudência de Portugal³⁴ têm defendido que o credor de alimentos devidos a menor, com vista à cobrança de alimentos vencidos e não pagos, pode optar, *em alternativa*, entre os meios processuais à sua disposição, ou seja, o incidente de incumprimento previsto no art 41.º do RGPTC (correspondente ao revogado art. 181.º da OTM e ao art. 121.º do RPSJM), o procedimento de “descontos” regulado no art. 48.º do RGPTC (correspondente ao revogado art. 189.º da OTM e ao art. 110.º do RPSJM), ou a execução especial por alimentos prevista no CPC, em função da avaliação que realizará, em concreto, acerca dos seu próprio interesse na reintegração efectiva do direito lesado com o incumprimento da obrigação alimentar.

Deste modo, na óptica desta corrente, o procedimento previsto no art 41.º do RGPTC (correspondente ao revogado art. 181.º da OTM e ao art. 121.º do RPSJM) não poderá configurar-se como um processo especialíssimo relativamente

cumprimento é o do artigo 189.º desse diploma legal. II. Só quando não seja possível obter o pagamento por esse meio, se poderá requerer pelo tribunal comum execução especial por alimentos.”.

30 Onde se refere que “III. Desde que seja possível a cobrança dos alimentos através do desconto no vencimento ou dos rendimentos nas diversas alíneas do n.º 1 do artigo 189.º da OTM, deve ser utilizado este meio, afastando-se a cobrança coerciva através da propositura de acção executiva especial.”.

31 Cfr. HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 247.

32 Cfr. RUI M. L. EPIFÂNIO e ANTÓNIO H.L. FARINHA, *Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro)*, *Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*, Livraria Almedina Coimbra, p.p. 433 a 434.

33 Cfr. CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª edição (revista, aumentada e atualizada), Almedina, Coimbra, 2011, p.p. 359 a 360.

34 Cfr. Acórdão do STJ de 08 de Outubro de 2009, proferido no Proc. n.º 305-H/2000.P1.S1, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de Março de 2022 proferido no Proc. N.º 454/14.8T2OBR.C1, Acórdãos da Relação de Lisboa de 6 de Fevereiro de 2020 proferido no Proc. N.º 1642/19.6T8PDL.L1-2 e de 15 de Abril de 2021 proferido no Proc. N.º 74/15.0T8SXL-T.L1-2 ; Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Janeiro de 2016 proferido no Proc. N.º 809/15.0T8VCT.G1 e de 23 de Outubro de 2017 proferido no Proc. N.º 942/12.0TAFAG.1.

à execução especial por alimentos regida pelo CPC, tratando-se apenas de um *incidente pré-executivo*, tendo em conta o seu âmbito limitado dos bens do devedor que nele podem ser atingidos com vista à satisfação da prestação alimentar.

Portanto, no entendimento desta corrente, a informalidade e simplicidade procedimentais têm como seu contraponto *uma substancial limitação do âmbito das medidas coercitivas possíveis*, dado que, para além dos rendimentos auferidos pelo devedor, não poderão ser penhorados quaisquer outros bens de que o devedor seja titular, limitando-se, assim, de forma substancial e significativa, a tutela dada aos alimentos do menor, e a situação poderá até se agravar nas situações em que se tem acumulado um valor elevado dos alimentos em dívida ou quando o devedor não auferir sequer rendimentos (mas tem outros bens susceptíveis de penhora). E é por esta razão que esses autores e a maioria da jurisprudência de Portugal consideram que o credor dos alimentos (o menor) deverá poder optar, dentro dos meios processuais que estejam legalmente à sua disposição, pelo mais adequado para a realização do seu interesse.

Sendo assim, concordamos com a opinião de que se verifica uma relação de alternatividade entre os três mecanismos *supra* referidos, visto que o instituto constante do art. 110.º do RPSJM não deverá ser qualificado como um processo executivo especialíssimo, tratando-se assim, tão-só, de um procedimento que visa facilitar e acelerar a cobrança coerciva da obrigação alimentar devida a menor através da efectuação dos “descontos” nos vencimentos, pensões ou prestações periódicas de que o devedor é titular; por outro lado, no mesmo normativo também não se prevê qualquer limitação ao uso da execução especial por alimentos. Não nos podemos esquecer de que toda a regulamentação no diploma do RPSJM visa proteger de forma mais eficaz o interesse dos menores, pelo que não podemos, portanto, interpretar o art. 110.º do RPSJM no sentido de prejudicar o interesse dos menores cujos alimentos não foram cumpridos pontualmente pelo(s) seu(s) progenitor(es). Por conseguinte, perante as vantagens e as desvantagens destes três institutos acima aludidos, somos da opinião de que deverá caber ao credor de alimentos escolher, em alternativa, qual o meio mais adequado para assegurar e proteger o seu próprio interesse no caso concreto, não se podendo intentar em simultâneo dois ou mais mecanismos.

V. Conclusão

Tratando-se o direito a alimentos de um direito fundamental que radica no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à vida das pessoas, os três meios de efectivação coerciva da obrigação a alimentos existentes no ordenamento jurídico da RAEM consagram várias especialidades com vista a salvaguardar a

sua imediata e integral satisfação.

Para além das especialidades que já estão expressamente previstas e reguladas no CPC e no RPSJM e que já abordamos, quanto às possíveis soluções a dar a algumas questões que possam ser suscitadas relativamente à interpretação e à aplicação das disposições legais em vigor neste âmbito, tais como a questão da aplicabilidade dos limites máximo e mínimo da impenhorabilidade parcial dos vencimentos e outras prestações periódicas do executado e a da relação entre esses três meios coercivos de cobrança da prestação alimentar em Macau, somos da opinião de que, tendo em conta a necessidade e a urgência no cumprimento da obrigação de alimentos, devemos aderir às soluções que assegurem da melhor forma a realização total e imediata da prestação alimentar e, sendo assim, no que toca às questões referidas, entendemos que não se deve aplicar o limite máximo da impenhorabilidade parcial previsto no art. 707.º n.º 1 do CPC à acção da execução por alimentos, e que existe uma relação de alternatividade entre os três meios coercivos, com os fundamentos que foram especificados e expostos.

Bibliografia

BOLEIRO, HELENA e GUERRA, PAULO, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

CARDOSO, EURICO LOPES, *Manual da Acção Executiva*, 3.ª Edição (2.ª Reimpressão), Almedina Coimbra, 1996

CARLOS, ADELINO DA PALMA, *Direito Processual Civil, Acção Executiva*, Lisboa, AAFDL, 1968

EPIFÂNIO, RUI e FARINHA, ANTÓNIO, *Organização Tutelar de Menores (Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro)*, *Contributo para uma visão interdisciplinar do direito de menores e de família*, Almedina, Coimbra

FERREIRA, FERNANDO AMÂNCIO, *Curso de Processo de Execução*, 3.ª Edição Revista e Actualizada, Almedina

FREITAS, LEBRE DE, *A Acção Executiva à luz do Código do Processo Civil de 2013*, 6.ª Edição, Coimbra Editora

MARQUES, REMÉDIO, *Algumas notas sobre alimentos (devido a menores)*, 2.ª edição revista, Coimbra Editora

MARQUES, J.P. REMÉDIO, *Aspectos sobre o cumprimento coercivo das obrigações de alimentos, competência judiciária, reconhecimento e execução de decisões estrangeiras*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Direito da família e das sucessões, Coimbra Editora

OLIVEIRA, GIL DE e PINHO, CÂNDIDO, *Código Civil de Macau*

Anotado e Comentado, Jurisprudência, Livro III, Direito das obrigações, Vol. VIII, CFJJ, 2020

RAMIÃO, TOMÉ D' ALMEIDA, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível, de acordo com a Lei n.º 24/2017, de 24 de Maio, Anotado e Comentado, Jurisprudência e Legislação Conexa*, Quid Juris Sociedade Editora

REIS, ALBERTO DOS, *Comentário ao Código de Processo Civil, Vol. III, Coimbra, 1946*

SOTTOMAYOR, CLARA, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 5ª edição (revista, aumentada e atualizada)*, Almedina, Coimbra, 2011

TRIGO, MANUEL, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Vol. III, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016*

TRIGO, MANUEL, *Dos Alimentos em Geral*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 35, 2014

PINTO, RUI, *A Ação Executiva*, Editora AAFDL, 2018



RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA OMISSÃO DE ALIMENTOS NO DIREITO DE MACAU*

Wong Man

*Estudante do Mestrado em Direito em Língua Portuguesa
Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

Resumo: No ordenamento jurídico de Macau, perante a omissão ou o incumprimento da obrigação de alimentos, a reacção penal, quer pela via substantiva, quer pela via adjectiva, garante ao alimentando-credor mais possibilidades para obter os alimentos legalmente devidos, reconstituindo-se a própria vida condigna constitucionalmente garantida com a satisfação das necessidades fundamentais, tutelando assim os bens jurídicos eminentemente pessoais, por um lado, os bens jurídicos instrumentais ou valores-meios que sirvam para a efectivação dos valores essenciais, por outro lado.

Palavras-chave: Alimentos; relações familiares; crime de violação da obrigação de alimentos; art. 242.º do Código Penal de Macau; dignidade penal; alimentando; alimentante; necessidades fundamentais; bem jurídico eminentemente pessoal; bem jurídico instrumental; perigo concreto; dispensa de pena; suspensão provisória do processo.

* Este estudo teve por base o trabalho curricular apresentado na disciplina de Direito Civil I do Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. O presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

1. Considerações introdutórias

No ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau (doravante designada por Macau), em casos de omissão ou incumprimento da obrigação de alimentos no âmbito das relações familiares, além da tutela civil disponibilizada através do mecanismo de execução especial por alimentos previsto nos arts. 958.º a 962.º do Código de Processo Civil (CPC) de Macau, o alimentando-credor pode ainda recorrer à via penal estabelecida no art. 242.º do Código Penal (CP) de Macau, onde se prevê o crime de violação da obrigação de alimentos, para tentar obter a prestação alimentícia legalmente devida através da sentença condenatória de aplicação da pena de prisão ou da pena de multa pelo tribunal, mesmo sem esgotamento das vias civis de cobrança, embora o cumprimento da obrigação de alimentos não seja uma consequência jurídica automática ou necessária da condenação.

No que concerne ao crime de violação da obrigação de alimentos, até ao momento, ao contrário do que acontece em Portugal, em que o mesmo crime e as respectivas alterações introduzidas ulteriormente em 2007 e 2008 têm sido sempre alvo de dúvidas e debates entre os académicos e especialistas, existe em Macau pouca discussão e análise, quer doutrinamente¹, quer jurisprudencialmente², em matérias sobre o crime em causa previsto e punido pelo art. 242.º do CP de Macau que mantém ainda a redacção consagrada em 1995, que, a nosso ver, pode ser devido à reduzida verificação deste crime no contexto de Macau, ao contrário do que acontece em Portugal.

Em relação aos crimes contra a família³, que abrange o crime de violação da obrigação de alimentos que é o foco do presente trabalho, de acordo com as estatísticas publicadas no website pelo Ministério Público da Região Administrativa Especial de Macau (MP), nos últimos 10 anos, quer do ponto

1 Destaca-se a *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial) Volume I a Volume VI* elaborada e escrita por MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES e publicada pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária durante os anos de 2013 a 2018 que contribuiu muito para a investigação sobre o CP de Macau, na qual o crime de violação da obrigação de alimentos está analisado no Volume V desta colecção. *Vide* MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial), Volume V*, pp. 80-89.

2 Não se encontraram nenhuns acórdãos com texto integral quanto ao crime de violação da obrigação de alimentos no website dos Tribunais de Macau, representando uma limitação a esta investigação. Neste aspecto, conforme afirma MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, «[s]em registos a destacar.», *idem*, p. 89, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

3 São 4 os crimes contra a família previstos no actual CP de Macau: (1) Bigamia (art. 239.º); (2) Falsificação de estado civil (art. 240.º); (3) Subtracção de menor (art. 241.º); (4) Violação da obrigação de alimentos (art. 242.º).

de vista dos inquéritos autuados, quer do ponto de vista dos crimes acusados, o número de casos era muito pequeno, mostrando que a criminalidade desta categoria de crimes é relativamente baixa, não apresentando grande desafio para o ordenamento jurídico e a comunidade de Macau (*vide* Anexo 1).

Como nota complementar, para além do pequeno número dos crimes contra a família, podemos ainda deduzir com base nas estatísticas do MP e da Direcção dos Serviços de Estatística e Censos (DSEC) acima referenciadas que, na realidade, de modo geral e tendencialmente, não existe qualquer correlação positiva ou negativa de forma linear entre o número de casos e o valor do produto interno bruto, ou seja, entre a criminalidade e a actividade económica, implicando que, a nosso ver, pelo menos em relação aos crimes contra a família, na maioria das situações, a prosperidade ou não de economia da Região não tem necessariamente repercussão directa e forte, quer positiva, quer negativa, sobre o número de crimes cometidos desta categoria.

Ademais, de acordo com as estatísticas relativas ao número dos inquéritos autuados do crime de violação da obrigação de alimentos durante o mesmo período fornecidas pelo MP (*vide* Anexo 2), podemos afirmar, com base no número restrito dos autos, o número de denúncias do crime em apreço na nossa Região é baixo, o que nos ajuda a explicar a pouca atenção dispensada a este crime pelo público. Porém, por falta da averiguação empírica da existência ou não das denominadas cifras negras⁴, não temos condições para concluir directamente que o número de crimes é pequeno ou que o crime é pouco frequente.

No presente trabalho, iremos realizar uma investigação científica sobre a responsabilidade criminal pela omissão de alimentos no direito de Macau com vista a fornecer mais uma perspectiva na análise sobre o direito a alimentos no contexto de Macau, concentrando a nossa atenção nas especificidades do crime de violação da obrigação de alimentos previsto e punido pelo art. 242.º que se insere nos crimes contra a família no Capítulo I do Título IV do CP de Macau, abordando principalmente os temas que rodeiam o bem jurídico tutelado pela incriminação, o tipo incriminador, o agente e o regime punitivo, de forma a reflectir as devidas discussões e conclusões sobre a eficácia e a eficiência de intervenção penal no âmbito deste crime e a necessidade de recorrer à pena nele prevista, tendo em consideração a primordialidade da satisfação imediata e pronta das necessidades fundamentais do alimentando que está já em perigo, com base na realidade social, económica e cultural de Macau.

4 Os factores condicionantes da não apresentação de queixa podem ser múltiplos e complexos. A título exemplificativo, como refere PEDRO CAEIRO, «...nomeadamente quando a não apresentação de queixa pela vítima se deva apenas à coacção que sobre ela é exercida, e/ou crie para ela um risco acrescido de novas vitimizações». *Vide* PEDRO CAEIRO, *Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica*, p. 668.

2. Crime de violação da obrigação de alimentos no Direito de Macau

No ordenamento jurídico de Macau, confere-se dignidade penal à conduta omissiva de violação da obrigação de alimentos quando a omissão põe em perigo a satisfação das necessidades fundamentais do alimentando. Dito de outro modo, o simples incumprimento da obrigação alimentar, em si mesmo, apenas tem conteúdo económico, é uma dívida civil, porém, justifica-se a intervenção penal quando está em causa a colocação em perigo de direitos fundamentais do alimentando⁵.

A título da tutela penal, em casos de omissão de alimentos legal ou judicialmente devidos ao alimentando-credor, o alimentante-devedor é susceptível de ser punido pelo crime de violação da obrigação de alimentos previsto e punido pelo art. 242.º do CP de Macau. O apontado crime insere-se nos crimes contra a família que se situam no Capítulo I do Título IV do código, sendo o quarto e o último dos tipos integrados pelo legislador neste capítulo⁶, delimitando desta forma o campo de incriminação exclusivamente às relações familiares pelos ancorados auxílio e solidariedade familiares baseados numa ligação próxima e laços fortes, ou seja, sendo um crime específico ou próprio que só pode ser cometido por agente com certa qualidade exigida pelo tipo legal, dito de outras palavras, «o círculo de agentes possíveis fica reduzido àquelas pessoas especialmente designadas no tipo»⁷, excluindo assim os terceiros lesantes a quem o alimentando pode exigir alimentos ao abrigo da tutela civil em caso de morte ou lesão corporal do alimentante como previsto no n.º 3 do art. 488.º do Código Civil (CC) de Macau⁸, bem como os devedores que prestam alimentos com base nas relações extrafamiliares que surgem por via convencional ou contratual como regulado no n.º 1 do art. 1855.º do CC de Macau⁹. Ademais, não estão abrangidos também os

5 Neste sentido, *vide* Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º: 597/00.5TAPBL.C1, 2009/07/08, Relator: VASQUES OSÓRIO; Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º: 10/07.7TAMGD.P1, 2011/06/22, Relator: EDUARDA LOBO; Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º: 1727/09.7PBVIS.C1, 2013/07/03, Relator: ISABEL VALONGO.

6 MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial), Volume V*, p. 80, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

7 GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português: Teoria do Crime*, p. 33.

8 Prevê-se no n.º 3 do art. 488.º do CC de Macau que, «[t]êm igualmente direito a indemnização os que podiam exigir alimentos ao lesado ou aqueles a quem o lesado os prestava no cumprimento de uma obrigação natural.»

9 Abrangendo as obrigações alimentares oriundas das previsões convencionais, como acontece em casos de testamento e doação, ao abrigo do n.º 1 do art. 1855.º do CC de Macau, «[à] obrigação alimentar que tenha por fonte um negócio jurídico são aplicáveis, com as necessárias correções, as disposições deste capítulo, desde que não estejam em oposição com a vontade manifestada ou com disposições especiais da lei.»

casos de alimentos assegurados ao arrestado como previsto no n.º 3 do art. 353.º e ao falido como regulado no art. 1099.º, todos do CPC de Macau.

A seguir, iremos analisar as especificidades básicas do crime de violação da obrigação de alimentos previsto e punido pelo art. 242.º do CP de Macau com vista a indagar a reacção penal perante a omissão de alimentos no direito de Macau.

2.1. Bem jurídico

Em primeiro lugar, iremos analisar e discutir a dimensão penal do bem jurídico que a incriminação pretende proteger no crime de violação da obrigação de alimentos.

Como ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, o bem jurídico é «a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso»¹⁰. Em paralelo, para HANS-HEINRICH JESCHECK, os bens jurídicos são bens vitais e indispensáveis para a convivência humana em comunidade que devem ser protegidos pelo poder coercitivo do Estado mediante a pena criminal¹¹. Entende-se que o direito a alimentos é um direito pessoal de conteúdo patrimonial, sendo pessoal porque se funda nas relações familiares em que o alimentante-devedor e o alimentando-credor estão ligados por um laço familiar como acima referido e porque se estabelece *intuitu personae* em função das necessidades do alimentando¹², tendo conteúdo patrimonial porque em regra é fixado em prestações pecuniárias^{13 14}.

Partindo deste entendimento, qual é o bem jurídico concretamente protegido pelo apontado crime e de que natureza, pessoal ou patrimonial?

Na doutrina, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE anota que o bem jurídico protegido pela incriminação é a satisfação das necessidades fundamentais do titular do direito a alimentos¹⁵, embora não indique com clareza o valor jurídico-

10 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal*, p. 43.

11 HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, p. 6.

12 *Vide* os arts. 1844.º e 1845.º do CC de Macau.

13 Os alimentos fixados em prestações pecuniárias permitem satisfazer melhor as mais variadas necessidades diárias do alimentando, como por exemplo, as despesas para transporte, medicamentos e propinas, lhe fornecendo uma maior flexibilidade em decidir como utilizar o montante.

14 Neste sentido, *vide* MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume III, Alimentos Sucessões*, p. 10.

15 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 917, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); MIGUEZ GARCIA,

penal inerente à satisfação das necessidades fundamentais do alimentando que nos possa ajudar a determinar em concreto o bem jurídico que o crime pretende proteger, o ilustre professor conclui que o agente comete tantos crimes quantas as pessoas com direito a alimentos que estão postos em perigo, tendo em conta a natureza pessoalíssima do direito (atinentes às necessidades fundamentais do alimentando)¹⁶. Esta é igualmente a posição adoptada por MIGUEZ GARCIA e J. M. CASTELA RIO. Por outro lado, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA no início entende que não está em causa um bem jurídico estritamente pessoal, antes, pelo contrário, um bem jurídico de carácter acentuadamente patrimonial¹⁷, embora modere um pouco a sua posição ulteriormente no trabalho preparatório para uma Segunda Edição do Tomo II do Comentário Conimbricense do Código Penal de Portugal, que referiremos adiante, com a qual estamos de acordo.

No nosso entender, e salvo melhor opinião, tendo em conta a realidade social, económica e cultural de Macau, em última instância, os valores jurídico-penais específicos inerentes à criminalização da conduta omissiva na prestação de alimentos legalmente obrigados previsto e punido pelo art. 242.º do CP de Macau visa tutelar, por um lado, bens jurídicos eminentemente pessoais e, por outro, bens jurídicos instrumentais ou valores-meios que sirvam para a efectivação dos valores essenciais. No âmbito dos bens jurídicos eminentemente pessoais, ao reconhecer ao alimentando o direito a alimentos e de exigir através de via penal a respectiva prestação quando a satisfação das necessidades fundamentais está em perigo sem auxílio de terceiro, e impor ao alimentante o cumprimento da obrigação, está em causa a protecção do direito à vida e à integridade física, inclusive o bem-estar, a saúde física e psíquica¹⁸, do alimentando em nome da personalidade e da dignidade humana, cuja protecção está consagrada no art. 30.º da Lei Básica (LB) de Macau, nos arts. 6.º e 10.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e nos arts. 70.º e 71.º do CC de Macau, ou seja, fundada

J. M. CASTELA RIO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1042, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

16 *Idem*, p. 919. Concordante, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português: Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, p. 805, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

17 JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo II*, coordenado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, p. 634, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

18 Neste sentido, *vide* Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. n.º: 1477/05-1, 2005/10/24, Relator: MIGUEZ GARCIA, no qual se refere que, «[a] pesar de o MP ter acusado por dois crimes, por serem duas as menores a quem eram devidos alimentos, assentando, fundamentalmente, em os bens jurídicos em causa serem, em última instância, a própria vida, integridade física e a saúde dos alimentandos, e não bens jurídicos de carácter patrimonial, ...».

em valores constitucionais e internacionais, que se alcance através da satisfação das necessidades fundamentais a uma vida condigna. Está em causa, pois, como conclui ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, uma dimensão (ontológica) essencial do indivíduo, e não propriamente uma preocupação pela realização das prestações obrigacionais enquanto valor a se, realidade sem peso e dignidade penais¹⁹. Ademais, MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES entende que, o próprio código dá clara indicação de que se violam bens jurídicos eminentemente pessoais ao incluir este artigo num título intitulado crimes contra a vida em sociedade e numa secção intitulada crimes contra a família²⁰.

Relativa à ideia que diz respeito aos bens jurídicos instrumentais ou valores-meios, seguindo de perto a aceção defendida por ALMEIDA COSTA, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA nota que estamos perante um bem jurídico-penal instrumental ou bem-meio que se destina a tutelar penalmente as exigências comunitárias que impendem sobre sujeitos ou agentes vinculados pelas relações jurídico-familiares no sentido de assumirem as suas responsabilidades, revelando assim um papel funcional ou institucional, designadamente num Estado de Direito (social)²¹.

Neste aspecto, tendo em conta a realidade social, económica e cultural de Macau, concordamos com este comentário mais actualizado e moderado de JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA²², no sentido de que para além dos vários tipos de apoios financeiros concedidos pelo governo, quer de natureza duradoura, permanente ou não, a título exemplificativo, entre os prestados pelo Serviço de Apoio a Indivíduos e Família dirigido pelo Instituto de Acção Social (IAS), que abrange o apoio financeiro, o subsídio para idosos, o subsídio de invalidez, bem como a tutela reforçada que tem como base regime jurídico concreto, por exemplo, a Lei n.º 12/2018 Regime jurídico de garantias dos direitos e interesses dos idosos²³, no seu art. 7.º no qual está estabelecido expressamente um preceito legal sobre os alimentos e cuidados garantidos aos idosos, existem ainda em

19 ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Da obrigação familiar de alimentos e das consequências penais do respectivo incumprimento: o actual exemplo português*, p. 56.

20 Citado pelo Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º: 1735/09.8TACSC.L1-9, 2017/02/16, Relator: FILIPA COSTA LOURENÇO. Discordante: JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, p. 14, entendendo que a própria inserção sistemática indica que não está em causa um bem jurídico estritamente pessoal.

21 JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, p. 15.

22 Embora defenda ainda que não está em causa um bem jurídico estritamente pessoal, *idem*, p. 14.

23 Conforme referido no n.º 2 do art. 1.º do Regime jurídico de garantias dos direitos e interesses dos idosos, esta lei tem como finalidade promover a criação de uma sociedade inclusiva que consagre o apoio e o sentido de pertença e de utilidade na terceira idade.

Macau várias instituições públicas ou sociais que visam dar auxílio e assistência às pessoas necessitadas²⁴, fazendo com que na prática a satisfação das necessidades fundamentais do alimentando não se encontre tal facilmente em verdadeiro perigo de emergência no contexto de Macau.

2.2. Tipo incriminador

O crime de violação da obrigação de alimentos previsto e punido pelo art. 242.º do actual CP de Macau mantém ainda a redacção consagrada em 1995 no CP de Portugal composta por três números²⁵. Porém, em Portugal, na sequência das Lei n.º 59/2007, de 04 de Setembro, e Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a versão portuguesa do tipo legal do crime homólogo em apreço regulado no art. 250.º do CP de Portugal surgiu alterada com a introdução de modalidades de realização típica adicionais, fazendo com que o crime fundamental (e único) antigamente previsto no n.º 1 do art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao n.º 1 do art. 242.º do actual CP de Macau) tenha passado a ser considerado uma forma mais agravada de violação de alimentos (o n.º 3 do art. 250.º do actual CP de Portugal)²⁶. Tendo em conta a realidade da violação relativamente mais frequente desta obrigação em Portugal, como nota JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, «o facto de este tipo de obrigações, pelos fundamentos e pelas finalidades que lhe subjazem, dificilmente poder ser exequível atempadamente (mesmo apoiado por um sistema de processo executivo relativamente eficaz).»²⁷, podemos perceber os esforços do legislador português em decidir alargar o âmbito da tipificação das condutas omissivas ilícitas²⁸ em prol da melhor e maior protecção dos credores

24 A título exemplificativo, *vide* Base de Dados dos Equipamentos Sociais de Macau organizada pelo IAS: <http://iasweb.ias.gov.mo/inst/portuguese.htm>.

25 Dito de outro modo, até 2007, o crime de violação da obrigação de alimentos previsto e punido pelo art. 242.º do CP de Macau e pelo art. 250.º do CP de Portugal, respectivamente, partilhavam a mesma redacção com igual teor, «1. Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir essa obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 2. O procedimento penal depende de queixa. 3. Se a obrigação vier a ser cumprida, pode o tribunal dispensar de pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida.»

26 JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, p. 11.

27 *Ibidem*.

28 Prevê-se no actual art. 250.º do CP de Portugal que, «1 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois meses seguintes ao vencimento, é punido com pena de multa até 120 dias. 2 - A prática reiterada do crime referido no número anterior é punível com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias. 3 - Quem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições

de alimentos face às situações de necessidade, embora não estejam imunes de dúvidas e críticas²⁹.

2.2.1. Obrigação legal de alimentos

Voltamos agora para o preceito legal no CP de Macau. Diz-se no n.º 1 do art. 242.º que, «[q]uem, estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir essa obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.». Como anota JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, o pressuposto típico é a existência de uma obrigação legal de alimentos³⁰. Reiteramos neste ponto que o essencial para o preenchimento do tipo não depende apenas do incumprimento dessa obrigação legal de alimentos, mas que deste resulte o perigo para a satisfação das necessidades do respectivo credor³¹.

A obrigação de alimentos está definida pelas regras no direito civil, integrando-se no direito familiar como um instituto autónomo no Capítulo I e Capítulo II do Título V “Dos alimentos”, que tem como fundamento as relações de casamento, parentesco, incluindo a adopção e afinidade, ou seja, como esclarece MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, ficando excluídas as obrigações alimentares fora do âmbito jurídico-familiar³², sendo os familiares estabelecidos

de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 4 - Quem, com a intenção de não prestar alimentos, se colocar na impossibilidade de o fazer e violar a obrigação a que está sujeito criando o perigo previsto no número anterior, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias. 5 - O procedimento criminal depende de queixa. 6 - Se a obrigação vier a ser cumprida, pode o tribunal dispensar de pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida.».

- 29 *Vide*, designadamente, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, pp. 9-13, no qual se elencam as dúvidas e as críticas principais à volta das actualizações legislativas do crime em apreço, notando que «[e]m qualquer caso, a solução agora afirmada é, a todos os títulos, um recuo, ou uma “involução” em matéria de tendência descriminalizadora.».
- 30 JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo II*, coordenado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, p. 622, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).
- 31 Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Proc. n.º: 1727/09.7PBVIS.C1, 2013/07/03, Relator: ISABEL VALONGO.
- 32 MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português: Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, p. 805, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

na lei as pessoas legalmente obrigadas a prestar alimentos³³, tema que trataremos com mais profundidade adiante quando analisamos os agentes envolvidos no tipo legal do crime. Nota-se que a expressão «...estando legalmente obrigado...» no n.º 1 do art. 242.º abrange também os alimentos fixados através das decisões judiciais no âmbito jurídico-familiar transitadas em julgado, como em casos de acções de divórcio, de regulação do poder paternal, de reconhecimento da paternidade ou maternidade, para além dos que resultam directamente da lei³⁴.

2.2.2. Forma de consumação do crime

No que diz respeito à modalidade do crime de violação da obrigação de alimentos à luz do direito de Macau, tal como atrás referido, está prevista uma única forma de consumação do crime no n.º 1 do art. 242.º do CP de Macau, de acordo com o qual o crime consuma-se com o incumprimento doloso³⁵ da prestação de alimentos por devedor familiar (alimentante) que esteja em condições e com possibilidade de cumprir, colocando assim, com a respectiva conduta omissiva, em perigo a satisfação das necessidades fundamentais do credor familiar (alimentando) sem auxílio de terceiro. Dito de outro modo, segundo os princípios da necessidade, da possibilidade e da proporcionalidade consagrados no instituto da obrigação de alimentos, quando o alimentante não cumpre a obrigação legal porque não se encontrar em condições de prestar alimentos³⁶, a conduta omissiva

33 Sobre o regime dos alimentos no direito de Macau, *vide* MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume III, Alimentos Sucessões*; MANUEL TRIGO, *Dos alimentos em geral*.

34 Neste sentido, *vide* MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português: Anotado e Comentado - Legislação Complementar*, p. 805, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 917, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial), Volume V*, p. 82, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

35 É vulgarmente aceite que o tipo legal pressupõe o dolo, bastando o dolo eventual, ou seja, o tipo subjectivo admite qualquer modalidade de dolo. *Vide* JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, p. 37; PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 918, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); M. MIGUEZ GARCIA, J. M. CASTELARÍO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1043, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

36 As causas podem ser várias, desde que sejam razoáveis e comprovadas, a título exemplificativo, o alimentante-devedor se encontra desempregado ou incapacitado para trabalho por lesão corporal ou doença. Porém, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA entende que se impõe ao juiz

não se considera típica, ou seja, está afastada a tipicidade do incumprimento³⁷, cabendo ao juiz fazer uma avaliação e uma ponderação criteriosas caso a caso com base nos dados objectivos da situação económica e financeira concreta do devedor antes de determinar se este tem a capacidade de prestar alimentos ou não, ou seja, como fundamenta o Ac. do Tribunal da Relação do Porto, a verificação do conceito normativo jurídico-penal de «...em condições de o fazer...» implica a alegação e a prova, não de «juízos de valor» nem «juízos conclusivos», mas de «factos objectivos» e de «juízos de facto» expressivos de uma condição económica efectiva do devedor de alimentos capaz ao tempo do incumprimento de suportar a satisfação da obrigação alimentar³⁸. Em simultâneo, perante um crime de perigo concreto³⁹, por parte do alimentando, é necessário fazer prova do perigo da não satisfação das suas necessidades fundamentais efectivamente causado pela conduta omissiva do alimentante, e que os factos ilícitos típicos integradores de «pondo em perigo a satisfação...das necessidades fundamentais...» têm que ser provados em tribunal para sustentar a concretização do perigo e consequentemente a consumação do crime⁴⁰.

penal ao proceder a uma avaliação autónoma do elemento típico “em condições de o fazer ou não”, para além das alegações ou declarações do alimentante. *Vide* JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo II*, coordenado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, p. 629, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

- 37 Neste sentido, *vide* M. MIGUEZ GARCIA, J. M. CASTELA RIO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1043, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 918, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).
- 38 Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º: 1012/13.0TAVLG.P1, 2017/08/03, Relator: CASTELA RIO.
- 39 Neste sentido, *vide* MIGUEZ GARCIA, J. M. CASTELA RIO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1043, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 917, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Da obrigação familiar de alimentos e das consequências penais do respectivo incumprimento: o actual exemplo português*, p. 61, e também o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º: 1735/09.8TACSC.L1-9, 2017/02/16, Relator: FILIPA COSTA LOURENÇO.
- 40 Neste sentido, *vide* M. MIGUEZ GARCIA, J. M. CASTELA RIO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1043, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau), e também o Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, Proc. n.º: 1735/09.8TACSC.L1-9, 2017/02/16, Relator: FILIPA COSTA LOURENÇO.

2.2.3. Necessidades fundamentais

No que concerne ao conceito normativo de «necessidades fundamentais» no âmbito do direito a alimentos, como acima referido, a definição-base do conceito está prevista no CC de Macau, de acordo com o n.º 1 do art. 1844.º, nos termos do qual, «[p]or alimentos entende-se tudo o que é indispensável à satisfação das necessidades da vida do alimentado, nomeadamente ao seu sustento, habitação, vestuário, saúde e lazer.», e no n.º 2 do mesmo artigo se prevê ainda que, «[o]s alimentos compreendem também a instrução e educação do alimentado no caso de este ser menor ou, embora maior, se encontrar na situação prevista no artigo 1735.º», delimitando assim uma zona nuclear do conteúdo de alimentos que se destina a assegurar o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, ou mais concretamente, do alimentando, que tem como base a satisfação das necessidades essenciais a uma vida condigna.

Porém, tendo em conta o carácter de *ultima ratio* inerente ao direito penal, relativamente ao conteúdo do conceito normativo de «necessidades fundamentais», defendemos uma interpretação relativamente restritiva do conceito em análise enquanto elemento tipo do crime, designadamente a adoptada por PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, de acordo com a qual as necessidades fundamentais abrangem não apenas as necessidades do nível da subsistência, mas também as necessidades inerentes ao modo de vida normal do alimentando⁴¹, desde que não sejam sumptuárias⁴², ou seja, excluem-se as despesas acessórias que não sejam imprescindíveis. Dito por outras palavras, ao avaliar e determinar a repercussão possível do eventual incumprimento total ou parcial pelo alimentante da satisfação das necessidades fundamentais do alimentando na vida quotidiana deste, temos que investigar de forma multifacetada as necessidades correntes do titular do direito a alimentos que são cruciais para ele ter uma vida condigna e razoável⁴³ consoante o caso em apreço, não se limitando às necessidades físicas que são

41 M. MIGUEZ GARCIA e J. M. CASTELARIO defendem também a mesma posição, só que não mencionam especificamente a exclusão de despesas acessórias. Vide M. MIGUEZ GARCIA, J. M. CASTELARIO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1042, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

42 PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 917, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau). Concordante: MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial)*, Volume V, p. 81, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

43 Como nota MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, a fixação faz apelo a um critério de razoabilidade. Vide MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial)*, Volume V, p. 81, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

imprescindíveis para manter a vida.

Neste aspecto, JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA no início toma uma posição que parece inclinar-se para uma interpretação relativamente ampla, entendendo que no crime de violação da obrigação de alimentos, o conceito normativo de «necessidades fundamentais» não abrange meramente o que é estritamente necessário, mas também o que está legalmente determinado quanto à medida dos alimentos⁴⁴, o que implica que, no nosso entender, como por exemplo, em caso de divórcio, quando a fixação de alimentos decorre por via intermédia como defende MANUEL TRIGO, ou seja, para além de garantir que o conteúdo dos alimentos não pode nem deve ser menos que o mínimo indispensável ou de subsistência, adopta-se um critério especial de fixação que permite uma interpretação ampla do que seja “indispensável” ao alimentando, mesmo que a fixação não se destine totalmente à manutenção do padrão de vida existente durante o casamento, não sendo de excluir também que esse padrão seja assegurado de acordo com a equidade ou por convenção entre os cônjuges⁴⁵. Neste caso, se julgarmos de acordo com a posição tomada por JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, o alimentante incorrerá em crime de violação da obrigação de alimentos mesmo que as necessidades fundamentais em perigo sejam meramente acessórias quanto à vida quotidiana ou corrente do alimentando que foram fixados por via intermédia⁴⁶ suportada por uma interpretação ampla que permite ir para além do mínimo indispensável ou de subsistência, que provavelmente não coloca em crise o bem jurídico protegido pela incriminação. Todavia, ulteriormente, o autor passa a defender também uma interpretação restritiva do conceito normativo de «necessidades fundamentais», entendendo que são as necessidades básicas do que o alimentando carece para a sua vida quotidiana ou corrente⁴⁷.

44 JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo II*, coordenado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, p. 631, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau). Neste aspecto, MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES acha excessivo o critério defendido por JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA. Vide MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial), Volume V*, p. 83, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

45 MANUEL TRIGO, *Sobre os alimentos em especial e o casamento*, pp. 418-419, onde se refere que, «...tendo em conta as circunstâncias enunciadas e ainda todas as circunstâncias que influem sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e sobre as possibilidades do que os presta.»

46 Assegurando ainda o respeito pelos princípios da necessidade, da possibilidade e da proporcionalidade consagrados no instituto da obrigação de alimentos.

47 JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, p. 34.

2.3. Agente

No que diz respeito ao agente do crime de violação da obrigação de alimentos, sendo um crime específico ou próprio, o agente do crime tem que ter uma qualidade especial no âmbito das relações familiares exigidas pelo tipo legal em que são obrigados a prestar alimentos. Como entende MANUEL TRIGO, considerando a obrigação de alimentos como uma obrigação familiar, por obrigação legal de alimentos, os credores e devedores legais de alimentos são familiares entre si ou equiparados, em função da relação jurídica e da relação de facto juridicamente relevante entre eles existente⁴⁸. Partindo deste entendimento, como atrás mencionado, a expressão «...estando legalmente obrigado...» no n.º 1 do art. 242.º do CP de Macau abrange tanto a obrigação de alimentos que resulta directamente da lei ou imposição legal, como a que é fixada através das decisões judiciais no âmbito jurídico-familiar transitadas em julgado⁴⁹.

No âmbito dos alimentos em geral, conforme previsto no n.º 1 do art. 1850.º do CC de Macau, estão vinculados à prestação de alimentos, pela ordem indicada: a) O cônjuge ou o ex-cônjuge; b) Os descendentes; c) Os ascendentes; d) O padrasto e a madrasta não separados de facto, relativamente a enteados menores que estejam a cargo do cônjuge, ou o estivessem no momento da morte deste; e) Os irmãos, durante a menoridade do alimentando⁵⁰, ou seja, a expressão «[q]uem, estando legalmente obrigado...» no n.º 1 do art. 242.º do CP refere-se basicamente os familiares mais próximos estabelecidos na lei pelo casamento, parentesco (designadamente na filiação, extensiva à adopção) e afinidade, que estão vinculados por um laço familiar especialmente forte que justifica a intenção do legislador em definir um grau mínimo de auxílio e de solidariedade mútua⁵¹ entre este círculo de pessoas quanto à prestação de alimentos.

Em termos dos alimentos em especial, estabelecem-se disposições especiais relativas ao direito a alimentos no âmbito de algumas relações familiares, como de

48 MANUEL TRIGO, *Dos alimentos em geral*, pp. 322-323.

49 Como em casos de acções de divórcio, de regulação do poder paternal, de reconhecimento da paternidade ou maternidade.

50 Excluindo os tios e mantendo a previsão da responsabilidade dos irmãos, em qualquer dos casos apenas durante a menoridade do alimentado, e a alteração da ordem de responsabilidade entre irmãos e afins no primeiro grau da linha recta, passando estes a responder prioritariamente em relação àqueles. *Vide* MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume III, Alimentos Sucessões*, pp. 4-5.

51 No sentido de que ambas as possibilidades do alimentante e as necessidades do alimentando normalmente variam em momentos diferentes da vida, em que o beneficiário do direito a alimentos hoje poderá passar a ser quem toma a responsabilidade de prestar alimentos amanhã, como no caso mais óbvio de alimentos entre ascendentes e descendentes.

casamento, parentesco e afinidade, e parafamiliares, como de união de facto e da relação entre mãe e pai não unidos pelo matrimónio. Em primeiro lugar, prevê-se nos arts. 1856.º e seguintes do CC de Macau a obrigação alimentar relativamente aos cônjuges na vigência do casamento⁵² (inclusive o período de separação de facto do casal⁵³) e aos ex-cônjuges em caso de divórcio no qual a titularidade do direito a alimentos se determina principalmente segundo o grau de culpa ou de responsabilidade⁵⁴ do cônjuge ou dos cônjuges, e não meramente com base nos princípios da necessidade e da possibilidade⁵⁵. Em segundo lugar, estão ainda sujeitos à obrigação de alimentos os herdeiros, legatários ou seus subadquirentes de quem o cônjuge sobrevivo, o filho sobrevivo e o unido de facto sobrevivo⁵⁶ têm direito a ser alimentados pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, conforme previsto nos arts. 1859.º, 1861.º e 1862.º do CC de Macau, constituindo-se um encargo especial sobre a herança a cumprir pelos herdeiros, legatários e seus subadquirentes. Mais, o pai não unido pelo matrimónio à mãe do filho é obrigado a prestar alimentos à mãe por certo período de tempo definido na lei por causa do filho nos termos do n.º 1 do art. 1863.º do CC de Macau, e também o investigado na acção de investigação judicial de paternidade e de maternidade que é obrigado a prestar alimentos provisórios como estabelecido nos arts. 1680.º, 1848.º e no n.º 2 do art. 1863.º do CC de Macau.

2.4. Regime punitivo

No n.º 1 do art. 242.º do CP de Macau prevê-se que, «... é punido com pena

-
- 52 *Vide* também o art. 1536.º do CC de Macau que diz respeito ao dever de assistência em geral entre os cônjuges.
- 53 Neste sentido, *vide* Ac. do Tribunal de Segunda Instância, Proc. n.º: 107/2013, Relator: JOSÉ CÂNDIDO DE PINHO.
- 54 Mesmo que sem fundamento na culpa como no caso previsto na al. b) do n.º 1 do art. 1857.º do CC de Macau, no qual é possível que o ex-cônjuge que sofra a alteração das faculdades mentais não esteja em condições ou seja incapaz de prover ao seu sustento por si próprio, necessitando assim os alimentos prestados pelo ex-cônjuge que pede a dissolução do casamento.
- 55 Sobre este tema, *vide* designadamente MANUEL TRIGO, *Sobre os alimentos em especial e o casamento*.
- 56 Por força do n.º 1 do art. 1862.º do CC de Macau, equipara-se o unido de facto sobrevivo com o cônjuge sobrevivo para efeitos de apanágio. Como refere MANUEL TRIGO, o fundamento do direito de apanágio do unido de facto sobrevivo, tal como o do cônjuge sobrevivo, reside na solidariedade imposta por uma relação de vida em comum, ou a solidariedade parafamiliar, entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges, que tenha revelado um mínimo de durabilidade, estabilidade e aparência conjugal exigidas por lei. *Vide* MANUEL TRIGO, *Apanágio do unido de facto sobrevivo no direito de Macau*, pp. 604 e 623.

de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.». Na escolha da pena, o tribunal dá preferência à pena não privativa da liberdade sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, como previsto no art. 64.º do CP, ou seja, a pena de prisão, sendo pena privativa da liberdade, deve ser aplicada sempre como *ultima ratio*.

De facto, o regime punitivo do crime em apreço foi sempre alvo de discussões, estando sujeito a dúvidas e críticas. Como referido atrás, o bem jurídico protegido pela incriminação consiste na satisfação das necessidades fundamentais do titular do direito a alimentos. Conforme ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, no que diz respeito às finalidades das penas criminais, estas só podem ter natureza preventiva, seja de prevenção geral, positiva ou negativa, seja de prevenção especial, positiva ou negativa, e não natureza retributiva e, como ponto de partida, primordialmente, a finalidade visada pela pena tem que ser a da tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto⁵⁷. No crime de violação da obrigação de alimentos, porém, quer a pena de prisão, quer a pena de multa, podem desencadear o efeito contrário ao fim pretendido pelo legislador⁵⁸, fazendo com que as necessidades fundamentais do alimentando permaneçam em estado de perigo após a punição. Se pensarmos de forma lógica e razoável, podemos perceber de imediato que a pena de prisão irá privar a possibilidade do alimentante de continuar a obter rendimentos através do trabalho ou pelo menos de procurar um emprego, no pressuposto de que este não tem quaisquer outros bens ou direitos de rendimento, enquanto a pena de multa irá diminuir os recursos financeiros do alimentante de que este poderia dispor sobretudo para cumprir a obrigação de alimentos.

Todavia, o n.º 3 do mesmo artigo acrescenta que, «[s]e a obrigação vier a ser cumprida, pode o tribunal dispensar de pena ou declarar extinta, no todo ou em parte, a pena ainda não cumprida.». Nota-se que, quanto à dispensa de pena, sendo um poder facultativo conferido ao juiz, além do cumprimento da obrigação pelo alimentante, exige-se ainda a verificação de estarem reunidos os demais requisitos legais previstos no n.º 1 do art. 68.º do CP, *ex vi* n.º 3 do mesmo artigo, que são «[a] ilicitude do facto e a culpa do agente forem diminutas; [o] dano tiver sido reparado; e [à] dispensa de pena se não opuserem razões de prevenção criminal.». Em regra, o tribunal pode dispensar de pena quando o crime for punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a 6 meses⁵⁹,

57 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, pp. 89-90.

58 Neste sentido, *vide* JOSÉ M. DAMIÃO DA CUNHA, *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*, p. 41.

59 A título exemplificativo, o crime de injúria (art. 175.º do CP).

ainda que com multa até ao mesmo limite, ou só com multa até ao mesmo limite, o que não abrange o caso do crime de violação da obrigação de alimentos que pode ser punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, ou seja, o legislador confere um poder facultativo especial ao juiz quanto à dispensa de pena no julgamento do crime em análise em prol da obtenção de um resultado positivo⁶⁰, com o objectivo de melhor motivar o devedor a cumprir a sua obrigação antes de terminado o julgamento. Após a prolação da sentença, se o devedor cumprir integralmente a obrigação, a pena é declarada extinta, ou parcialmente extinta quando existe ainda a parte restante não cumprida. No nosso entender, esta apresenta-se uma solução razoável e suportável perante a dilema entre o bem jurídico em causa e a pena.

2.5. Suspensão provisória do processo

Além da possibilidade de aplicação da suspensão da execução da pena de prisão conforme estabelecido nos arts. 48.º e seguintes do CP de Macau, que é uma pena de substituição acolhida no sistema sancionatório de Macau onde se prevê a imposição de deveres⁶¹ que, a nosso ver, podem incluir o dever de cumprimento da obrigação de alimentos pelo agente, de facto, existe um mecanismo disponibilizado no processo penal que talvez melhor se adequa às finalidades do tipo legal, que é a figura de suspensão provisória do processo na fase de encerramento do inquérito, previsto nos arts. 263.º e 264.º do Código de Processo Penal (CPP) de Macau, através da qual, quando se verificarem os pressupostos legalmente exigidos na norma, o MP pode propor a suspensão provisória do processo até 2 anos mediante a imposição ao arguido de injunções e regras de conduta, ou seja, nos casos do crime de violação da obrigação de alimentos, o MP pode impor ao devedor cumprir a obrigação alimentar, quer as prestações já vencidas e não pagas, quer as vincendas. Se o arguido cumprir as injunções e as regras de conduta, o MP arquiva o processo, não podendo ser reaberto.

No nosso entender, perante o crime em apreço, tendo em conta os bens jurídicos protegidos pela incriminação, nomeadamente a vida, a integridade física e psíquica, a saúde e o bem-estar do alimentando, bem como a consideração de

60 Neste sentido, vide M. MIGUEZ GARCIA, J. M. CASTELA RIO, *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*, p. 1044, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau); PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, p. 919, em comentário ao art. 250.º do CP de Portugal (correspondendo ao art. 242.º do CP de Macau).

61 Vide os arts. 48.º e 49.º do CP de Macau.

que o direito penal, enquanto manifestação do poder punitivo do Estado (ou da Região, no nosso caso), deverá intervir o mínimo possível, ou seja, como ensina JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «[o] direito penal e o seu exercício pelo Estado fundamentam-se na necessidade estatal (*hoc sensu*, contratualista social) de subtrair à disponibilidade (e à autonomia) de cada pessoa o *mínimo* dos seus direitos, liberdades e garantias indispensável ao funcionamento, tanto quanto possível, sem entraves, da sociedade, à preservação dos seus bens jurídicos essenciais; e a permitir por aqui, em último termo, a realização mais livre possível da personalidade de cada um enquanto indivíduo e enquanto membro da comunidade.» (itálico do autor)⁶². Assim, em vez de “pode”, no sentido de que sendo uma faculdade atribuída ao MP, entendemos que este “deve” sempre propor a suspensão provisória do processo se se verificarem os pressupostos legalmente previstos na fase de encerramento do inquérito, sendo um dever, através da qual se favorece o cumprimento da obrigação de alimentos devidos pelo alimentante o mais cedo possível, removendo assim de maneira mais rápida o perigo concreto quanto à satisfação das necessidades fundamentais em que o alimentando se encontra.

3. Considerações finais

Em suma, no ordenamento jurídico de Macau, perante a omissão ou incumprimento da obrigação de alimentos, a reacção penal, quer pela via substantiva, quer pela via adjectiva, garante ao alimentando-credor mais possibilidades para obter os alimentos legalmente devidos, reconstituindo-se a própria vida condigna constitucionalmente garantida com a satisfação das necessidades fundamentais.

Note-se que, sendo um crime de natureza semipública, o procedimento penal do crime de violação da obrigação de alimentos depende de queixa, como previsto no n.º 2 do art. 242.º do CP de Macau, deixando assim na disponibilidade do alimentando ou de quem o representa a escolha da via à qual pretende recorrer para obter o cumprimento da obrigação alimentar legalmente devida. Para além disso, como estabelecido no n.º 2 do art. 108.º do mesmo código, até à publicação da sentença da 1.ª instância, o alimentando-queixoso pode ainda desistir da queixa, desde que não haja oposição do arguido, se finalmente conseguir obter a prestação alimentícia em falta através da negociação extraprocessual com o alimentante-devedor.

62 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, pp. 89-90.

Tendo em conta a realidade de Macau como atrás referido, uma “região de direito” com um sistema jurídico relativamente moderno e desenvolvido, onde os princípios da dignidade humana e da solidariedade familiar ocupam um lugar central na actividade comunitária, expressos por meio de apoio financeiro, tutela jurídica, serviços sociais, entre outros, e considerando também o reduzido número de inqueritos no sistema de administração da justiça de Macau, é compreensível que surjam dúvidas em relação à dignidade penal deste crime.

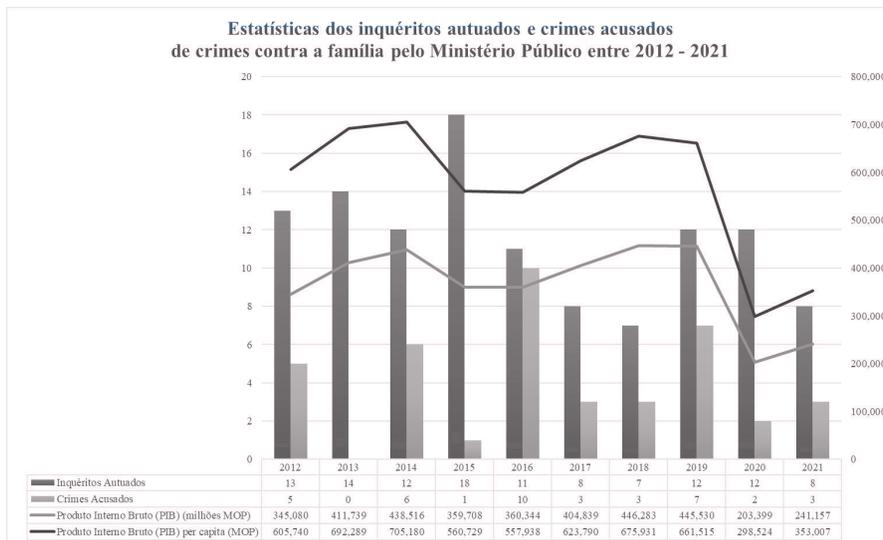
Porém, no nosso entender, e salvo melhor opinião, sendo a família o núcleo e o elemento essencial da sociedade com grande ressonância social, que é a base fulcral⁶³ para o desenvolvimento integral da personalidade humana e a integração da sociedade e no amparo essencial dos seus membros em situação de necessidade, merecendo sempre uma atenção particular e um tratamento delicado que se traduz na protecção por toda a comunidade⁶⁴, defendemos com certeza a dignidade penal e a carência de tutela dos bens jurídicos protegidos pela incriminação da conduta omissiva de violação da obrigação de alimentos, ou seja, nas palavras de MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, «...só as respostas dadas pelo direito penal possuíam a energia suficiente e adequada para “coagir” os chamados “devedores” de alimentos a cumprir as obrigações para com os seus “credores”, tudo dentro de uma perspectiva “familiar”.» (itálico do autor)⁶⁵.

63 Neste sentido, *vide* Ac. do Tribunal da Relação do Porto, Proc. n.º: 224/19.7T8OBR-A.P1, 2022/01/25, Relator: ANABELA MIRANDA, no qual se refere, «[a] Constituição da República Portuguesa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos elege a família como a base fulcral da sociedade, com direito à protecção desta e do Estado.».

64 Neste sentido, *vide* MANUEL TRIGO, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume III, Alimentos Sucessões*, p. 8.

65 MANUEL DE OLIVEIRA LEAL-HENRIQUES, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial), Volume V*, p. 81, em comentário ao art. 242.º do CP de Macau.

Anexo 1. Estatísticas dos inquéritos autuados e crimes acusados de crimes contra a família pelo Ministério Público entre 2012 - 2021



Fonte: Websítios do Ministério Público (MP)⁶⁶ e da Direcção dos Serviços de Estatística e Censos (DSEC)⁶⁷ da Região Administrativa Especial de Macau, descarregado no dia 13 de Dezembro de 2022, organizado ulteriormente pelo autor do presente trabalho.

Observações:

1. Inquéritos Autuados: Número dos inquéritos.
2. Crimes Acusados: Número dos crimes indiciados por referência ao número das acusações deduzidas no ano concreto (não se limitando aos inquéritos autuados nesse ano).
3. Produto Interno Bruto (PIB): PIB na óptica da despesa, a preços correntes.

66 MINISTÉRIO PÚBLICO, Estatísticas.

67 DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE ESTATÍSTICA E CENSOS, Produto Interno Bruto (PIB) e PIB per capita (Data de actualização: 18/11/2022).

Anexo 2. Inquéritos atuados do crime de violação da obrigação de alimentos entre 2012 - 2022

Inquéritos atuados do crime de violação da obrigação de alimentos entre 2012 - 2022

Ano	Inquéritos Atuados
2012	0
2013	1
2014	1
2015	2
2016	0
2017	2
2018	0
2019	0
2020	1
2021	1
2022 (até 12 de Dezembro)	2
Total	10

Fonte: Resposta por via do correio electrónico pelo Ministério Público (MP) no dia 16 de Dezembro de 2022⁶⁸⁻⁶⁹.

68 Não estão disponíveis as estatísticas relativas ao número de crimes acusados.

69 Os dados estatísticos são de natureza interna e obtivemos autorização prévia do MP para publicar essas informações.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de - *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN: 9789725404898.

CAEIRO, Pedro - *Observações sobre a projectada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. - [Coimbra]: Gestlegal. - Ano 29.º - N.º 3 (2019), pp. 631-679.

CUNHA, José M. Damião da - *Comentário ao art. 250.º do CP de Portugal*. In: Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial - Tomo II, coordenado por JORGE DE FIGUEIREDO DIAS. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp. 621-636. ISBN: 9723208555.

CUNHA, José M. Damião da - *Comentário ao crime de violação de obrigação de alimentos*. In: Revista do Ministério Público. - [Lisboa]: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. - N.º 154 (2018), pp. 9-46.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2019. ISBN: 9789898951243.

DIAS, Jorge de Figueiredo - *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. ISBN: 9789723210125.

DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE ESTATÍSTICA E CENSOS - *Produto Interno Bruto (PIB) e PIB per capita* (Data de actualização: 18/11/2022). [Consult. 13 dez 2022]. Disponível em <https://www.dsec.gov.mo/ts/#!/step2/PredefinedReport/pt-PT/32>

GARCIA, M. Miguez, RIO, J. M. Castela - *Código Penal: Parte Geral e Especial: Com Comentários e Notas*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 9789724060118.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código Penal Português: Anotado e Comentado - Legislação Complementar*. 16ª ed. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN: 9724020576.

JESCHECK, Hans-Heinrich - *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira - *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau (Parte Especial), Volume V*. Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2017. ISBN: 9789996541438.

MINISTÉRIO PÚBLICO - *Estatísticas*. [Consult. 13 dez 2022]. Disponível em https://www.mp.gov.mo/pt/text/Statistical_data.html

SILVA, Germano Marques da - *Direito Penal Português: Teoria do Crime*. 2ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN: 9789725404584.

TRIGO, Manuel - *Apanágio do unido de facto sobrevivo no direito de*

Macau. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Timor Lorosa'e. - [Timor-Leste]: Universidade Nacional Timor Lorosa'e. - N.º 1 (2018), pp. 597-636.

TRIGO, Manuel - *Dos alimentos em geral*. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. - [Macau]: Universidade de Macau. - N.º 35, pp. 319-360.

TRIGO, Manuel - *Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume III, Alimentos Sucessões*. 1ª ed. Macau: Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2016. ISBN: 9789996510830.

TRIGO, Manuel - *Sobre os alimentos em especial e o casamento*. In: Estudos de Direito da Família e Menores Textos Originais em Língua Portuguesa. - [Macau]: Centro de Formação Jurídica e Judiciária (2018), pp. 403-436.

VEIGA, António Miguel - *Da obrigação familiar de alimentos e das consequências penais do respectivo incumprimento: o actual exemplo português*. In: Revista do CEJ. - [Lisboa]: CEJ. - N.º 1 (2016), pp. 195-239.



VÁRIA

AUTO-PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE ANÓNIMA: SUBSCRIÇÃO, AQUISIÇÃO E DETENÇÃO DE ACCÕES POR INTERMÉDIO DE UMA SOCIEDADE DOMINADA À LUZ DO QUADRO GERAL VIGENTE*

Leong Kin Man
Mestre em Direito
Advogado

Resumo: Excepto a previsão pontual de uma ou outra regra especial em legislações avulsas, o ordenamento jurídico de Macau não dispõe de disposições normativas autónomas no seu Código Comercial, para a generalidade de situações de subscrição, aquisição derivada e detenção de acções da sociedade dominante pela sua dominada.

Na ausência de normas jurídicas autónomas para tais operações societárias, torna-se curioso saber que disciplina jurídica ficou incorporada no quadro geral normativo que seja aplicável à generalidade das sociedades anónimas.

* Ao Professor Augusto Teixeira Garcia, meu orientador neste Relatório de Projecto, manifesto a minha maior gratidão por toda a incondicional disponibilidade, paciência e estímulo que me facultou ao longo da realização deste trabalho.

Manifesto ainda os meus mais sinceros agradecimentos ao Senhor Professor Carlos Noronha, Professor Associado da Faculdade de Gestão de Empresas, pelas explicações detalhadas sobre a aplicação dos International Financial Reporting Standards (IFRS) e International Accounting Standards (IAS), bem como as informações e materiais facultados, sem os quais o presente Relatório de Projecto não poderia considerar a problemática a partir das Normas de Contabilidade. Grato estou a todos os Professores que me têm acompanhado em diferentes fases de vida, por terem servido como padrões de rectidão com os quais posso aprender, bem como ao Dr. João Nuno Riquito, por todo o apoio, paciência e dedicação que me tem concedido na carreira profissional. À família, pela dedicação e amor infindáveis.

O presente Relatório de Projecto procura delimitar esse quadro geral normativo, bem como indagar se as soluções do quadro geral vigente terão sido suficientes para neutralizar tais efeitos nocivos das operações. Para tal, o estudo há-de passar pelo Código Comercial e pelas Normas de Contabilidade vigentes. Na sequência do estudo, concluímos que o quadro geral vigente dá resposta suficiente para as subscrições das acções da sociedade emitente pela sua dominada, e que existe lacuna de regulação em matéria de aquisição e detenção de acções pela dominada.

Palavras-chave: Código Comercial; Normas de Contabilidade; Auto-participação indirecta da sociedade anónima; capital social; sociedade dominante; sociedade dominada; usurpação de competências da Assembleia Geral pela Administração.

Capítulo I

Introdução

1. Problema da auto-participação¹

O facto de uma sociedade anónima poder participar em si própria resulta da sua personalização colectiva e da livre transmissibilidade de acções, como observa Jordão da Silva. O princípio corporativo da sociedade fica desfigurado, quando a sociedade vem participar em si própria, uma vez que ninguém pode ser participante de si próprio. Daí, como caracterizado pela doutrina, a anomalia de “pescadinha de rabo na boca”, que manifesta a desfiguração do princípio corporativo².

Não é por mero interesse teórico que a doutrina se tem debruçado sobre a problemática da auto-participação, uma vez que tais operações são fonte de riscos

1 Sobre a terminologia do fenómeno, o presente texto recorre ao uso da expressão “auto-participação”, no seguimento da escolha de vários autores da literatura jurídica portuguesa, e.g.: ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, pp. 378 e ss.; OSÓRIO, José Diogo Horta – Da Tomada do Controlo de Sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o direito português, p. 168, 185 e ss.; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 330 e ss.; VENTURA, Raúl – Auto-participação da sociedade: as acções próprias, pp. 217 a 277 e n.º 3, pp. 429 a 478; BASTOS, Miguel Brito – As consequências da aquisição ilícita de acções próprias pelas sociedades anónimas, pp. 221 e ss; entre nós, QUENTAL, Miguel – Uma introdução aos Grupos de Sociedades, p. 59.

2 CUNHA, Paulo Olavo – Direito das Sociedades Comerciais, p. 318.

de duas ordens distintas: riscos administrativos e riscos patrimoniais.

Tais perigos administrativos caracterizam-se pela distorção das regras de distribuição de competências dos órgãos da sociedade, porquanto, na ausência da disciplina jurídica das acções próprias, os membros do Conselho de Administração, em consequência da representação orgânica que lhes é confiada por lei, seriam os únicos habilitados a exercer os direitos corporativos inerentes às acções que a sociedade titulava. Assim, os membros do Conselho de Administração viriam exercer o direito de voto e participar na formação da vontade na assembleia geral dos sócios.

Tais riscos de subversão dos poderes de administradores no seio societário seriam evidentes nas sociedades abertas, pois quando o número de votos que a sociedade titulava permitisse, os membros do Conselho de Administração poderiam paralisar os poderes de fiscalização dos sócios, em consequência da representação orgânica pelos administradores. Daí a crise para a função de ordenação do capital social e a justificação do instituto de suspensão do exercício dos direitos sociais.

Os riscos patrimoniais residem no carácter não autónomo das acções, uma vez que as acções, quando tituladas pela sociedade emitente, não se consideram como activos da sociedade, sendo objecto de dedução no capital próprio no balanço da sociedade, nos termos das Normas de Contabilidade.

Em paralelo, quando se adquirem as acções de outra sociedade, as acções adquiridas integram-se no património da sociedade adquirente, procedendo-se a uma verdadeira substituição de bens, uma vez que as participações sociais são bens e, como qualquer outro bem, susceptíveis de serem transmitidas, em ordem a permitir ao seu titular a obtenção do contravalor. Daí que, o valor das acções adquiridas influi na determinação do valor do património da sociedade adquirente³.

Nas auto-participações directas, as acções adquiridas, por serem próprias, têm o seu valor dependente do valor de outros bens da sociedade. Ou seja, não têm um valor patrimonial autónomo, dado que o património que subjaz às acções próprias é o mesmo património que constituirá a quota de liquidação da sociedade.

Este circunstancialismo anómalo da operação vai até contrariar, não apenas as diversas funções do capital social, mas também a exigência corporativa da sociedade. Esta prática, na ausência da lei que a autorizasse, seria de legalidade duvidosa, tendo em conta o princípio *numerus clausus* das sociedades comerciais,

3 GARCIA, Augusto Teixeira – A Cláusula de Preferência quanto à Transmissão de Acções: Algumas Notas, p. 379; VENTURA, Raúl – Auto-participação da sociedade: as acções próprias, pp. 242 e 243; VENTURA, Raúl – Participações recíprocas de sociedades em sociedades, p. 42; ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 378.

pressupondo-se o elemento corporativo⁴.

Por razões de ordem prática⁵, hoje, no espaço da União Europeia, por força da Directiva 2012/30/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2012, as legislações estão harmonizadas em admitir a aquisição das acções próprias, reconhecendo-se a validade da operação dentro dos condicionamentos imperativos estabelecidos⁶.

2. Auto-participação indirecta e actualidade macaense

Em conciliação dos interesses que motivam a auto-participação da sociedade com as necessidades de salvaguardar a função ordenadora e garantística do capital social e das reservas indisponíveis, bem como de evitar a usurpação de competências de a Assembleia Geral pela administração, é opção das legislações contemporâneas impor idênticos condicionamentos à auto-participação da sociedade por meio de uma sociedade dominada.

Tais legislações recebem influência da Directiva 92/101/CEE do Conselho das Comunidades Europeias. Esta Directiva Comunitária veio justamente evitar que uma sociedade se servisse de outra sociedade, na qual dispusesse da maioria dos direitos de voto ou sobre a qual pode exercer uma influência dominante, para proceder a aquisições sem respeitar as limitações impostas à subscrição e à aquisição directas de acções próprias.

4 Na versão originária do presente trabalho submetido à Faculdade de Direito, o mesmo não contava com esta nota de referência que ora se acrescenta: excepto o caso previsto no artigo 184.º, n.º 4 do Código Comercial, onde se dispõe que “*A lei especial pode prever a possibilidade de constituição de sociedades unipessoais*”. Trata-se de uma excepção à regra-geral do princípio corporativo previsto no n.º 1 do mesmo artigo.

5 Os motivos que justificam a prática da aquisição e detenção de acções próprias são vários, podendo a sociedade, ao realizar a operação, ter por finalidade objectivos: (i) facilitação de operações societárias; (ii) distribuição para os trabalhadores; (iii) objectivos de investimento e mercado e (iv) de controlo societário. ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 118 e 119; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 198 e 199; FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, pp. 326 e 327; GARCIA, Augusto Teixeira – OPA: da oferta pública de aquisição e seu regime jurídico, pp. 292 ss.; GARCIA, Augusto Teixeira – A Cláusula de Preferência quanto à Transmissão de Acções: Algumas Notas, p. 405.

6 A Directiva 77/91/CEE, substituída pela Directiva 2012/30/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de Outubro de 2012, tinha como considerandos, na parte que ora releva, o seguinte: “devem ser adoptadas normas comunitárias para conservar o capital, que constituiu uma garantia dos credores, proibindo, nomeadamente, que seja afectada por indevidas distribuições aos accionistas e limitando a possibilidade a sociedade adquirir as acções próprias”.

A Directiva 92/101/CEE do Conselho de 23 de Novembro tornou extensível o regime respeitantes à aquisição de acções próprias por uma sociedade às aquisições praticas por outra sociedade.

Essa extensão do regime marcou-se, na parte que nos releva, pelo aditamento do artigo 24.º – A, n.º 1, alínea a): À subscrição, aquisição e detenção de acções próprias da sociedade, equiparam-se a subscrição, aquisição e detenção de acções de uma sociedade anónima efectuadas por uma sociedade que é por aquela efectiva ou potencialmente dominada, directa ou indirectamente.

Trata-se duma norma de equiparação, sendo em princípio as consequências jurídicas da subscrição, aquisição e detenção de acções nos termos referidos as mesmas que decorrem da aquisição de acções próprias nos termos da Directiva 71/91/CEE⁷.

Porém, o ordenamento jurídico de Macau não dispõe de disposições normativas autónomas no seu Código Comercial para a generalidade de situações de subscrição, aquisição derivada e detenção de acções da sociedade dominante pela sua dominada. salvo disposições pontuais em legislações avulsas para as sociedades de capital de riscos e as sociedades financeiras⁸.

Esse silêncio da lei, de per si, é o motivo que justifica o nosso trabalho.

3. Evolução doutrinária em Macau⁹

O ordenamento jurídico macaense oferece o regime próprio para a auto-

-
- 7 Sobre a adaptação do Código das Sociedades Comerciais à Directiva 92/101/CEE do Conselho de 23 de Novembro, a COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS – A Equiparação da Subscrição, Aquisição e Detenção de Acções de uma Sociedade Anónima por uma Sociedade dela dependente ao Regime das Acções Próprias, disponível www.cmvm.pt (com a última visita em 23 de Setembro de 2021); SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 144 a 158.
 - 8 O Decreto-Lei n.º 54/95/M de 16 de Outubro, regime jurídico das sociedades de capital de riscos, no seu artigo 17.º, alínea h) e artigo 18.º, dispõe o seguinte: “[s]ão vedadas às SCR as seguintes operações: h) Participação no capital social de quaisquer instituições de crédito que detenham partes do capital social das próprias SCR” e “[à] empresa em cujo capital participe uma SCR é vedado, sob pena de nulidade, adquirir acções ou obrigações da SCR participante”. O Decreto-Lei n.º 15/83/M de 26 de Fevereiro, regime jurídico das sociedades financeiras, no seu artigo 19.º, dispõe que “[s]em prejuízo das sanções previstas na lei geral é nula a aquisição de acções ou obrigações de qualquer sociedade financeira por parte de empresas ou sociedades participadas por aquela”.
 - 9 A título de referência da doutrina comparada de Portugal, durante a vigência daquele Código Comercial de 1888, a doutrina de Raúl Ventura era aquela com o maior valor de referência bibliográfica. O autor elaborou duas monografias: “Auto-participação da sociedade: as acções próprias”, abordou a problemática a título de aquisição por sociedades coligadas, com a análise das legislações avulsas da época que regulamentassem este fenómeno; e “Participações recíprocas de sociedades em sociedades”, com o estudo do factor da relação de domínio para as participações recíprocas.

participação da sociedade anónima nos artigos 426.º a 429.º do Código Comercial, cujo estudo, na doutrina local, até à presente data, foi apenas debruçado por dois autores: Fong Man Chong e Edson Jordão da Silva.

Fong Man Chong realizou em 2010 o estudo do fenómeno no seu “Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário”, em língua chinesa, em que se analisou, principalmente, o regime de aquisição derivada de quotas e acções próprias.

Uma tentativa de compreensão global do regime concretizou-se em 2013 por Edson Jordão da Silva, na sua tese de dissertação de mestrado, intitulada “Aquisição e aceitação em garantia de acções próprias”, em que se analisam várias modalidades de aquisição (originária e derivada) e aceitação em garantia de acções próprias, bem como o regime jurídico aplicável no ordenamento local.

Nesta última obra, a problemática foi apenas abordada no âmbito da disciplina da aquisição derivada das acções próprias, no sentido de saber se incluísem no âmbito subjectivo do regime jurídico previsto nos artigos 426.º a 429.º do Código Comercial. O autor concluiu pela existência de uma lacuna regulatória.

Em Portugal, após a entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, cuja aplicação não chegou a estender-se ao então Território de Macau, a operação societária vinha a ser regulamentada em sede do disposto no artigo 487.º daquele Código, o legislador português não equiparou o regime de acções próprias às aquisições, detenções e alienações efectuadas por uma sociedade dominada, mas tratou a questão em sede da coligação de sociedades. Durante esse lapso do tempo, Raúl Ventura com o seu “Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, José Augusto Quelhas Lima Engrácia Antunes, com a sua obra “os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária” da edição de 1994, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da Rocha com a sua tese de mestrado “Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais”, bem como França, Maria Augusta, na sua obra “A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo” (dissertação de mestrado em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa, apresentada em 1988, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990) dedicaram o estudo sobre a matéria, com a abordagem da aplicabilidade do artigo 487.º às sociedades anónimas.

Após a intervenção legislativa efectuada pelo Decreto-Lei n.º 328/95, de 09 de Dezembro, que veio justamente adaptar o Código das Sociedades Comerciais à Directiva 92/101/CEE de 23 de Novembro de 1992, que acrescenta o artigo 24.º-A à Directiva 77/91/CEE de 13 de Dezembro de 1976. Após este período até à actualidade, José Diogo Horta Osório, na sua obra intitulada “Da Tomada do Controlo de Sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o direito português”, Miguel Brito Bastos com o seu texto “As consequências da aquisição ilícita de acções próprias pelas sociedades anónimas”, bem como António Menezes Cordeiro no seu “Manual de Direito Comercial”, fizeram o seu contributo doutrinário para a análise dos artigos 325.º-A e 325.º-B do Código das Sociedades Comerciais à luz da Directiva 92/101/CEE da então Comunidade Económica Europeia.

4. Delimitação do objecto de estudo

Como apontado pela doutrina, a própria organização societária desenhada na lei tem por finalidade a pedagogia de comportamentos dos destinatários da norma, o silêncio da lei acaba por não oferecer pedagogia nenhuma, com a consequente tarefa interpretativa mais complicada¹⁰.

Tendo em conta que o Código Comercial nasceu em tempo em que as legislações comparadas conheciam e regulamentavam as auto-participações indirectas da sociedade anónima e o direito de grupos, procura-se saber que disciplina jurídica a lei positivada oferece às auto-participações indirectas da sociedade anónima. Terão tais soluções do quadro legal vigente sido suficientes para neutralizar tais efeitos nocivos das operações?

Atenta a amplitude da fenomenologia da auto-participação da sociedade anónima¹¹, limitamos o objecto de estudo apenas à aquisição por intermédio da sociedade dominada, no que respeita especificamente à subscrição, aquisição derivada e detenção de acções da sociedade dominante pela dominada.

Para que o nosso objecto de estudo possa ser o mais específico que possível, não obstante a semelhança da operação, prescindimos do estudo sobre a problemática de aquisição de quotas próprias por intermédio da sociedade dominada, uma vez que os condicionamentos no campo normativo não são idênticos.

As questões que abordamos no presente Relatório de Projecto são as seguintes:

- (i) Por que se entende sociedade dominante e sociedade dominada para os efeitos do Código Comercial? E para as Normas de Contabilidade aplicáveis que possam ter aplicação para a problemática em causa?
- (ii) Pode a sociedade dominada participar no aumento oneroso do capital social da participante? Qual o valor jurídico da deliberação social e da subscrição efectuada?
- (iii) É admitida a aquisição das acções não integralmente realizadas da sociedade dominante pela sociedade dominada? Qual o valor jurídico da aquisição? Funciona a responsabilidade solidária pela realização das acções prevista nos termos do artigo 410.º, n.º 2 do Código Comercial?
- (iv) Qual é o órgão societário competente para a deliberação na subscrição,

10 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 61.

11 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, 2013, pp. 15 a 17.

aquisição e alienação das acções da sociedade dominante? É o órgão da administração ou a assembleia geral da sociedade dominada? Ou, ao invés, é aos órgãos da sociedade dominante que cabe deliberar?

- (v) Podem os membros da administração da sociedade dominada participar na formação da deliberação social da sociedade dominante através do exercício do direito de voto no seio da assembleia geral?

São questões sobre que a doutrina local ainda não se debruçou, para além de uma referência pontual de Jordão da Silva em 2013 em torno da aplicação do instituto de fraude à lei através da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada.

5. Razão de ordem

Feita uma introdução devida à problemática que constitui o nosso objecto de estudo, cumpre ainda dar uma breve passagem à estrutura do presente Relatório de Projecto, que é ainda composto pelos cinco capítulos seguintes.

No Capítulo II, procura-se delimitar o conceito das sociedades dominante e dominada no âmbito das normas do Código Comercial e das Normas de Contabilidade, uma vez que estes dois diplomas conhecem e visam regulamentar justamente a realidade societária. Este Capítulo é de enorme interesse, uma vez que se trata da questão prévia e condicionante a todo o exposto subsequente no presente Relatório.

No Capítulo III, procura-se identificar os efeitos da subscrição, aquisição derivada e detenção de acções próprias, com o estudo da solução que a lei oferece para neutralizar tais efeitos, quando sejam nocivos. Daí a base dos dados normativos para atestar, no Capítulo posterior, em que termos o silêncio da lei quanto à auto-participação indirecta possa afectar os limites imperativos consagrados na disciplina jurídica das acções próprias.

No Capítulo IV, procura-se identificar os efeitos nocivos da subscrição, aquisição e detenção de acções da emitente por intermédio da sociedade dominada e as soluções positivadas nas Normas de Contabilidade e no Código Comercial para neutralizar tais efeitos nocivos de operações.

O presente Relatório de Projecto finaliza-se com o Capítulo VI, em que tecemos as ideias conclusivas sobre a problemática em estudo e respondemos às questões acima enunciadas, após o estudo do texto legal e o exame de várias soluções propostas pela doutrina.

Capítulo II

Delimitação do conceito da relação de domínio entre as sociedades comerciais

No ordenamento jurídico macaense, não obstante a falta da regulamentação autónoma da auto-participação indirecta da sociedade anónima, a lei não oferece uma definição geral da sociedade dominada. Assim, a primeira tarefa que nos incumbe de concretizar é definir por que se entende a sociedade dominante e a sociedade dominada, para o ordenamento jurídico macaense.

Escolhemos o Código Comercial e as Normas de Contabilidade como o fundo normativo para a delimitação do conceito da relação de domínio entre as sociedades comerciais, por serem diplomas de aplicação universal, que se aplicam à generalidade das sociedades comerciais.

Secção I

Delimitação do conceito da relação de domínio entre as sociedades comerciais no Código Comercial

O Código Comercial, não obstante o facto de não regulamentar o grupos de sociedades¹², prevê mecanismo indispensável para prevenir e sancionar a desfuncionalização de uma sociedade por sócio dominante. São várias normas onde a problemática aflora: artigos 108.º, n.º 3, 208.º, 209.º, 211.º, 212.º, 213.º, 252.º, 279.º, n.ºs 1 e 2, 291.º, n.º 1, 391.º, 472.º e 475.º do Código Comercial¹³.

Os normativos elencados reconduzem-se, em grande medida, ao enquadramento jurídico do sócio dominante e o do sócio único. A análise dos mesmos há-de permitir a delimitação do conceito da relação de domínio entre as sociedades comerciais.

6. Delimitação do conceito legal da sociedade dominante

Uma sociedade comercial¹⁴ exerce o domínio sobre outra sociedade,

12 GABINETE PARA A MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA – Anteprojecto da Lei das Sociedades Comerciais, pp. 5 e 12.

13 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, pp. 62 e 64.

14 Sobre a aquisição de participação social de uma sociedade comercial por outra, GARCIA,

sendo sócia dominante esta, quando, nos termos do artigo 212.º, n.º 1, “por si só ou conjuntamente com outras sociedades de que seja também sóci[a] dominante ou com outros sócios a quem esteja ligado por acordos parassociais, detém uma participação maioritária no capital social, dispõe de mais de metade dos votos ou do poder de fazer eleger a maioria dos membros da administração”.

O Código Comercial tomou uma definição no artigo 212.º, n.º 1 sobre quais os instrumentos aptos à criação de uma relação de domínio entre as sociedades comerciais. Trata-se da delimitação positiva das situações da potência de uma sociedade comercial exercer o domínio sobre outra sociedade, com o elenco dos instrumentos de natureza societária que possam assegurar o exercício do domínio sobre uma sociedade comercial.

7. Instrumentos do exercício do domínio societário

Uma sociedade comercial exerce domínio sobre a outra quando, por si directamente, indirectamente por intermédio das sociedades comerciais que domina, ou ainda até por acordo parassociais, detém participação maioritária no capital social, dispõe de mais de metade dos votos ou do poder de fazer eleger a maioria dos membros da administração¹⁵.

7.1. Participação maioritária da capital

Trata-se do “clássico instrumento de domínio” e do “ponto nodal e arqui-médico da constituição de grupos”¹⁶, uma vez que, nas sociedades de capitais, o capital social tem a função de atribuição da qualidade de sócios e, com base na qual, se mete matematicamente a responsabilidade e a participação de cada sócio¹⁷.

A participação maioritária deve ser determinada com base no confronto

Augusto Teixeira – As Sociedades Comerciais, pp. 36 e 37. O Código Comercial, no artigo 212.º, n.º 1, não fala em “sociedade comercial”, porque o regime não se aplica exclusivamente à relação de domínio entre as sociedades comerciais. A lei de Macau apenas fala em pessoa singular ou colectiva. Assim, quanto à identidade do sócio dominante, este, sendo pessoa colectiva, tanto pode ser sociedade comercial, sociedade civil, associação, fundação ou agrupamento de interesses económicos. Neste sentido, FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, p. 729.

15 Em tais casos, a participante está em condições de exercer, sobre a sociedade detida, uma influência dominante, por todos, CORDEIRO, António Menezes – Regime Jurídico dos Grupos de Sociedades, Aspectos Essenciais, p. 267.

16 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 485.

17 DOMINGUES, Paulo de Tarso – Do Capital Social: Noção, Princípios e funções, pp. 259 e 260.

entre dois valores – o valor nominal do capital social da sociedade participada e o valor nominal da participação social detida pela sociedade participante. Como regra, a participação maioritária do capital, superior a 50% do capital social, em regra é o instrumento suficiente para assegurar o exercício do domínio nas sociedades¹⁸. A participação, quando será mais elevada, melhor será ainda¹⁹.

Pelo menos isto sucede no regime quotista e da sociedade anónima. Está aí aberta a potência de o sócio deter número de votos suficientes para a aprovação da generalidade das deliberações dos sócios (artigos 216.º, 380.º, alínea b e 453.º, n.º 1), excepto quando estejam em causa a alteração dos estatutos, fusão, cisão, transformação e dissolução da sociedade (artigos 380.º, alínea a e 453.º, n.º 3), quando o sócio titula participação superior à metade do capital social.

Em consequência, a sociedade participante pode, de per si, aprovar: a eleição e destituição da administração e do órgão de fiscalização; o balanço, a conta de ganhos e perdas e o relatório da administração referentes ao exercício; o relatório e o parecer do conselho fiscal ou do fiscal único; aplicação dos resultados do exercício e outras matérias não compreendidas na competência de outros órgãos da sociedade (artigo 216.º).

Porém, haverá que contar com o montante da participação e os circunstancialismos legais e estatutários em cada sociedade. Tais factores, de per si, são capazes de influenciar a posição da sociedade participante, independentemente da participação do capital e do número de votos detidos por ele²⁰, a título do exemplo:

- i) A lei impõe o impedimento de voto por conflito de interesses por sócios que tenham conflito de interesses com a sociedade (artigos 219.º e 225.º, n.º 2), caso em que o número de votos do sócio impedido de votar não é contado para a determinação da maioria exigida na lei ou nos estatutos²¹;

18 DUARTE, Diogo Pereira – Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio, contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, p. 118.

19 Sobre a titularidade da participação totalitária indirecta das sociedades comerciais, SI TOU, WAI TONG qualifica esta situação como uma forma de sociedade por quotas unipessoal material, in *Single shareholder private company and suggestions for disregard of corporate personality*, pp. 29 e 30.

20 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 485.

21 GARCIA, Augusto Teixeira – Abstenção e formação de maioria deliberativa nas sociedades por quotas: O regime macaense, pp. 19 e 20; LEI, Ka Chon, in *Algumas Considerações sobre o Direito de Impugnação das Deliberações dos Sócios*, pp. 36 e 37; FONG, Man Chong – *Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário*, p. 395.

- ii) Tal restrição ao direito de voto também se verifica quando a lei impõe a suspensão do exercício dos direitos corporativos, é o caso de o sócio entrar na mora na realização do capital social subscrito (artigo 204.º, n.º 3), a participação social dos sócios em mora não é contada para a atribuição de votos para a formação de maioria (artigo 225.º, n.º 3)²²;
- iii) As quotas e as acções próprias não são contadas para a formação do quórum constitutivo nem deliberativo das deliberações sociais (artigos 373.º, n.º 3 e 429.º, n.º 1)²³;
- iv) As acções ou quotas que são objecto de penhor ou usufruto, cuja propriedade plena embora não seja detida pela sociedade participante, são por esta exercida²⁴;

São casos em que, ainda que nominalmente a participante detenha menos de metade do capital social, a sociedade-sócia há-de continuar a ser vista como sócia dominante da sociedade participada, uma vez que os outros sócios estão impedidos de participar na actividade dos sócios.

7.2. Maioria de votos

Na generalidade das situações, por regra de voto proporcional (artigos 380.º, n.º 1 e 452.º, n.º 1)²⁵, quando um sócio detém a maioria no capital de outra sociedade, detém também a maioria de votos para a formação da maioria exigida para a aprovação das deliberações sociais. Pois, o direito de voto, em todos os tipos societários, é o instrumento através do qual os sócios podem participar na administração social²⁶. A detenção da maioria de votos determina a potência do

22 GARCIA, Augusto Teixeira – Abstenção e formação de maioria deliberativa nas sociedades por quotas: O regime macaense, pp. 21 e 22; FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, pp. 329 a 331

23 GARCIA, Augusto Teixeira – Abstenção e formação de maioria deliberativa nas sociedades por quotas: O regime macaense, pp. 22 a 24.

24 É permitido ao usufrutuário a votar nas assembleias gerais, salvo quando se trate de deliberações que importem alteração dos estatutos ou dissolução da sociedade, nos termos do artigo 207.º, n.º 3, alínea b). A constituição do penhor sobre a participação social permite a estipulação de permitir ao credor pignoratício o exercício do direito de voto. Neste sentido, ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 493.

25 Sobre o sentido do voto proporcional, por todos, MAIA, Pedro – Voto e Corporate Governance, Um Novo Paradigma para a Sociedade Anónima, pp. 209 e ss..

26 Ferrer Correia, em face do artigo 980.º do Código Civil Português, afirmava que “supomos ser da natureza da sociedade por quotas, como afinal de qualquer sociedade, que todos os sócios tenham a faculdade de intervir na gestão social, através da participação nos trabalhos e nas deliberações da assembleia” (CORREIA, Ferrer – A Representação dos Menores Sujeitos ao

exercício do domínio sobre a sociedade pelo seu titular.

Sucedem que, nas acções preferenciais, antes da sua transformação²⁷ em acções ordinárias (artigo 421.º, n.º 1)²⁸, bem como as acções e quotas sujeitas ao penhor e usufruto (artigo 207.º, n.º 3), a equivalência entre o direito de voto e a participação

Pátrio Poder na Assembleia Geral das Sociedades, p. 110). O surgimento das acções preferenciais em 1986 em Portugal não invalidou a posição defendida pelo Professor Correia, uma vez que o exercício do direito de voto não é suprimido das acções preferenciais, estando o mesmo apenas no estado de quiescência ou como potencial. Pois, se o dividendo prioritário não for integralmente pago durante dois exercícios sociais, as acções passam a conferir o direito de voto nos termos do artigo 342.º, n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais (MAIA, Pedro – Voto e Corporate Governance, Um Novo Paradigma para a Sociedade Anónima, pp. 98 a 101)

27 Na versão originária do presente trabalho submetido à Faculdade de Direito, recorremos ao uso da expressão de “conversão”, em face da faculdade prevista no Artigo 421.º, n.º 1 do Código Comercial. Julgamos de relevância corrigir o termo então empregado para o termo “transformação”, tal e qual empregado pelo legislador na letra da lei.

28 Na versão originária do presente trabalho submetido à Faculdade de Direito, escreviamos que “[E]m termos semelhantes ao disposto no Código das Sociedades de Portugal, o artigo 421.º, n.º 1 do Código Comercial dispõe que “se o dividendo prioritário não puder ser pago durante dois exercícios consecutivos, os titulares de acções preferenciais têm direito a que as suas acções sejam transformadas, a requerimento seu, em acções ordinárias”. A lei macaense adopta a solução da suspensão do exercício do direito de voto nas acções preferenciais, mas com uma nuance especial: a conversão há-de ser requerida pelo accionista preferencial, enquanto a conversão é automática na lei portuguesa”.

Volvido um ano a mais sobre o mesmo tema, julgamos que a posição então defendida não é a mais apropriada em face da lei de Macau e, no âmbito da dissertação apresentada à Associação dos Advogados de Macau para a candidatura à avaliação final de estágio, sob o título “direito à distribuição de dividendo prioritário e seus meios de tutela”, corrigimos essa mesma posição, correcção que fizemos na sequência do fruto de discussão com o Dr. João Nuno Riquito. Isto porque, à luz da lei de Macau, as acções preferenciais não conferem o direito ao voto. A lei apenas permite que as acções sejam transformadas em acções ordinárias para os seus titulares poderem gozar do direito ao voto. Trata-se de novas acções ordinárias, sem continuidade das acções preferenciais, que são extintas por efeito da transformação. Ou seja, não é possível assinalar qualquer ideia de “remédio” ou de “recuperação de voto” ao instituto de transformação de acções, a que a doutrina portuguesa se tende a dar contributo.

Porém, em sentido contrário, FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, o autor entende que: “se não for distribuído o dividendo [prioritário] no exercício do presente ano, esse dividendo vai-se acumulado para se transitar no exercício do ano seguinte, caso em que os titulares de acções [preferenciais] podem exercer o direito conferido nos termos do art.º 421.º do Código Comercial (...). Ou seja, se não for pago dividendo prioritário durante dois exercícios consecutivos, os titulares de acções [preferenciais] podem intervir na vida societária – mediante a transformação das suas acções em acções ordinárias, para gozar do direito de voto”. Trata-se de uma posição que, em substância, encontra paralelismo com a posição por nós então defendida, pois, para o referido Autor, o instituto de transformação tem por função remédio concedido aos titulares de acções preferenciais para recuperarem o direito ao voto em face da não distribuição deliberada de dividendo prioritário pela sociedade.

social não existe (artigos 420.º e 422.º, n.ºs 1 e 2)²⁹. Em tais casos, enquanto o voto se dissocia da participação social, a detenção da participação maioritária deixa de ser indício do exercício do domínio sobre uma sociedade comercial.

Trata-se dos casos de exercício do domínio pelo sócio titular de participações não maioritárias que, nos circunstancialismos concretos da sociedade participada (e.g.: dispersão do capital), formam a maioria de votos³⁰. A esta maioria deve ser atribuída a prevalência em face da participação maioritária, uma vez que, como afirma Engrácia Antunes, a pertinência de uma participação maioritária de capital como instrumento de domínio não resulta de “per se”, mas apenas na medida do efectivo poder de voto que em concreto seja susceptível de conferir à sociedade participante³¹.

7.3. Poder de eleger a maioria dos membros da administração

Como apontado *supra*, quando uma sociedade detém a maioria do capital social ou a maioria dos votos, está em condições de eleger a maioria dos membros da administração³². Não é raro que o mesmo grupo de indivíduos serem membros

29 CUNHA, Paulo Olavo – Direito das Sociedades Comerciais, p. 671..

30 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, pp. 490 e 491 e 505 a 507. Pense-se no seguinte exemplo: a A S.A., com o capital social no valor de 1,5 milhão de patacas, composto de 10.000 acções ordinárias (1 milhão) e 5.000 acções preferenciais (500 mil), cada uma no valor de 100 patacas. B a Z (22 accionistas) são titulares de acções ordinárias em proporções iguais (1,8% cada), enquanto WW detém acções ordinárias representativas de 26,65% do capital. Já YY S.A. é titular das acções preferenciais, representativas de 33,33%. É verdade que, neste caso, YY S.A. é a única sócia que detém a participação maioritária na sociedade A S.A., em face das participações de outros sócios. Porém, a posição de YY S.A. na sociedade é insignificante, uma vez está desprovido da potência do exercício do domínio na sociedade, uma vez que está impedida de votar, isto é, participar na formação de vontade imputável à sociedade. É mais provável que o accionista WW, que detém acções ordinárias representativas de 26,67% do capital social, exerce o domínio sobre a sociedade, uma vez que detém a maioria de votos.

31 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 492; p. 93. As considerações semelhantes devem aplicar-se quando o concurso é entre a maioria dos votos e o poder de eleger a maioria dos membros da administração da sociedade, devendo ser dada a prioridade ao critério da maioria de votos. Pois, em último termo, salvo as excepções da relação de domínio de base pessoal, é o voto que determina o poder de eleição da maioria dos membros de administração.

32 A identidade dos membros dos órgãos sociais da sociedade participante e da participada é indício da verificação do domínio sobre uma sociedade comercial. O poder de designar os membros dos órgãos sociais representa o resultado de uma estrutura empresarial plurissocietária assente em participações maioritárias de capital, sendo a concentração de poderes directivos num mesmo conjunto de pessoas uma mera consequência do exercício do domínio. Neste sentido, ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 78).

de administração de diferentes sociedades, como a prática demonstra³³.

Porém, há situações, ditas de grupos de base pessoal, em que o exercício do domínio de uma sociedade sobre a outra quando a estrutura que sustenta a relação das sociedades provém imediatamente de laços pessoais e não de laços financeiros entre as sociedade participante e participada. É justamente o fenómeno da interligação administrativa (“*interlocking directorate*”, “*interlocking board*” ou “*interlocking directorship*”) ³⁴, a concretização do mesmo tem lugar muitas vezes através dos acordos parassociais, caso em que o sócio dominante pode ter uma participação social muito insignificante.

7.4. Natureza do elenco legal dos instrumentos do domínio

Uma questão que possa colocar-se em torno do elenco legal do artigo 212.º, n.º 1 do Código Comercial é a seguinte: qual o sentido prático-normativo do elenco legal? Como melhor analisaremos no Capítulo V, as soluções legais em torno do sócio dominante constituem mecanismos de prevenção e reacção que a lei oferece para as situações do exercício de influência dominante patológica³⁵, como o remédio para o facto de o Código Comercial não regulamentar o direito de grupos de sociedades.

Todo o conjunto destes normativos tem por figura central o sócio dominante, em torno do qual se ergue a norma de conduta para que em conformidade com a qual quem, seja dominante na sociedade participada, possa actuar-se. Para tal, o artigo 212.º, n.º 1 estabelece a definição do sócio dominante, através da dedução por meio da qual se parte da verificação dos instrumentos elencados se chega a firmar a potência do exercício do domínio sobre a sociedade³⁶.

33 As empresas familiares representam dois terços das empresas em todo o mundo e criam 70–90% do PIB global. São particularmente dominantes na economia baseada no direito civil, como Alemanha, França, Coreia, Japão e Brasil. A propriedade familiar não é um caso especial, mas um tipo comum de controle acionário (Trata-se de um dado apurado pelo Family Firm Institute em 2016, citado por CAIAZZA, Rosa; JR, Albert A. Cannella; PHAN, Phillip H.; SIMONI, Michele – An Institutional Contingency Perspective of Interlocking Directorates, pp. 277 a 293)

34 DUARTE, Diogo Pereira – Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio, contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, p. 119. A interligação administrativa tem por objectivo facilitar a comunicação e a coordenação entre empresas. Esta finalidade também determina a potência do conluio entre os sujeitos concorrentes do mercado. Quando são as mesmas pessoas que partipam na administração, formando uma coligação com outras sociedades, tal interligação administrativa garante o fornecimento de recursos organizacionais, como conhecimento tácito, que de outra forma seriam difíceis de obter (CAIAZZA, Rosa; JR, Albert A. Cannella; PHAN, Phillip H.; SIMONI, Michele – An Institutional Contingency Perspective of Interlocking Directorates, pp. 277 a 293).

35 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, pp. 62 e 64.

36 Sobre a presunção legal, VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e –

Tais instrumentos elencados não são mais do que a base da presunção (ditos factos-base) para se afirmar um facto desconhecido. Quem detém a participação maioritária, maioria de votos ou poder de eleger a maioria dos membros de administração, está em potência de exercer o controlo sobre a sociedade. O disposto no artigo 212.º, n.º 1 é uma verdadeira presunção legal³⁷, ilidível mediante prova em contrário³⁸.

Secção II

Delimitação do conceito da relação de domínio entre as sociedades comerciais nas normas de contabilidade

As Normas de Contabilidade³⁹ constituem o lugar normativo paralelo às normas do direito societário, em que a lei conhece a realidade empresária. É esta a razão que justifica o estudo desta Secção II, uma vez que a definição da relação de domínio, para o direito societário, não se esgota no Código Comercial, mas também nas normas de contabilidade, cuja aplicação condiciona à aplicação de muitos normativos daquele Código⁴⁰.

8. Enquadramento jurídico das normas de contabilidade⁴¹

O Código Comercial, a Lei n.º 20/2020, o Regulamento Administrativo

Manual de Processo Civil, p. 501; OLIVEIRA, João Gil da; Pinho, Cândido – Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência, Livro I, Parte Geral, Volume V (Artigos 326.º a 390.º), p.213.

37 Neste sentido, GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 62 a 64, nota 105.

38 Vide o artigo 343.º, n.º 2 do Código Civil.

39 Sobre a relevância das normas de contabilidade para o direito societário de Macau, FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, p. 579 a 593.

40 Sobre a aplicação prática das Normas de Contabilidade na jurisprudência, vide o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância n.º 918/2012, de 14 de Março de 2013 (relator: João Gil de Oliveira).

41 Na versão originária do presente trabalho submetido à Faculdade de Direito, por negligência da nossa parte, deixámos – mas mal e injustificadamente – de fora a referência ao Código Comercial. Este Código contém disposições relevantes para a elaboração de escrituração mercantil dos empresários comerciais nos termos do disposto nos artigos 12.º, alínea b), 38.º a 60.º do Código Comercial, razão pela qual, indubitavelmente, o mesmo deve integrar-se no âmbito do enquadramento de normas de contabilidade.

n.º 42/2020 e o Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020 integram o enquadramento jurídico das Normas de Contabilidade aplicáveis na Região Administrativa Especial de Macau.

Por força do artigo 7.º, alínea 1) da Lei n.º 20/2020, as Normas de Contabilidade devem ser elaboradas, aprovadas e publicadas pela Comissão Profissional dos Contabilistas. No entanto, nos termos do do artigo 25.º, n.º 2 do Regulamento Administrativo n.º 42/2020, enquanto não houver a publicação das novas normas de contabilidade por aquela Comissão, as Normas aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005 e pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020 continuam a ser aplicáveis.

9. Âmbito das normas de contabilidade

As Normas de Contabilidade, aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005, substituíram o regime do Plano Oficial de Contabilidade para as Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 34/83/M, de 16 de Julho⁴², adoptando, pela primeira vez, parcialmente, as Normas Internacionais de Relato Financeiro da edição de 2004⁴³.

Estas Normas de Contabilidade compreendem as Normas Sucintas de Relato Financeiro e as Normas de Relato Financeiro (artigo 1.º, n.º 1 do Regulamento Administrativo n.º 25/2005):

9.1. Normas sucintas de relato financeiro

As Normas Sucintas de Relato Financeiro (NSRF), aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005, constituem o instrumento de normalização contabilística das empresas elaborado a partir das Normas Internacionais de Relato Financeiro [os International Financial Reporting Standards (IFRS) e os International Accounting Standards (IAS) emitidas até 31 de Março de 2004], das quais constitui uma versão sucinta e adaptada às necessidades específicas da Região Administrativa Especial de Macau (artigo 2.º, n.º 1).

Tais normas aplicam-se a entidades que, por lei especial, se encontrem obrigadas a dispor de contabilidade devidamente organizada, como alternativa da adopção das Normas de Relato Financeiro (artigo 4.º, n.º 2). A título de exemplo, é admitida a adopção das NSRF para o cumprimento das seguintes exigências legais:

42 Sobre a história das normas de contabilidade aplicadas no ordenamento jurídico de Macau e o regime do Plano Oficial de Contabilidade para as Empresas (Decreto-Lei n.º 34/83/M, de 16 de Julho), por todos, SHANG, Huiran – Sobre as Características do Plano Oficial de Contabilidade para as Empresas, Vol. 35, pp. 95 a 98.

43 DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE FINANÇAS – P&R Novas NRF, p. 2.

- i) Código Comercial;
- ii) Imposto Complementar de Rendimentos.

Estas Normas Sucintas são da aplicação obrigatória desde 1 de Janeiro de 2007 até à elaboração e aprovação das Normas de Contabilidade pela Comissão Profissional dos Contabilistas (artigo 25.º, n.º 2 do Regulamento Administrativo n.º 42/2020).

9.2. Normas de relato financeiro

As Normas de Relato Financeiro são os International Financial Reporting Standards (IFRS), emitidos pelo actual International Accounting Standards Board (IASB), assim como os International Accounting Standards (IAS), emitidos pelo seu antecessor, International Accounting Standards Committee (IASC) (artigo 2.º, alíneas 2 e 3 do Regulamento Administrativo n.º 25/2005).

Tais normas aplicam-se às seguintes entidades, para os efeitos preparação e apresentação das demonstrações financeiras das seguintes entidades (artigo 4.º, n.º 1): i) Entidades concessionárias da Região Administrativa Especial de Macau; ii) Entidades seguradoras; iii) Instituições sujeitas ao Regime Jurídico do Sistema Financeiro; iv) Instituições offshore, ainda que no exercício da actividade regulada pelo Decreto-Lei n.º 58/99/M, de 18 de Outubro; v) Sociedades anónimas; e vi) Sociedades em comandita por acções.

As Normas Internacionais de Relato Financeiro pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005, desde o ano de 2005, não foram objecto de quaisquer alterações durante os anos, não obstante a actualização anual das normas contabilísticas do IASB.

Durante esses anos, a conjuntura mundial e a situação da Região do Delta do Rio das Pérolas alteraram-se significativamente⁴⁴. Em consequência, em

44 A partir de 2005, as Normas de Relato Financeiro de Hong Kong e as Normas de Contabilidade para as Empresas Comerciais do Interior da China tornaram-se convergentes com os IFRS, enquanto as Normas de Macau não se alteraram durante anos. Depois da eclosão da crise financeira internacional em 2008, a credibilidade das demonstrações financeiras das sociedades foi colocada em dúvida, tendo as normas de contabilidade sido objecto de atenção da sociedade internacional. Para elevar a qualidade das normas de contabilidade, o IASB, entre 2009 e 2018, aprovou e publicou 9 novas normas para regulamentar os instrumentos financeiros, a mensuração pelo justo valor, as demonstrações financeiras consolidadas, o rédito, as locações e os seguros, matéria que escaparam ao alcance das Normas aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005. Acresce que, em Dezembro de 2017, o Ministério do Comércio da República Popular da China e o Governo da Região Administrativa Especial de Macau assinaram o “Acordo de Cooperação Económica e Técnica” no âmbito do Acordo de Estreitamento das Relações Económicas e Comerciais entre o Continente Chines e Macau (CEPA). Nos termos do artigo 16.º deste Acordo, o Interior da China e Macau estão obrigados a adoptar medidas para fortalecer 7 áreas de cooperação no domínio da

28 de Março de 2020, através do Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020 foram aprovadas as novas Normas de Relato Financeiro, que correspondem à versão dos IFRS e IAS emitidos até 1 de Janeiro de 2015 (15 IFRS e 26 IAS).

A principal reforma destas novas Normas de Relato Financeiro reflecte-se no alargamento do seu âmbito de incidência⁴⁵. Tais normas são de aplicação facultativa até 31 de Dezembro de 2021 pelas entidades referidas, como alternativa às normas aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005, salvo para as entidades-mãe finais referidas na alínea 1) do artigo 1.º-A do Regulamento do Imposto Complementar de Rendimentos em vigor, aprovado pela Lei n.º 21/78/M, de 9 de Setembro, caso em que a aplicação das novas normas é obrigatória.

10. Delimitação do conceito da “empresa-mãe” e “subsidiárias”

A análise das Normas de Contabilidade vai realizar-se conforme a distinção estabelecida nos termos do disposto no Regulamento Administrativo n.º 25/2005: Normas Sucintas de Relato Financeiro e Normas de Relato Financeiro.

10.1. Normas sucintas de relato financeiro⁴⁶

Para os efeitos da aplicação das Normas Sucintas de Relato Financeiro, o domínio sobre uma entidade (que pode ser uma sociedade comercial) manifesta-se nas relações entre as Partes Relacionadas: empresa-mãe e subsidiária, matéria regulada pela Norma 15 e pela Norma 14⁷. A Norma 15 define a “subsidiária”,

contabilidade. A realização deste objectivo pressupõe a “convergência efectiva entre as normas de contabilidade e de auditoria das duas regiões”. Vide DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE FINANÇAS, Novas «Normas de Relato Financeiro» – Documento de Consulta, pp. 24 a 28).

45 DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE FINANÇAS, Novas «Normas de Relato Financeiro» – Documento de Consulta, p. 26.

46 Vide o Anexo I, Tabela I.

47 O sentido desta delimitação é sujeitar as partes relacionadas ao cumprimento da Norma 15, que tem por objectivo garantir que as demonstrações financeiras de uma entidade contêm as divulgações necessárias para alertar para a possibilidade da sua posição financeira e resultados poderem ter sido afectados pela existência de partes relacionadas e por transacções e saldos pendentes como tais partes. Em cumprimento da Norma 15, os relacionamentos entre empresas-mãe e subsidiárias devem ser divulgados independentemente de ter havido ou não transacções entre essas partes relacionadas. Uma entidade deve divulgar o nome da entidade empresa-mãe. Se tiver havido transacções entre partes relacionadas, uma entidade deve divulgar a natureza do relacionamento com as partes relacionadas, assim como informação sobre as transacções e saldos pendentes necessárias para a compreensão do potencial efeito do relacionamento nas demonstrações financeiras. À medida que se cumpre a Norma 15, cumpre-se o disposto na IAS 1.

“empresa-mãe” e “controle” nos seguintes termos:

Empresa-mãe	A entidade que detém mais de uma subsidiária.
Subsidiária	Uma entidade controlada por outra entidade (conhecida por empresa-mãe), incluindo uma entidade não pertencente ao grupo [rectius, uma entidade não societária ⁴⁸], tal como de uma parceria.
Controlo	O poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade de forma a obter benefícios das suas actividades.

O controlo densifica-se nos seguintes termos⁴⁹:

- i) Através da obtenção de direitos de propriedade, quando uma parte detém a titularidade de mais de metade dos direitos de voto de outra entidade⁵⁰:
- ii) Através de acordos ou pactos sociais;
- iii) Através de detenção do direito de nomear ou exonerar a maioria dos membros do conselho de administração ou órgão equivalente;
- iv) Através de detenção de mais de metade dos direitos de voto nas reuniões do conselho de administração ou órgão equivalente.

10.2. Normas de realto financeiro⁵¹

A análise vai ser feita em conformidade com o período do tempo em que

48 Na versão chinesa, a expressão em causa é “非公司制的主體” (fēi gōng sī zhì de zhǔ tǐ), cuja tradução para a língua portuguesa deve ser “sujeito de carácter não societário”, em vez de “entidade não pertencente ao grupo”.

49 Por força do Guia para a aplicação das Normas Sucintas de Relato Financeiro, nos termos do Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 2/2007, sobre a Norma Sucinta de Relato Financeiro 15 – Divulgações de Partes Relacionadas.

50 Densifica-se em três situações: (a) Controlo directo: quando uma parte detém directamente mais de metade do capital com direito de voto de uma outra parte, e.g., a entidade A detém 51% do capital com direito de voto da entidade B; (b) Controlo indirecto: quando a parte está indirectamente na posse de mais de metade do capital com o direito de voto uma outra parte, o controlo indirecto refere-se à situação onde uma parte detém mais de metade do capital com direito de voto da subsidiária de uma sua subsidiária, e.g., a entidade A detém 60% do capital com direito de voto da entidade B, B detém 60% do capital com direito de voto da entidade C, assim A controle C; e (c) Quando uma parte tem controlo directo e indirecto sobre mais de metade do capital com direito de voto de outra parte.

51 Vide o Anexo I, Tabela II.

as duas versões das Normas de Relato Financeiro se encontram em vigência no ordenamento jurídico macaense.

10.2.1. Regulamento administrativo N.º 25/2005⁵²

Não obstante a referência pontual às relações entre a “empresa-mãe” e “subsidiárias” nas IFRS e IAS aplicáveis, em especial, na IAS 1, estes conceitos não foram objecto da definição nas próprias normas contabilísticas aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005⁵³.

Como afirma Andreas Krimpmann, “[a] preparação das demonstrações financeiras é baseada em duas normas contabilísticas, IAS 27 - Demonstrações Financeiras Separadas e IFRS 10 - Demonstrações Financeiras Consolidadas. Ambas as normas definem requisitos básicos, como o conceito de controlo, requisitos contabilísticas e a aplicação de outras IFRS conforme apropriado. Estas normas são combinadas com a IAS 1 - Apresentação das Demonstrações Financeiras que define o formato e as divulgações básicas de cada demonstração pertencente ao conjunto completo das demonstrações financeiras”⁵⁴.

As referências na IAS 1 ao conceito da “empresa-mãe” e “subsidiária”⁵⁵ não de qualificar-se como “lacuna jurídica ao nível das normas”⁵⁶, uma vez que a IAS 1 não pode ser aplicada sem que se determine por que se entende a subsidiária e a empresa-mãe.

Como um sistema aberto, as normas IAS conhecem a possibilidade da existência da lacuna jurídica, oferecem mecanismo especial para preencher as lacunas na IAS 8, autorizando a gerência das entidades criar normas contabilísticas *ad hoc* tendo em referência as normas emitidas por outros órgãos

52 As Normas de Relato Financeiro constituem o Anexo II do Regulamento Administrativo n.º 25/2005.

53 Em muitas das Normas de Relato Financeiro aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005, faz-se a menção às outras Normas das IFRS e IAS cuja aplicação não é incorporada no ordenamento jurídico de Macau pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005. A título de exemplo, observa-se que: (i) a IFRS 1 faz a referência à IAS 39 (no parágrafo 25A), à IAS 5 (no parágrafo 34A), à IAS 32 (no parágrafo 36A), à IAS 34 (no parágrafo 45) e; (ii) a IAS 1 faz referência à IAS 34 (no parágrafo 3), à IAS 32 (no parágrafo 6), à IAS 39 (no parágrafo 59), à IFRS 5 (no parágrafo 68A), à IAS 30 (no parágrafo 71); a IAS 2 faz referência à IAS 41 (no parágrafo 20).

54 Tradução nossa das palavras de KRIMPMANN, Andreas – Principles of Group Accounting under IFRS, p. 10, acessível via www.books24x7.com (com a última data de visita em 2 de Setembro).

55 Vide: a IFRS 1, parágrafo 24 e 25; IAS 1, parágrafo 46 (2), parágrafo 76 (1) [6], parágrafo 82 (1) (2), parágrafo 114 (4), parágrafo 126 (3).

56 MACHADO, João Baptista Machado – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 195.

normatizadores, ainda que não sejam da autoria do *International Accounting Standards Committee*⁵⁷.

10.2.1.1. Integração da lacuna

Como é que esta lacuna da IAS 1 tem sido aplicada na prática contabilística de Macau durante a vigência do Regulamento Administrativo n.º 25/2005? Vejamos.

Ao abrigo deste disposto na IAS 8, há entidades expressamente lançarem mão das normas das IFRS e IAS excluídas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005 para definir a “empresa-mãe” e as “subsidiárias”. É o caso do Banco Industrial e Comercial da China S.A., Sucursal de Macau (ICBC), que nos seus Relatórios Anuais entre os anos de exercício 2009 e 2020⁵⁸, tem adoptado, sucessivamente, as normas IAS 27⁵⁹ e IFRS 10⁶⁰ (a partir de 2014) para definir as “empresa-mãe” e “subsidiárias”, em cumprimento do dever de divulgação da identidade das subsidiárias previsto na IAS 1.

Há outras entidades que resolveram a lacuna sem identificar a política

57 A IAS 8 – “Políticas Contabilísticas, Alterações nas Estimativas Contabilísticas e Erros”, no seu parágrafo 21, dispõe o seguinte: “Na ausência de uma Norma ou Interpretação que se aplique especificamente a uma transacção, outro acontecimento ou condição, a gerência poderá, de acordo com o parágrafo 12, aplicar uma política contabilística das mais recentes tomadas de posição de outros órgãos normatizadores que usem uma estrutura conceptual semelhante para desenvolver normas contabilísticas. Se, no seguimento de uma emenda de tal tomada de posição, a entidade optar por alterar uma política contabilística, essa alteração é contabilizada e divulgada como alteração voluntária na política contabilística”.

58 Nos Relatórios Anuais desta Sociedade, elaborados a partir do ano de 2009 até ao ano de 2020, constata-se a seguinte nota a título de “base de preparação”: “As demonstrações financeiras consolidadas foram preparadas de acordo com as Normas de Relato Financeiro estabelecidas no Regulamento Administrativo n.º 25/2005 da Região Administrativa Especial de Macau (“MFRS”) e, onde a MFRS não tem disposições que regulem o tratamento contabilístico de uma determinada saldo ou transacção, as Normas Internacionais de Relatórios Financeiros (“IFRSs”) em vigor e aplicáveis para os períodos contábeis iniciados em ou após 1º de Janeiro de 2008.” (tradução nossa para a língua portuguesa), vide INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (MACAU LIMITED), in 2009 Annual Report, p. 33; in 2010 Annual Report, p. 34; 2009 Annual Report, p. 33; in 2011 Annual Report, p. 37; in 2012 Annual Report, p. 31. Todos os relatórios estão disponíveis in www.icbc.com.mo (com a última visita em 31 de Agosto de 2021). A partir do 2013 Annual Report, a mesma nota deixa de verificar-se.

59 INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (MACAU LIMITED), in 2009 Annual Report, p. 35, quando se afirma que “O grupo adoptou pela primeira vez as seguintes novas e revisadas IFRS para as demonstrações financeiras do ano corrente: Alteração do IFRS 1 e IAS 27”.

60 INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (MACAU LIMITED) – 2014 Annual Report, p. 37 e in 2020 Annual Report, p. 45. Não obstante não ter aludido expressamente à adopção da IFRS 10, a definição das “subsidiárias” transcrita no relatório coincide com a prevista na IFRS 10.

contabilística adoptada, como é o caso do Banco Nacional Ultramarino, S.A., que, nos seus relatórios anuais publicados entre os anos 2014 a 2020, se limita a declarar que as demonstrações financeiras foram preparadas de acordo com as Normas de Relato Financeiro da Região Administrativa Especial de Macau, identificando a Banco é a Caixa Geral de Depósitos, S.A. como “empresa-mãe”⁶¹.

A prática adoptada pela ICBC parece ser opção preferida pela doutrina contabilística⁶², que sugere que a lacuna seja preenchida de acordo com a lógica da estrutura conceptual e das directivas emitidas pelo IASB.

Trata-se de integração da lacuna por via extra-sistemática. E, se assim o for, por maioria da razão, a adopção das IFRS e IAS actualizadas encontra-se em harmoniza com o disposto na IAS 8, prática, essa, é adoptada pela ICBC durante os passados 11 anos. Em seguida, tomamos as IAS 27 e IFRS 10 como farol para definir os conceitos da “subsidiária” e “empresa-mãe”.

10.2.1.2. Definição estabelecida nas IAS 27

A IAS 27 - Demonstrações Financeiras Separadas⁶³, na sua versão actualizada em 18 de Dezembro de 2003, devia ser aplicada na preparação das demonstrações financeiras consolidadas de grupos de empresas controladas por uma entidade-mãe⁶⁴, salvo se a entidade-mãe fosse também subsidiária de outra sociedade. Esta

61 BANCO NACIONAL ULTRAMARINO, S.A – Relatório Anual 2014, p. 36; in Relatório Anual 2015, p. 39; in Relatório Anual 2016, p. 37; in Relatório Anual 2017, pp. 41 e 42; in Relatório Anual 2018, p. 41; in Relatório Anual 2019, p. 102; in Relatório Anual 2020, p. 88. Todos são acessíveis via www.bnu.com.mo (com a última visita em 31 de Agosto de 2021).

62 MIRZA, Abbas Ali; ORRELL, Magnus; HOLT, Graham J. – Wiley IFRS: Practical Implementation Guide and Workbook, Chapter 6 - Accounting Policies, Changes in Accounting Estimates and Errors (IAS 8), 4.4, acessível via www.skillport.com (com a última visita em 2 de Setembro de 2021).

63 A IAS 27 foi emitida em Abril de 1989, com a data de aplicação desde 1 de Janeiro de 1990, sendo posteriormente objecto de alteração e revisão em Dezembro de 1998, 18 de Dezembro de 2003, 10 de Janeiro de 2008, 22 de Maio de 2008, 6 de Maio de 2010, 12 de Maio de 2011, 31 de Outubro de 2012, 12 de Agosto de 2014. Sobre a evolução do conceito do “controlo” nas IAS e IFRS, vide Krimpmann, Andreas, in Principles of Group Accounting op. cit., in Tab. C-1: History of the control concept.

64 Vide Abbas Ali Mirza, Magnus Orrell, Graham J. Holt, in Wiley IFRS: Practical Implementation Guide, op. cit., in Chapter 20 - Consolidated and Separate Financial Statements (IAS 27), 1. Scope. A IAS 3, após a alteração pela IFRS 3 em 12 de Maio de 2011, passou a ter a seguinte redacção: a IAS 27 tem em vista prescrever os requisitos de contabilização e divulgação aplicáveis aos investimentos em subsidiárias, empreendimentos conjuntos e associados quando uma entidade prepara demonstrações financeiras separadas. Vide a IAS aprovada pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020.

Norma definia a “empresa-mã”, “subsidiária” e “controle” nos seguintes termos⁶⁵:

Empresa-mã	Uma entidade que controla uma ou mais entidades.
Subsidiária	Uma entidade controlada por outra entidade.
Controle	O poder de governar as políticas financeiras e operacionais de uma entidade.

O controle densificava-se nos seguintes termos:

- i) Presumia que o controle existisse quando uma entidade detivesse mais de metade do capital com direito de voto noutra entidade⁶⁶, salvo se demonstrasse que a participação maioritária do capital não conferisse o poder de controle.
- ii) Ainda que detivesse menos da metade do capital com direito de votos, o controle poderia existir se a entidade tivesse o poder de⁶⁷:
 - a. Deter mais de metade dos direitos de voto por força de disposições contratuais celebradas com outras investidoras;
 - b. Reger as políticas financeiras e operacionais por força de lei ou disposições contratuais;
 - c. Nomear ou destituir a maioria dos membros do Conselho de Administração e o controle da entidade seria feito por esse Conselho e;
 - d. Exercer a maioria de votos na reunião do Conselho de Administração e o controle seria exercido por esse Conselho.

Tomamos a versão de 18 de Dezembro de 2003 como referência, uma vez que à data da vigência do Regulamento Administrativo n.º 25/2005, vigorava, a escala internacional, esta versão da IAS 27 para a interpretação dos conceitos em causa, parte, essa, manteve-se inalterada até à alteração pela IFRS 10 em 12 de Maio de 2011, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2013.

65 MIRZA, Abbas Ali; ORRELL, Magnus; HOLT, Graham J. – Wiley IFRS: Practical Implementation Guide and Workbook, Definitions of Key Terms (in accordance with IAS 27).

66 MIRZA, Abbas Ali; ORRELL, Magnus; HOLT, Graham J. – Wiley IFRS: Practical Implementation Guide and Workbook, 4.1.

67 MIRZA, Abbas Ali; ORRELL, Magnus; HOLT, Graham J. – Wiley IFRS: Practical Implementation Guide and Workbook, 4.2.

10.2.1.3. Definição estabelecida nas IFRS 10

O objectivo da IFRS 10 consiste em estabelecer princípios para a apresentação e preparação de demonstrações financeiras consolidadas quando uma entidade controla uma ou várias sociedades. Esta Norma define a “empresa-mãe”, “subsidiária” e “controlo de uma investida” nos seguintes termos:

Empresa-mãe	Uma entidade que controla uma ou mais entidades.
Subsidiária	Uma entidade que é controlada por outra entidade.
Grupo	Uma empresa-mãe e suas subsidiárias.
Controlo	Uma investidora controla uma investida quando a investidora está exposta, ou tem direito, a retornos variáveis decorrentes do seu relacionamento com a investida e tem capacidade para afectar esses retornos através do poder que exerce sobre a investida.

O controlo materializa-se nos seguintes três condições, transcrevendo:

- i) Detenção do poder sobre a investida⁶⁸;
- ii) Exposição, ou direitos, a retornos variáveis decorrentes do seu

68 A IFRS 10, nos parágrafos 10 a 14, determina o poder nos seguintes termos: (a) Uma investidora tem poder sobre uma investida quando for detentora de direitos existentes que lhe conferem a capacidade efectiva de dirigir as actividades relevantes, ou seja, as actividades que afectam significativamente os retornos da investida; (b) O poder deriva de direitos. Por vezes, a avaliação da existência de poder é simples, nomeadamente quando o poder sobre uma investida decorre directa e unicamente dos direitos de voto conferidos por instrumentos de capital próprio, como acções, e pode ser avaliado considerando os direitos de voto conferidos por essas participações. Noutros casos, a avaliação é mais complexa e exige que sejam considerados vários factores, por exemplo, quando o poder resulta de uma ou várias disposições contratuais; (c) Uma investidora com capacidade para orientar num determinado momento as actividades relevantes tem poder mesmo quando os seus direitos de orientação ainda não tiverem sido exercidos. A evidência de que o investidor tem vindo a orientar actividades relevantes pode ajudar a determinar se tem poder, mas tal evidência não é, por si só, conclusiva para determinar se o investidor tem poder sobre uma investida; (d) Se duas ou mais investidoras detiverem, cada uma, direitos existentes que lhes conferem a capacidade unilateral de orientar diferentes actividades relevantes, a investidora que tiver num determinado momento a capacidade de orientar as actividades que afectam mais significativamente os resultados da investida tem poder sobre a investida; (e) Uma investidora pode ter poder sobre uma investida mesmo quando outras entidades detiverem direitos existentes que lhes conferem nesse momento a capacidade de participar na orientação das actividades relevantes, como por exemplo quando outra entidade dispõe de uma influência significativa. No entanto, uma investidora que apenas é detentora de direitos de protecção não tem poder sobre uma investida (ver parágrafos B26-B28), pelo que não controla a investida.

relacionamento com a investida⁶⁹;
Capacidade para usar o seu poder sobre a investida para afectar a
quantia dos retornos para a investidora⁷⁰.

10.3.1. Despacho do Secretário para a Economia e Finanças N.º 44/2020⁷¹

Como apontado em lugar próprio, a IFRS 10 já tinha aplicação no ordenamento jurídico macaense antes da incorporação do Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020 em 28 de Março de 2020, uma vez que a IAS 8 impunha a integração de lacuna através da referência a outras normas contabilísticas internacionais.

Após a vigência do aludido Despacho, as entidades que estejam obrigadas a dispor de contabilidade organizada podem optar pela aplicação das novas NRF, em que se inclui a IFRS 10, enquanto as entidades-mãe finais referidas na alínea 1) do artigo 1.º-A do Regulamento do Imposto Complementar de Rendimentos, aprovado pela Lei n.º 21/78/M, de 9 de Setembro, estão obrigadas a adoptar as novas NRF.

O conceito das definições “empresa-mãe”, “subsidiária”, “controlo” e “grupo” da IFRS 10 já foi objecto da análise em parágrafos anteriores, para onde ora remetemos.

69 A IFRS 10, nos parágrafos 15 e 16, determina nos seguintes termos: (a) Uma investidora está exposta ou é detentora de direitos a retornos variáveis por via do seu relacionamento com a investida se os retornos da investidora por via do seu relacionamento com a investida puderem variar em função do desempenho da mesma. Os retornos da investidora podem ser apenas positivos, apenas negativos ou totalmente positivos e negativos; (b) Embora apenas uma investidora possa controlar uma investida, os retornos de uma investida podem beneficiar mais de uma parte. Por exemplo, os detentores de interesses minoritários podem ter uma participação nos lucros ou nas distribuições de uma investida.

70 A IFRS 10, nos parágrafos 17 e 18, determina nos seguintes termos: (a) Uma investidora controla uma investida se tiver não só poder sobre a investida e exposição ou direitos a retornos variáveis por via do seu relacionamento com a investida, mas também a capacidade de utilizar o seu poder para afectar os seus resultados como investidor por via do seu relacionamento com a investida; (b) Assim, uma investidora com direito efectivo de tomar decisões deve determinar se é um mandante ou um mandatário. Uma investidora que é um mandatário de acordo com os parágrafos B58-B72 não controla uma investida quando exerce um direito de tomar decisões que lhe tenha sido delegado.

71 Vide o Anexo I, Tabela III.

Secção III

Síntese micro-comparativas das regulamentações sobre a relação de domínio no Código Comercial e nas normas de contabilidade

Antes de terminar o presente Capítulo, incumbe proceder a uma síntese micro-comparativa das relações do domínio definidas no Código Comercial e nas Normas de Contabilidade, para a melhor compreensão das semelhanças e diferenças normativas.

No âmbito do Código Comercial, as relações de domínio manifestam-se mecanismos que estejam em volta do conceito do “exercício do domínio”⁷², enquanto, em sede das Normas de Contabilidade, as relações de domínio manifestam-se no conceito do “controlo”, que visa conectar a relação entre a “empresa-mãe” e as “subsidiárias”⁷³.

O Código Comercial opta por não definir por que se entende o exercício domínio, mas elenca as situações desse exercício, enquanto as Normas de Contabilidade, não obstante as redacções diferentes (não substanciais) em normas aplicáveis (NSRF, IAS 27 e IFRS 10), definem o conceito do “controlo” como poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade de forma a obter benefícios das suas actividades.

Não obstante a diversidade da formulações legais do “controlo” e “domínio” nesse dois diplomas legais, a verdade é que, como analisámos, os critérios legais previstos do “controlo” nas NSRF (Norma 15) e NRF (IAS 27 e IRS 10) reconduzem ao critério previsto no Código Comercial:

Modalidades de domínio	Código Comercial	NSRF	IAS 27	IFRS 10
Directo	Participação maioritária no capital social	V	V	V
	Mais de metade dos votos			
Indirecto	Eleição da maioria da administração	V	V	V
	Acordo parassocial			
	Distribuição de lucros (Artigo 195.º, n.º 1 do CCOM)	Obtenção dos benefícios das actividades da subsidiária		

72 Vide o artigo 212.º, n.º 1 do Código Comercial.

73 Vide a Norma 15 das NSRFs, a IAS 27 das NRFs aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005 e a IFRS 10 aprovada pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020

Como anotado acima no quadro comparativo, a diferença que existe entre o disposto no Código Comercial e nas Normas de Contabilidade reside no seguinte: naquele, a mera participação maioritária no capital social faz presumir o exercício do domínio sobre a sociedade comercial, enquanto, nestas, apenas a participação maioritária no capital com poder de votar é que atribui o controlo à investidora. De resto, parece que os critérios do “domínio” e “controlo” no Código Comercial e nas Normas de Contabilidade estão em harmonia.

Capítulo III

Subsecção, aquisição e detenção de acções próprias pela sociedade emitente

Em seguimento do cronograma estabelecido no início do presente Relatório, procuramos conhecer os efeitos da subscrição, aquisição e detenção das acções próprias, com o objectivo de conhecer a solução que a lei oferece para neutralizar tais efeitos, uma vez que a compreensão da disciplina jurídica das acções próprias condiciona ao conhecimento e à análise das operações da auto-participação indirecta que se possam suscitar para pela em vigor.

Na Secção I ocupamos da análise dos efeitos nocivos que as operações possam trazer à dogmática do direito societário, ao passo que, na Secção II, procederemos à análise dos elementos normativos positivados no Código Comercial.

Secção I

Efeitos nocivos das operações

Os efeitos nocivos que tais operações possam trazer à dogmática do direito societário tocam os seguintes três aspectos: (i) princípio corporativo das sociedades comerciais; (ii) às regras de distribuição de competências entre órgãos sociais e (iii) à funções garantística do capital social.

11. Distorção do princípio corporativo

O conceito da sociedade encontra-se delimitado no disposto no artigo 184.º, n.º 1 do Código Civil⁷⁴. Para a constituição da sociedade, pressupõe-se

74 A doutrina sublinha que as sociedades se caracterizam por terem um substrato pessoal, sendo

que se verifique a pluralidade subjectiva e que esta se repercuta no exercício da actividade económica. Daí, na qualificação doutrinal, ser exigido o elemento corporativo para a caracterização das sociedades⁷⁵.

Em consequência, as participações sociais constituem representações da inerente posição social dos associados na sociedade⁷⁶, enquanto modos de ser ou modalidades de existências integradas no ente jurídico complexo⁷⁷. Tal pressupõe que a participação na sociedade seja do modelo da hetero-participação, em vez de uma auto-participação.

Assim, quando a sociedade emitente detém as suas próprias acções, a doutrina qualifica a operação como “pescadinho de rabo na boca”, para manifestar a desfiguração do princípio corporativo⁷⁸. Em consequência desta lógica dogmática, este fenómeno *contra-natura* constituiu a razão dogmática que impusesse o princípio geral da proibição de aquisição de acções próprias nos sistemas jurídicos europeus⁷⁹.

Em legislações contemporâneas, para pôr termo a esta impossibilidade lógica, impõe-se a suspensão do exercício dos direitos corporativos, “o fundamento mais simples e em última análise aquele a que todos os outros se reconduzem, quando se defende uma suspensão total, é a impossibilidade de a sociedade ser

peças colectivas do tipo corporação. Neste sentido, OLIVEIRA, João Gil da; Pinho, Cândido – Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência, Livro I, Parte Geral, Volume III (Artigos 173.º a 250.º), p. 74, anotação e comentário sob o número 4; PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil, pp. 271 a 284; GARCIA, Augusto Teixeira – As Sociedades Comerciais, p. 8, 2016. Acresce que esta pluralidade subjectiva é tida como pressuposto de muitas normas jurídicas do direito societário, em especial, nos termos do artigo 179.º, 188.º a 190.º, 194.º a 197.º, 208.º, 212.º, 213.º a contrario, 216.º a 233.º, todos do Código Comercial.

75 Cf. a nota 4 *supra*.

76 CORDEIRO, António Menezes – Manual de Direito das Sociedades, volume II, p. 649; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 2 e 3; Co CORREIA, Luís Brito – Direito Comercial, volume II, 1989, p. 289.

77 GARCIA, Augusto Teixeira – Participação social e direitos dos sócios, p. 1, 2016; VASCONCELOS, Pedro Pais de – A participação social nas sociedades comerciais, p. 7.

78 CUNHA, Paulo Olavo – Direito das Sociedades Comerciais, p. 318.

79 A prática das operações iniciou-se nos Estados Unidos da América e depois entrou no continente europeu no Século XVIII. Foi o Crash de Viena em 1869, episódio em que várias sociedades adquiram acções próprias a fim de sustentar as cotações de acções emitidas, que justificou o nascimento da 1.ª Aktiengesetz de 11 de Junho de 1870, que foi a primeira intervenção legislativa marcada no direito romano-germânico que impôs a regra geral da proibição absoluta. SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 31 e ss.; CORDEIRO, António Menezes – Das acções próprias: dogmática básica e perspectivas de reforma – I, pp. 641 e ss.; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 186.

accionista de si própria, de participar nela mesma”, como aponta Raúl Ventura⁸⁰.

12. Riscos de índole financeira

Do ponto de vista financeiro, a aquisição de acções próprias é fonte de perigos para as cifras indisponíveis, uma vez que as acções são bens destituídos de valor autónomo e, quando detidas pela própria sociedade, têm valor zero. Os riscos financeiros e o consequente prejuízo da função garantística destas cifras indisponíveis são objecto de concretização, quando a sociedade anónima subscreve ou readquire as acções por si emitidas.

Valor não autónomo das acções

As acções têm valor porque se reflectem bens reais, bens que integram o património da sociedade emitente das acções. Por isso, Ascarelli qualifica as acções como “bens de segundo grau”, valem como títulos representativos dos bens possuídos pela sociedade⁸¹.

Os accionistas e a sociedade, por esta natureza de bens de segundo grau das acções, dispõem de bens distintos, “como se o ordenamento jurídico tivesse produzido uma milagrosa duplicação dos bens que havia antes da fundação da sociedade”⁸². Porém, esta duplicação é ilusória, uma vez que o valor das acções é referente ao valor dos bens reais que as acções representam. As acções tornam-se desprovidas de valor quando o património que subjaz a tais acções desaparece⁸³.

12.1. Valor das acções quando detidas pela sociedade

Qual é o valor contabilístico das acções quando sejam readquiridas pela sociedade emitente? Como activos ou como instrumentos de capital?

Para que sejam qualificadas como activos, é preciso que as acções próprias sejam recurso controlado pela entidade, mensurável com fiabilidade e proveniente

80 VENTURA, Raúl –Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, p. 320.

81 Apud ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 84 – Giuseppe Fanelli, *Le partecipazioni sociali reciproche*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 9.

82 Apud ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 84 – J.F. Duque Dominguez, in *Prólogo da La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1985, da autoria de San Pedro, Luis Antonio, p. VII.

83 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 83; Silva, Mariana Duarte – in *Assistência financeira – no âmbito das sociedades comerciais*, p. 170.

de acontecimentos passados, e desse mesmo recurso se espera que fluam para a entidade benefícios económicos futuros, no sentido de contribuir, directa ou indirectamente, para o fluxo da caixa e de seus equivalentes de caixa para a entidade⁸⁴.

Ora, se as acções são títulos representativos dos bens possuídos pela sociedade, quando a sociedade emitente readquire as acções por si emitidas, não entram quaisquer benefícios económicos que possam contribuir para o fluxo da caixa e de seus equivalentes de caixa para a entidade, uma vez que as acções a adquirir têm o valor dependente dos bens que integram a sociedade no momento da aquisição.

Em termos da contabilidade, a circunstância de as acções próprias não poderem ser classificadas como activos (muito menos como passivos⁸⁵) implica que sejam classificadas como instrumentos do capital, a serem contabilizados na secção do capital no balanço, atento o carácter residual do capital próprio⁸⁶. Assim, o valor não autónomo das acções próprias é reconhecido nas NSRF e nas NRF, tanto nas versões aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005 e pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020.

84 Vide 5.1 (a) da Estrutura Conceptual das NSRF; 49 (a) da Estrutura Conceptual para a Apresentação e Preparação de Demonstrações Financeiras das NRF pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005; 4.4 (a) do Capítulo 4: A estrutura (1988): texto restante das NRF aprovadas pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020. Para o conceito em definição, os benefícios económicos futuros incorporados num activo “são o potencial de contribuir, directa ou indirectamente, para o fluxo da caixa e de seus equivalentes de caixa para a entidade” [o disposto no 53 da Estrutura Conceptual para a Apresentação e Preparação de Demonstrações Financeiras das NRF aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005; 4.8 e 4.10 do Capítulo 4: A estrutura (1988): texto restante das NRF aprovadas pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020].

85 O passivo é uma obrigação presente da entidade proveniente como resultado de acontecimentos passados, da qual se espera que resulte um exfluxo de recursos da entidade incorporando benefícios económicos [vide 5.1 (b) da Estrutura Conceptual das NSRF, 49 (b) da Estrutura Conceptual para a Apresentação e Preparação de Demonstrações Financeiras das NRF pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005; 4.4 (b) do Capítulo 4: A estrutura (1988): texto restante das NRF aprovadas pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020].

86 O capital próprio é o interesse residual nos activos da entidade depois de deduzir todos os seus passivos [vide 5.1 (b) da Estrutura Conceptual das NSRF, 49 (c) da Estrutura Conceptual para a Apresentação e Preparação de Demonstrações Financeiras das NRF pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005; 4.4 (c) do Capítulo 4: A estrutura (1988): texto restante das NRF aprovadas pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020].

12.2.1. IAS 32

A Norma Internacional de Contabilidade 32, “Instrumentos Financeiros: apresentação”, aprovada pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020, com a vigência obrigatória desde 1 de Janeiro de 2022, tem por objectivo estabelecer princípios para a apresentação de instrumentos financeiros como passivos ou capital próprio e para a compensação entre activos financeiros e passivos financeiros.

Esta Norma, para além de reconhecer que as acções próprias não poderem qualificar-se como activos, impõe que as “acções próprias, devem ser deduzidos no capital próprio”, nem é reconhecido qualquer ganho ou perda nos resultados da compra, venda, emissão ou cancelamento dos instrumentos de capital próprio da própria entidade. Para tal efeito, as acções próprias podem ser aquelas adquiridas e detidas pela entidade ou por outros membros do grupo consolidado⁸⁷.

Valor de realização das acções próprias

Raúl Ventura defende que as acções próprias não têm valor autónomo, confere-lhe o valor de realização, no sentido de que “o balanço que reduzisse a zero o valor das acções próprias não exprimiria correctamente a situação da sociedade, pois desprezaria o valor externo delas, esquecendo a possibilidade de novamente sub-rogar outros bens no lugar dessas acções, por movimento contrário ao sucedido aquando da liquidação onerosa. Igualmente errado será atribuir às acções próprias um valor – por exemplo, o de compra – que não corresponda ao valor de realização”⁸⁸.

12.3. Concretização dos riscos financeiros

Os riscos em detrimento da função garantística do capital social são passíveis de concretização, quando a sociedade subscreve e adquire acções própria, uma vez que, no primeiro caso, impede a formação exacta do capital e,

87 Vide o parágrafo 33 da IAS 32. Mesmo antes do Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020, atenta a fórmula sacramental de contabilidade “activos = passivos + capital”, à medida que as acções próprias não são activos, tais acções, quando contabilizados como instrumento de capital, devem ser objecto de dedução, sob pena do desequilíbrio do balanço, ainda que não tenha sido objecto de incorporação no Regulamento Administrativo n.º 25/2005. Sobre a fórmula de “assets = liabilities + stockholders equity”, vide BARCHARTS, INC., *Accounting Equations & Answers*, 2012, disponível em www.ebookcentral.proquest.com (com a última data de visita em 11 de Setembro de 2021).

88 VENTURA, Raúl – Auto-participação da sociedade: as acções próprias, pp. 238 a 243; VENTURA, Raúl – Participações recíprocas de sociedades em sociedades, p. 42; ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, *Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, p. 378; R ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 167.

no segundo, a aquisição, quando onerosa⁸⁹, configura-se como devolução ilícita de bens aos sócios⁹⁰ ou como “situação de reembolso antecipado para os accionistas alienantes”⁹¹. Trata-se da razão pela qual a operação não pode ser praticada “sem correspondente tomada de cautelas especiais para protecção de credores”.

Como observa Gomes da Silva, não é apenas no momento que as acções entram e saem do património social que podem ser postos em causa os interesses dos accionistas, mas também no momento da detenção pela sociedade⁹². Tais riscos são objecto de concretização ainda quando as acções são detidas pela própria sociedade emitente, bastando-se pensar no direito à subscrição preferencial no aumento oneroso do capital, caso em que se impede também a formação exacta do capital.

13. Riscos de índole administrativa

Considerando que o exercício dos direitos sociais é acto externo, cuja prática cabe à administração por via da representação orgânica da sociedade, quando as acções são detidas pela sociedade emitente, os membros do Conselho de Administração seriam os únicos habilitados a exercê-los no seio da sociedade, junto da Assembleia Geral⁹³. Tratava-se de usurpação de competências soberanas da Assembleia Geral que, por regra geral, a administração estaria impedidas de exercer.

Entre esses direitos contava-se o direito ao voto. Estaria, assim, aberta a potência de a administração aproveitar o direito de voto inerente às acções próprias da sociedade para a prática de operações em seu benefício pessoal ou dos accionistas que lhe sejam ligados. Na primeira situação, as acções próprias estariam a contribuir para o controlo de administração, enquanto na segunda, para o benefícios dos accionistas alienantes que, embora tivessem vendido as acções, continuariam em poder da sociedade⁹⁴.

89 Ao passo que, na aquisição gratuita, tais riscos financeiros deixam de existir, uma vez que do património da sociedade não sai nenhum activo em troca das acções próprias.

90 FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, p. 329.

91 LABAREDA, João – Das Acções das Sociedades Anónimas, pp. 83 e 84.

92 SILVA, João Gomes da – Acções Próprias e interesse dos accionistas, p. 1266.

93 Vide o disposto no artigo 235.º, n.º 1 do Código Comercial.

94 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 92 a 95; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 312 a 318.

Secção II

Análise normativa da disciplina de acções próprias

Ocupamos agora do estudo normativo da disciplina jurídica das acções próprias, com a divisão em três subsecções seguintes, que visam estudar, em separado, os efeitos jurídicos da subscrição, aquisição e detenção de acções próprias, para ver em que termos o Código Comercial procura neutralizar os efeitos elencados na Secção I.

Subsecção I

Subscrição das acções próprias

Não obstante o facto de o Código Comercial não autonomizar o regime jurídico para as auto-subscrições de acções, para além da referência pontual no artigo 474.º, oferece soluções legais para tais operações.

Esta norma jurídica, pela maneira que está redigida, não indica o critério de ilicitude das subscrições. Porém, tal não impede que procuremos soluções legais a partir da disciplina jurídica das subscrições de acções no Código Comercial.

Considerando que o normativo distingue as subscrições efectuadas pela sociedade emitente e as subscrições efectuadas por terceiro que actua em nome próprio mas por conta da sociedade. À luz desta distinção legal iniciamos a análise normativa.

14. Regime das subscrições efectuadas pela sociedade emitente

Em teoria, as subscrições de acções concebem-se em dois momentos: (i) no acto constitutivo da sociedade e (ii) no sucessivo aumento oneroso do capital social.

14.1. Auto-subscrição no acto constitutivo

Quid juris se a sociedade anónima, no momento da sua constituição, subscreve as acções próprias? Trata-se de hipótese negada desde cedo pela doutrina portuguesa⁹⁵. Porém, a questão não é pacífica para a doutrina macaense.

95 João Labareda, em 1988, entende que a sociedade não possa subscrever as suas próprias no momento constitutivo, porque a sociedade nem sequer existe e, por isso, não tem património que possa utilizar na realização das acções subscritas (in *Das Acções das Sociedades Anónimas*, p. 82); Raúl Ventura, em 1992, entende que a subscrição de acções por uma sociedade no acto da sua constituição é hipótese sem necessidade de demonstração da sua impossibilidade jurídica (in *Comentário ao Código das*

Em 2009, Fong Man Chong, faz depender a licitude da subscrição de quotas ou acções próprias do cumprimento das exigências da manutenção do património social acima da soma do capital e reservas indisponíveis previstas nos artigos 373.º, n.º 2 e 426.º, n.º 3 do Código Comercial⁹⁶. Poucos anos depois, em 2013, Edson Jordão da Silva vem advogar a posição contrária e concluiu que se trata de uma hipótese de laboratório, admitindo que se configura como uma impossibilidade jurídica, em face do disposto das regras previstas nos artigos 176.º, 179.º, n.º 2, al. d) e 394.º, n.º 1 do Código Comercial⁹⁷.

A posição de Jordão da Silva parece ser a mais preferível em face das soluções do quadro legal vigente, uma vez que, antes do registo da constituição da sociedade, a mesma não tem personalidade jurídica, e que a sociedade não se constitui sem que a totalidade do capital seja subscrita⁹⁸. Assim, é impossível que a própria sociedade subscreva acções de si próprias no momento da constituição da sociedade⁹⁹. Toda a constituição de sociedade anónima em detrimento daquele conjunto de normativos, dotados de carácter imperativo, é motivo de nulidade do acto constitutivo nos termos dos artigos 191.º, 203.º, n.º 1 e 394.º, n.º 1 do Código Comercial e do artigo 280.º do Código Civil.

14.2. Auto-subscrição no aumento oneroso do capital

Como apontado, as acções próprias não podem ser qualificadas como activos, esta circunstância implica que a auto-subscrição das acções não é mais do que uma circulação fictícia de bens, em vez de angariação de novos recursos financeiros para o património da sociedade.

O aumento oneroso caracteriza-se pela procura de novos meios financeiros

Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, pp. 353 e 354).

- 96 FONG, Man Chong – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário, p. 326: “Trata-se de situações em que a sociedade titula as quotas ou acções por si emitentes, configurando-se como se uma pessoa comesse a carne de si própria. Esta situação pode suceder no momento originário da constituição da sociedade, ou seja, no momento da constituição da sociedade. Em situações comuns, tendo em conta que a sociedade ainda não dispõe de meios financeiros suficientes para a aquisição de quotas próprias, assim só em circunstâncias especiais é que a sociedade pode adquirir uma parte do seu património – sobretudo quando a sociedade está dispor de meios financeiros suficientes” (tradução nossa das palavras de Fong Man Chong para a língua portuguesa).
- 97 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 212 a 214.
- 98 Vide o disposto nos artigos 203.º, n.º 1, 393.º, n.º 1, 394.º, n.º 1 e 409.º, n.º 1 in fine do Código Comercial.
- 99 Em sentido idêntico, ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 131, VENTURA, Raúl – Auto-participação da sociedade: as acções próprias, p. 256.

para o exercício da actividade da sociedade¹⁰⁰. Quando uma sociedade subscreve as próprias acções, como Raúl Ventura aponta, “caber-lhe-ia liberá-las, efectuando as respectivas entradas, as quais por definição sairiam do património social... para ingressarem no mesmo património social. (...) nada é acrescentado ao património social”¹⁰¹. Trata-se de aumento fictício do capital, através do qual os credores possam contar com as ditas novas entradas como a sua garantia. Assim, Jordão da Silva entende que “a razão de proibição consiste na consideração do capital como garantia dos credores”¹⁰².

14.2.1. Consequências das auto/subscrições ilícitas

Em consequência, a admissão da participação da própria sociedade no aumento oneroso do capital é causa de nulidade da deliberação dos sócios do aumento do capital nos termos dos artigos 228.º, n.º 1, al. e), 263.º e 203.º, n.º 1 do Código Comercial, razão pela qual, quando deliberada, a administração deve recusar a respectiva execução.

No caso de a deliberação nula ser executada, a auto-subscrição é também nula nos termos do artigo 279.º do Código Civil, incorrendo a administração na responsabilidade nos termos dos artigos 245.º, 249.º e 250.º, para com a sociedade, os credores sociais, sócios e terceiros, respectivamente.

15. Regime das subscrições efectuadas por terceiro que actua por conta da sociedade emitente

Como aponta Jordão da Silva, a relação entre a sociedade e o terceiro que actua por conta daquela não é mais do que um mandato sem representação, um contrato de comissão. Os efeitos da subscrição repercutem-se, em último termo, na esfera jurídica da sociedade emitente nos termos dos artigos 1106.º, 1107.º do Código Civil e do artigo 604.º do Código Comercial¹⁰³.

100 VENTURA, Raúl –Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, p. 354, afirma que “se a sociedade aumenta o capital por novas entradas, deve ingressar bens no património social, com valor correspondente, pelo menos, ao montante do aumento, trazidos pelos subscriptores de acções”.

101 Em sentido idêntico, VENTURA, Raúl –Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, p. 354,

102 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 217 e 218; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 131.

103 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 251 e 252.

Em consequência, as subscrições efectuadas por terceiro que actua por conta da sociedade implicam as mesmas consequências que resultam das subscrições directas, razão pela qual tais operações devem ser objecto de proibição nos mesmos termos das subscrições directas¹⁰⁴.

Subsecção II

Aquisição das acções em circulação

No seguimento da orientação legislativa semelhante à opção das legislações comparadas, o Código Comercial autonomiza o regime jurídico para a matéria da aquisição derivada das acções próprias no regime previsto nos artigos 426.º a 429.º. admite a aquisição de acções próprias dentro dos limites imperativos estabelecidos.

Considerando que o artigo 474.º do Código Comercial distingue as aquisições efectuadas pela sociedade emitente e as aquisições efectuadas por terceiro que actua em nome próprio mas por conta da sociedade, à luz desta distinção avancemos.

16. Regime das aquisições efectuadas pela sociedade emitente

O regime das aquisições efectuadas pela próprias sociedade emitente encontra-se previsto nos artigos 426.º a 427.º do Código Comercial, com a consagração dos requisitos objectivos e subjectivos para a validade da prática das aquisições.

16.1. Requisitos objectivos

16.1.1. Limite quantitativo

O Código Comercial não proíbe a aquisição de acções próprias, mas apenas impõe condicionamentos no limite máximo de 10% do capital social, no seguimento da tradição de legislações do sistema jurídico romano-germânico.

Em Alemanha, durante a vigência do *Handelsgesetzbuch* de 10 de Maio de 1897, desde que a aquisição de acções próprias fosse efectuada no quadro de

104 Tal ideia encontra-se radicada no artigo 474.º do Código Comercial, em que a norma equipara as subscrições efectuadas por intermédio de terceiro que actua por conta da sociedade às as subscrições praticadas pela sociedade emitente. Obviamente, quando se proíbe um, proíbe-se também o outro.

exploração do objecto social, não havia limite máximo para o número de acções próprias adquiridas. Em consequência, em 1929, durante a Depressão Económica, as sociedades de capital público de Alemanha adquiriram grande quantidade de acções próprias, para salvaguardar as cotações no mercado de bolsa de valores¹⁰⁵.

Tal contribuiu para a falência de muitas destas sociedade. Foi nessa sequência que se deu a luz à *Verordnung* de 1931, com o objectivo de limitar o liberalismo do § 226 do *Handelsgesetzbuch*: o legislador alemão impunha a limitação de 10% do capital subscrito para as aquisições derivadas, percentagem, essa, que em caso algum pudesse ser ultrapassada, ainda que as operações tivessem em vista a prevenção de um dano grave para a sociedade e a amortização de acções¹⁰⁶.

Daí a explicação para o limite quantitativo de 10% estabelecido no Código Comercial e na Directiva 77/91/CEE. Tal norma justamente tem a função de evitar especulação e manobras de influenciar as cotações no mercado de bolsa de valores. Trata-se, por isso, de uma norma de alcance prático duvidoso para a realidade macaense, onde não há mercado de bolsa de valores.

Porém, à excepção de quatro situações prevista no artigo 426.º, n.º 2, quando: a aquisição seja gratuita; a aquisição seja especialmente permitida ou imposta por disposição legal; seja adquirido um património, a título universal; e a aquisição seja feita em processo executivo, se o devedor não tiver outros bens suficientes¹⁰⁷.

16.1.2. Financiamento pelos bens livres

O artigo 426.º, n.º 3 dispõe que, em todo o caso, a situação líquida da sociedade, após a aquisição, não pode situar-se abaixo da soma do capital social e das reservas

105 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 43; CORDEIRO, António Menezes – Das acções próprias: dogmática básica e perspectivas de reforma – I, pp. 644 e 645.

106 DOÑA, María de la Sierra Flores – Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital, p. 49.

107 Sobre estas excepções, SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 275 a 298; CORREIA, Luís Brito – Direito Comercial, volume II, pp. 344 a 348. A aquisição efectuada ao abrigo do n.º 2 do artigo 426.º pode fazer com que a sociedade anónima seja titular de acções próprias representativas mais de 10% do seu capital social, propicia as hipóteses da unipessoalidade superveniente e do desaparecimento total dos accionistas. No caso da unipessoalidade superveniente da sociedade anónima, este facto, de per si, não faz extinguir a personalidade da sociedade, devendo o Ministério Público requerer a liquidação judicial da sociedade nos termos do artigo 329.º, n.º 1, alínea b) (vide GARCIA, Augusto Teixeira – As Sociedades Comerciais, p. 13, nota 13). No caso do desaparecimento da totalidade dos accionistas, Jordão da Silva defende que a subsistência de pelo menos um accionista é condição de operabilidade da aquisição, considerando este o requisito mínimo à prática da aquisição de acções próprias.

indisponíveis. Trata-se da manifestação do princípio de salvaguarda do capital social e das reservas indisponíveis¹⁰⁸, o que entra em harmonia com as regras de distribuição de lucros aos accionistas previstas no artigo 198.º do Código Comercial¹⁰⁹.

16.1.3. Libertação integral das acções

O artigo 426.º, n.º 4 do Código Comercial dispõe que a aquisição apenas pode ter por objecto as acções integralmente realizadas, ainda que a aquisição seja gratuita ou situações previstas no n.º 2, salvo o disposto no n.º 3 do artigo 410.º.

A norma jurídica visa proteger a formação exacta do capital social, impedindo que a aquisição de acções próprias possa configurar-se como meio de libertação dos sócios da obrigação de realizar as entradas. Esta norma harmoniza-se com o disposto nos artigos 394.º, n.º 1 e 409.º, n.º 1: a sociedade anónima não se constitui sem que o capital social mínimo seja integralmente subscrito e realizado¹¹⁰. Acresce ainda uma protecção do princípio de igualdade dos accionistas, de modo a evitar que “uns paguem e outros não”¹¹¹.

Quanto à excepção prevista no artigo 410.º, n.º 3 a esta regra, tal excepção procura evitar que a situação de mora permaneça indefinidamente, permitindo a exclusão do sócio devedor por violação grave da obrigação de entrada, admitindo que a sociedade viesse adquirir tais acções, ou para a amortização ou para a transmissão a terceiros ou accionistas interessados¹¹².

108 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 241 e 243.

109 Veja-se o disposto nos termos do artigo 198.º, n.º 1 do Código Comercial: os sócios apenas podem receber bens da sociedade a título de lucro, salvo excepções previstas na lei. Para tal: é preciso que tenham sido elaboradas as contas do exercício segundo as regras legais de elaboração (198.º, n.º 2 e 254.º) e que as mesmas sejam aprovadas pela assembleia geral no sentido da sua distribuição, sem que, após a distribuição, o património da sociedade se torne inferior à soma de capital social e das regras indisponíveis. A estes condicionamentos acresce a exigência de formação de reservas obrigatórias e a reconstituição das reservas utilizadas (n.º 3). GARCIA, Augusto Teixeira – Participação social e direitos dos sócios, pp. 20 a 22 e, no direito comparado, D DOMINGUES, Paulo de Tarso – Do Capital Social: Noção, Princípios e funções, pp. 71 e 72. Sobre a aplicação do artigo 198.º do Código Comercial na jurisprudência, vide o Acórdão n.º 678/2013 do TSI (relator: Gil Oliveira).

110 DOMINGUES, Paulo de Tarso – Do Capital Social: Noção, Princípios e funções, p. 144; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 244.

111 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 245; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 97.

112 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 246.

16.1.4. Igualdade de tratamento de accionistas

Como apontado pela doutrina, sempre que a aquisição não seja realizada numa base *pro rata*, terá sempre influência nas relações de poder dentro da assembleia, os poderes entre os accionistas da sociedade podem ver-se afectados à medida que a sociedade adquira as acções próprias¹¹³. Por esta razão, a aquisição de acções próprias é terreno de práticas de desigualdades não motivadas, para que a aquisição possa ser objecto de aproveitamento de uns accionistas.

Para evitar que tais desigualdades não motivadas possam ter lugar em prejuízo dos sócios minoritários, impõe-se à sociedade, à Assembleia Geral e ao Conselho de Administração, o cumprimento da igualdade de tratamento de accionistas¹¹⁴, que resulta do comando imposto na parte geral do Código Comercial, no artigo 194.º, que vale para toda a actuação dos órgãos sociais para com os sócios: “sendo idênticas as situações relevantes, todos os sócios devem ser igualmente tratados pela sociedade”.

16.2. Requisitos subjectivos

16.2.1. Precedência da deliberação dos accionistas

Para evitar quaisquer distorção das regras de competências entre os órgãos sociais, o Código Comercial, no artigo 427.º, n.º 1, impõe que a aquisição de acções próprias depende de deliberação dos accionistas¹¹⁵. Para tal, impõe-se, no n.º 2, o conteúdo mínimo às deliberações sociais, devendo na deliberação ser especificado o objecto, o preço e demais condições de aquisição, o prazo e as respectivas margens

113 Silva, João Gomes da – Acções Próprias e interesse dos accionistas, pp. 1275 e 1276. Veja-se o seguinte exemplo, em que uma sociedade com o capital de 10.000, apenas 5 accionistas, “em que A tem 4.600 (46%), B 3.900 (39%) e os restantes 1.500 (15%) são divididos, por cabeça, entre C, D e E. A sociedade tem agora dois grandes accionista, a que se juntam três pequenos que servem, de certa forma, de balança da sociedade, o que lhes garante, ao mesmo tempo, uma posição forte, apesar de cada um apenas dispor de 5%. Se a sociedade adquirir as acções de D e E (conjuntamente, 10%), A continua, parece, apenas com 46% das acções, mas como 10% estão suspensos, apenas se lhe poderão opor 43% das acções, ou seja, o conjunto de B+C. A tornou-se accionista maioritário da sociedade, não tendo tido para isso necessidade de adquirir qualquer acção”.

114 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 213; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 250 e 251.

115 O fundamento do recurso à Assembleia Geral é a potência da alteração das quotas do poder dentro da sociedade que a aquisição provoca, para evitar que “a administração organize uma submissa falange de apoio, designadamente simulando vendas a favor de pessoas de confiança que, finda a assembleia, as revendem à sociedade” (Silva, João Gomes da – Acções Próprias e interesse dos accionistas, pp. 1230 e 1231).

de variação dentro das quais a aquisição pode proceder à aquisição.

16.2.2. Dispensa da deliberação dos accionistas

O disposto no artigo 427.º, n.º 3 do Código Comercial prevê uma excepção à regra prevista no n.º 1, isto é, no caso da aquisição especialmente permitida ou imposta por disposição legal, aquisição de um património universal, aquisição gratuita, aquisição no âmbito do processo executivo em que o devedor não tiver outros bens suficientes, a aquisição, quando dependente da vontade da sociedade, deve ser objecto da deliberação expressa do Conselho de Administração¹¹⁶.

16.3. Consequência das aquisições ilícitas

Como apontado, a validade da aquisição de acções próprias é assegurada pelo cumprimento dos requisitos objectivos e subjectivos acima analisados.

16.3.1. Em violação dos requisitos subjectivos

Nos casos em que o Código Comercial impõe a prévia deliberação dos accionistas nos termos do artigo 427.º, n.º 1 do Código Comercial, sendo a aquisição objecto da deliberação do Conselho de Administração, esta deliberação é nula nos termos do artigo 228.º, n.º 1, alínea d) *ex vi* do artigo 467.º, n.º 6 do Código Comercial, sendo nulo o acto da aquisição nos termos do artigo 287.º do Código Civil¹¹⁷.

Ao passo que, no seguimento da lógica idêntica, nos casos previstos no

116 Sobre as críticas ao regime previsto no artigo 427.º, n.º 3, SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 273 a 275.

117 Neste sentido, SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 362; VENTURA, Raúl – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, p. 366. Em sentido oposto, há autores que classificam esta situação como actos praticados por quem não tem poderes de representação: vide João Labareda, in Das Acções das Sociedades Anónimas, p. 82; Alexandre de Soveral Martins, in Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas, 1998, p. 183; e João Gomes da Silva, in Acções Próprias e interesse dos accionista, pp. 1232 a 1234. Em nosso entender, encarar a questão em face do regime previsto no artigo 236.º do Código Comercial de Macau é destituído de fundamentação normativa, uma vez que o artigo 427.º delimita as competências dos órgãos sociais, afirmando que, salvo os casos previstos nas alíneas a) a c) do n.º 2 do artigo 427.º, é a Assembleia dos Accionistas o órgão competente. Tratando-se da delimitação de competências, quando a administração actua em matérias que os accionistas têm competência, a situação não cai no âmbito do artigo 236.º, n.º 1, uma vez que não se trata de poderes que a lei confere à administração. Sobre a impugnação das deliberações sociais inválidas, vide GARCIA, Augusto Teixeira – O Regime de Nulidade das Deliberações dos Sócios no Código Comercial de Macau, pp. 7 e ss..

artigo 427.º, n.º 3 do Código Comercial, em que é a Assembleia Geral competente para a aquisição de acções próprias, quando os accionistas deliberaram pela aquisição de acções próprias, a deliberação é nula nos termos do artigo 228.º, n.º 1, alínea d) do Código Comercial, devendo a administração recusar a execução da deliberação. No caso de a aquisição vir a ser praticada, o acto é nulo nos termos do artigo 287.º do Código Civil.

16.3.2. Em violação dos requisitos objectivos

Quanto às deliberações sociais em detrimento dos requisitos objectivos previstos no artigo 426.º, n.ºs 1, 3 e 4 do Código Comercial, as deliberações sociais são nulas nos termos do artigo 228.º, n.º 1, alínea e) [*ex vi* do artigo 467.º, n.º 6 do Código Comercial, no caso de a administração ser competente] do Código Comercial, sendo consequentemente nulos os actos de aquisição nos termos do artigo 287.º do Código Civil e do artigo 426.º, n.º 5 do Código Comercial¹¹⁸.

No caso de o princípio de igualdade de tratamento de accionistas imposto no artigo 194.º do Código Comercial não ter sido devidamente cumprido, as deliberações sociais são anuláveis nos termos do artigo 229.º, n.º 1, alínea a) [*ex vi* do artigo 467.º, n.º 6 do Código Comercial, no caso de a administração ser competente], sendo consequente objecto de anulação nos termos gerais do artigo 280.º do Código Civil¹¹⁹.

16.3.3. Responsabilidade da administração

Em todos os casos em que as deliberações sejam inválidas, a administração deve instaurar acção de declaração de nulidade ou acção de anulação contra a sociedade nos termos dos artigos 228.º a 231.º do Código Comercial. Caso a administração venha a executar tais actos anuláveis e nulos, incorre na responsabilidade nos termos dos artigos 245.º, 249.º e 250.º por força do artigo 426.º, n.º 5 do Código Comercial¹²⁰.

17. Regime das aquisições efectuadas por terceiro que actua por conta da sociedade emitente

Como apontado, atento que a relação entre a sociedade e o terceiro que actua

118 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 363, nota 896.

119 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 363, nota 897.

120 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 363 e 364.

por conta daquela não é mais do que um mandato sem representação, bem como considerando a equiparação estabelecida no artigo 474.º do Código Comercial, as aquisições efectuadas por terceiro que actua por conta da sociedade implicam, para a própria a sociedade emitente, as mesmas consequências como se fossem praticadas por si própria, razão pela qual tais operações devem ser objecto de proibição nos mesmos termos das subscrições directas¹²¹.

Subsecção III

Detenção das acções próprias

Vejam agora que soluções que o Código Comercial oferece para corrigir a anomalia corporativa e assegurar a repartição das regras de competências entre os órgãos sociais¹²².

18. Suspensão da participação social detida

O Código Comercial impõe a suspensão do exercício dos direitos sociais nos termos do artigo 373.º, n.º 3, por força da remissão prevista no artigo 429.º, n.º 1. À medida que o exercício dos direitos sociais é suspenso, entende-se que as obrigações inerentes às acções se encontram também em situação de quiescência¹²³.

Trata-se da manifestação da teoria da suspensão dos direitos corporativos às acções em carteira. À luz desta teoria, a sociedade não fica a ser accionista de si própria quando adquire as acções por si emitidas, antes limita-se a incorporar o valor das acções que representam no património para a futura realização¹²⁴. Como

121 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 251 e 252.

122 VENTURA, Raúl – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, p. 320; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 92 a 95; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 312 a 318.

123 VENTURA, Raúl – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, p. 392; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 264; SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 345 e 346.

124 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo

consequência da suspensão, a administração da sociedade fica afastada do exercício do direito de voto, prevenindo-se a concretização dos riscos administrativos¹²⁵.

18.1. Excepção: participação no aumento gratuito do capital

O artigo 264.º, n.º 2 do Código Comercial abre com uma excepção ao disposto no artigo 373.º, n.º 1, autorizando que “as quotas ou as acções próprias da sociedade participam do aumento, salvo deliberação em contrário dos sócios”. A norma visa manter a proporção de participação da sociedade no seu próprio capital, uma vez que as acções próprias já participavam previamente das reservas existentes^{126/127}.

Considerando que o aumento gratuito do capital traduz-se numa mera alteração contabilística dos valores que compõem o património social, a participação da

para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 309 e 310.

125 A suspensão do direito de voto tem a função de salvaguardar o correcto funcionamento da sociedade, baseado no equilíbrio de poderes entre a Assembleia Geral e o órgão de administração, impedindo que as acções próprias se convertam em instrumento de dominar a sociedade ou alterar o equilíbrio de maiorias e minorias da sociedade (Apud SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 316 – Galgano, Francesco, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico Dell’Economia, Volume Settimo, La Società Per Azioni, Seconda Edizione, CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1988, pp. 170 e 171).

126 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 139. Em sentido contrário, António Caeiro, in Aumento de Capital e acções próprias, Temas de Direito das Sociedades, p. 294, entende que a norma visa facilitar a execução dos aumentos de capital por incorporação de reservas e João Gomes da Silva, in Acções Próprias e interesse dos accionista in op. cit., p. 1267, nota 132.

127 Tratamos a questão nesta sede em vez da secção da subscrição de acções próprias, uma vez que a participação no aumento por incorporação de reserva, em caso algum, se configura como auto-subscrição, por o aumento gratuito ser um acto uno, em que a própria sociedade, através da Assembleia Geral, delibera, sem depender da vontade individual dos seus accionistas na subscrição das acções, ao contrário do aumento oneroso. Sobre a natureza jurídica do aumento gratuito do capital, há duas teorias, uma dualista e outra unitária. Para a tese dualista, o aumento de capital resultava de duas operações conexas mas juridicamente distintas: havia uma deliberação de distribuição de reservas aos sócios e a posterior realização do aumento, que resultava da livre vontade individual de cada sócio, de afectar o valor das reservas à subscrição ao aumento. Tratava-se da teoria de Doppelmassnahme. Já para a teoria unitária, o aumento gratuito do capital não necessita do consentimento individual de cada sócio para a sua realização. Trata-se de uma simples transferência contabilística que se consubstancia numa operação meramente interna da competência da Assembleia Geral, tese essa defendida por Thaller. DOMINGUES, Paulo de Tarso – Variações sobre o Capital Social, pp. 421 a 424). O modelo unitário do aumento gratuito do capital encontra-se incorporado no artigo 264.º do Código Comercial, onde se manifesta a unidade da operação jurídica, em contraste com o regime previsto para o aumento oneroso previsto no artigo 263.º.

sociedade emitente no aumento do seu capital social deriva da “função distributiva” do capital social. Assim, “não existe razão para impedir que a sociedade beneficie dos direitos correspondentes às acções próprias, e receba novas acções na proporção das que detenha em carteira, tal como beneficiaria na hipótese alternativa de ser aumentado o valor nominal das acções em circulação”¹²⁸. Regista-se, porém, que a participação da sociedade no aumento gratuito do capital pode ser afastada pela deliberação em contrário dos accionistas, nos termos do artigo 264.º, n.º 2 do Código Comercial.

19. Divulgação do número de acções próprias detidas

O artigo 429.º, n.º 2 do Código Comercial dispõe que, no relatório e nas contas do exercício, deve ser feita expressa menção ao número de acções de que a própria seja titular no fim do exercício¹²⁹.

Trata-se de um normativo que encontra harmonia com as Normas de Contabilidade, uma vez que aí se impõe também, no balanço ou nas notas do relato financeiro, a divulgação da quantidade e valor das acções da entidade emitente detidas pelas suas subsidiárias, tratamento, esse, que é objecto de equiparação às acções próprias¹³⁰.

Capítulo IV

Subscrição e aquisição de acções próprias por intermédio da sociedade comercial dominada

Na sequência da análise da disciplina jurídica das acções próprias, procura-se agora identificar os efeitos nocivos da subscrição, aquisição e detenção de acções da emitente por intermédio da sociedade dominada, para saber em que medidas a disciplina do Código Comercial pode estar afectada devido ao seu silêncio.

Procura-se conhecer a disciplina das Normas de Contabilidade para ver se as soluções terão sido suficientes para neutralizar os efeitos nocivos das operações, de modo a realizar a consistência harmoniosa com a disciplina das acções próprias.

128 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 216 e 217; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 137 a 147.

129 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 347 e 348.

130 Vide a Norma 1 das NSRF (Apresentação de Demonstrações Financeiras), 1.20, (a), (iii); a IAS 1 (Apresentação de Demonstrações Financeiras), 76, (a), (iv) aprovada pelo Regulamento Administrativo n.º 5/2005; a IAS 1 (Apresentação de Demonstrações Financeiras), 79, (a), (vi) aprovada pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020.

No âmbito do presente Capítulo, por razões de comodidade e para o objectivo da análise em torno da disciplina jurídica das acções próprias, sempre que se fale da sociedade dominante e da sociedade dominada, tem-se em vista as sociedades anónimas, salvo referência especial anotada.

Secção I

Efeitos nocivos da participação da sociedade dominada no capital da sociedade dominante

20. Auto-participações e hetero-participações

Nas hetero-participações, as participações adquiridas representam os bens reais da sociedade participada com a integração no património social da participante, equivalendo-se a uma substituição de bens¹³¹.

Os bens na circulação são objecto de duplicação ilusória quando seja a sociedade dominada vir participar no capital social da dominante, uma vez que, neste caso, as acções da sociedade dominante se referem às acções da dominada e *vice-versa*, de modo a que a sociedade dominante venha a ser titular de acções por si emitidas, indirectamente. Acresce que as acções detidas pela sociedade dominada estejam em potência de ser utilizadas pela administração da sociedade dominante no seio da sua Assembleia Geral, para influenciar o sentido do voto na Assembleia Geral, dando lugar à usurpação de competências de órgãos sociais.

Como afirma Ferreira da Rocha, “como nas situações de auto-participação directa (ou indirecta por meio de pessoa singular ou colectiva que actue em nome próprio mas por conta da sociedade), podem produzir-se nestes casos efeitos análogos ou aproximados, quer financeiros quer organizativos, com os perigos que lhes são inerentes para as diversas funções do capital social”¹³².

21. Riscos de índole financeira

As acções têm valor porque se reflectem bens reais, bens que integram o património da sociedade emitente, enquanto, nas hetero-participações, se referem

131 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p. 378; GARCIA, Augusto Teixeira – A Cláusula de Preferência quanto à Transmissão de Acções: Algumas Notas, p. 379.

132 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, pp. 330 e 331.

aos bens reais que integram o património da sociedade participada¹³³.

O mesmo não sucede quando seja a sociedade dominada a participar no capital social da emitente, uma vez que, do ponto de vista da sociedade dominante, o valor das participações que tem na sociedade dominada se refere, indirectamente, aos bens reais que as acções da própria dominante se referem^{134/135}. Ou seja, as acções detidas pela dominada, para a sociedade dominante, são como se fossem acções próprias indirectas.

Tal como nas acções próprias, o efeito da duplicação patrimonial, quando tem por fonte os actos de subscrição, determina a nulificação das entradas efectuadas, enquanto, tendo por fonte aquisições onerosas, implica a desvinculação dos accionistas alienantes dos accionistas da dominante à custa dos bens reais que integram o património da sociedade.

Atenta a diversidade dos critérios do do domínio previstos no artigo 212.º, n.º 1 do Código Comercial, as hipóteses de cada grupo de situações são objecto de observação em função dos critérios de domínio em causa como no quadro que se apresenta, para os efeitos da nulificação patrimonial.

A→B	Domínio total	Maioria de		
		Participação	Votos	Administração
Hipótese (i)	100%	-----	-----	-----
Hipótese (ii)	-----	75%	-----	-----
Hipótese (iii)	-----	-----	45%	-----
Hipótese (iv)	-----	-----	-----	25%

133 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 84.

134 VENTURA, Raúl – Participações recíprocas de sociedades em sociedades, pp. 41 e 42; ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 83; Silva, Mariana Duarte – in Assistência financeira – no âmbito das sociedades comerciais; OSÓRIO, José Diogo Horta – Da Tomada do Controlo de Sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o direito português, pp. 214 e 215; VENTURA, Raúl – Auto-participação da sociedade: as acções próprias, pp. 242 e 243; X Xavier, Cecília, Coligação de Sociedades Comerciais, pp. 584 a 585. Em sentido idêntico, entre nós, QUENTAL, Miguel – Uma introdução aos Grupos de Sociedade, p. 59.

135 O mesmo também se diga para as participações recíprocas, a título de exemplo, na fase pré-legislativa da Aktiengesetz 1965, discutia-se se devia proibir as participações recíprocas entre as sociedades não vinculadas por relação de domínio, já que os perigos para a integridade do capital social e para o funcionamento da Assembleia Geral eram os mesmos com as aquisições efectuadas pelas sociedades dependentes ao nível, DOÑA, María de la Sierra Flores – Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital, pp. 77 e 78; CARVALHO, Inês Tomé da Silva, in Relações de Participações Recíprocas – O Papel Central do Dever de Comunicação, p. 36.

21.1. Subscrição efectuada pela sociedade dominada

As entradas efectuadas são objecto de nulificação quando a sociedade dominada vem realizar as entradas para as acções emitidas da sua sociedade-accionista dominante, uma vez que as entradas a efectuar, para a sociedade dominante, representam os bens que indirectamente integram o seu património social.

Esta nulificação é susceptível de variações, devido à participação que a sociedade emitente possui na dominada. Procuramos quantificar estes efeitos de nulificação em função da subscrição e aquisição das acções da emitente pela sociedade dominada:

Exemplo I: A tem o património líquido no valor de 5 milhões de patacas, enquanto o seu capital social é 4 milhões de patacas. Os accionistas de A deliberam no sentido de admitir a participação exclusiva de B no aumento oneroso do capital, emitindo, para tal, 10.000 novas acções ordinárias, no valor nominal total de 1 milhão de patacas, representativas de 20% do capital social. B realiza as entradas, sendo, porém, as mesmas objecto de nulificação:

	A em B	A em A	Efeitos de nulificação para as entradas para A	
			Entrada a efectuar	Nulificação quantificada
(i)	100%	20%	1 milhão	1.000.000,00
(ii)	75%	15%		750.000,00
(iii)	45%	9%		450.000,00
(iv)	25%	5%		250.000,00

Atentos os efeitos de nulificação das entradas, a subscrição do capital pela dominada impede a formação exacta do capital. Daí a fonte de riscos para a disciplina jurídica do Código Comercial que impõe a formação exacta do capital.

21.2. Aquisições efectuadas pela sociedade dominada

Considerando que o activo da dominada é sempre objecto de contabilização no balanço da sociedade dominante, quando a sociedade dominada vem adquirir as acções da dominante, as acções detidas pela dominada serão também objecto de contabilização no balanço da dominante, emitente das acções, em função da participação social que a dominante tem na participada, como apontado no quadro

figurativo¹³⁶.

Tais acções, tendo o seu valor referente aos bens possuídos pela sociedade emitente, são adquiridas em contrapartida de um activo da dominada a que as próprias acções da emitente indirectamente se referem. Em consequência, o valor de aquisição suportado pela dominada implica a diminuição do activo da dominante:

Exemplo II: Na mesma sociedade do exemplo anterior, B, por deliberação do Conselho de Administração, adquire as acções do accionista X, representativas de 15% do capital social de A por preço no valor de 800.000,00.				
	A em B	A em A	Efeitos de nulificação para as entradas para A	
			Valor de aquisição	Diminuição do activo
(i)	100%	15%	800.000,00	800.000,00
(ii)	75%	11,25%		600.000,00
(iii)	45%	6,75%		360.000,00
(iv)	25%	3,75%		200.000,00

Como é óbvio, os efeitos diminuição patrimonial deixam de verificar-se quando a aquisição é gratuita, caso em que do património da sociedade dominada não sai nenhum activo para a aquisição das acções da dominante.

Sempre que a aquisição é gratuita, a diminuição patrimonial nos activos da sociedade dominante há-de verificar-se, ainda que a percentagem não seja significativa. A aquisição, quando incide sobre as acções não integralmente realizadas da dominante, impede a formação exacta do capital, ao passo que, quando tem por objecto acções realizadas, pode afectar as cifras indisponíveis da sociedade.

22. Riscos de índole administrativa

O órgão que decide sobre o exercício dos direitos sociais detidos noutras sociedades é o órgão de administração¹³⁷. Assim, é o órgão da administração da dominante que decide como actuar-se na Assembleia Geral da sociedade dominada e compor a respectiva administração. Também é a administração da dominante

136 Em sentido idêntico, DOÑA, María de la Sierra Flores – Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital, pp. 77 e 78.

137 FRANÇA, Maria Augusta – A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo, p. 102.

que, detendo poder de tomar deliberações sociais na dominada, decide a última palavra em sede da sociedade dominada para as matérias de gestão da mesma.

Por sua vez, a participação da dominada no capital da dominante é também matéria de gestão para a sociedade dominada. É o órgão de administração da dominada que decide o exercício dos direitos corporativos em sede da dominante.

Como apontado na doutrina, quando criado o domínio de uma sociedade sobre outra sociedade, a participação recíproca torna possível à administração da dominante influir nas suas próprias assembleias, utilizando o domínio que exerce sobre a outra sociedade¹³⁸, com o risco da auto-perpetuação dos administradores no domínio da sociedade, com a conseqüente usurpação das competências soberanas das assembleias gerais mediante o controlo assim assegurado por “portas travessas”¹³⁹.

Secção II

Solução positiva nas normas de contabilidade

Procuramos determinar a regulamentação das Normas de Contabilidade para as operações identificadas, de modo a verificar se as normas contabilísticas dão resposta suficiente para eliminar a duplicação ilusória de riqueza acarretada pelas participações recíprocas entre a sociedade dominante e a dominada.

Não obstante a regulamentação complexa das Normas de Contabilidade entre o Regulamento Administrativo n.º 25/2005 e pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020, as soluções incorporadas reconduzem-se, na parte que nos releva, aos dois aspectos que logo analisaremos.

Estes dois aspectos visam dotar a situação patrimonial da sociedade emitente da transparência suficiente para que os terceiros para conhecer a situação patrimonial efectiva da sociedade, eliminando os efeitos de duplicação patrimonial pela detenção das acções da emitente pela sociedade por si dominada.

138 VENTURA, Raúl – Participações recíprocas de sociedades em sociedades, p. 54.

139 ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, p.385; Xavier, Cecília, Coligação de Sociedades Comerciais, p. 586; CARVALHO, Inês Tomé da Silva, in Relações de Participações Recíprocas – O Papel Central do Dever de Comunicação, p. 37. Como bem afirma Coutinho Abreu, “o poder não se cansa de mais e ilimitados poderes”, expressão caracterizadora do fenómeno da centralização da administração das sociedades anónimas no órgão de administração (in Governação das Sociedades Comerciais, p.46).

23. Obrigação da divulgação do número das acções detidas pela sociedade dominada no balanço da emitente

Tanto nas NSRF e nas NRF, impõe-se, no balanço ou nas notas do relato financeiro, a divulgação da quantidade e valor das acções da entidade emitente detidas pelas suas subsidiárias, tratamento, esse, que é objecto de equiparação às acções próprias¹⁴⁰.

24. Dedução do capital próprio

Na Norma Internacional de Contabilidade 32, aprovada pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020 como NRF de Macau, impõe-se que, para a entidade emitente, as acções próprias, detidas pela entidade ou por outros membros do grupo consolidado, devem ser deduzidos no capital próprio¹⁴¹.

Tomamos a hipótese (i) do Exemplo II para a elaboração do seguinte balanço da sociedade emitente das acções. Antes da aquisição, o balanço apresentava-se:

Balanço da Sociedade Emitente (Dominante)			
Activos	7 milhões	Dívidas	1 milhão
		Capital Social	4 milhões
		Reservas Legais	1 milhão
		Lucros transitados	1 milhão
	7 milhões		7 milhões

Enquanto após a operação, o balanço apresenta-se¹⁴²:

140 Vide a Norma 1 das NSRF (Apresentação de Demonstrações Financeiras), 1.20, (a), (iii); a IAS 1 (Apresentação de Demonstrações Financeiras), 76, (a), (iv) aprovada pelo Regulamento Administrativo n.º 5/2005; a IAS 1 (Apresentação de Demonstrações Financeiras), 79, (a), (vi) aprovada pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020.

141 Vide o parágrafo 33 da IAS 32. À medida que as Normas de Contabilidade equiparam à situação das acções detidas pela própria emitente a situação da detenção pela “subsidiária”, ou seja, sociedade dominada, remetemos para a análise no Capítulo anterior. Ou seja, para esta NRF, tais acções, ainda que detidas pela sociedade dominada, continuam a ser próprias da emitente para a sociedade emitente.

142 Mesmo antes da incorporação desta Norma Internacional de Contabilidade 32 na NRF de Macau pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020, considerando que o activo da dominada é objecto de contabilização no balanço da sociedade dominante em proporção igual à participação social que a dominante tem na dominada, a fórmula sacramental de contabilidade

Balanço da Sociedade Emitente (Dominante)			
Activos	6,2 milhões	Dívidas	1 milhão
		Capital Social	4 milhões
		(-) Acções próprias	(-) 800 mil
			3,2 milhões
		Reservas Legais	1 milhão
		Lucros transitados	1 milhão
	6,2 milhões		6,2 milhões

Secção III

Solução positivadas no Código Comercial e seus desafios à disciplina das acções próprias

O facto de o Código Comercial não regulamentar sobre os grupos de sociedades talvez seja a razão de ser do silêncio sobre as operações de subscrição, aquisição e detenção das acções da emitente pela sociedade dominada.

Porém, não pretende isto significar que o quadro vigente do Código Comercial não contenha soluções jurídicas para estas operações. Uma coisa é saber se existem soluções jurídicas e outra coisa é saber se tais soluções jurídicas são suficientes para neutralizar os riscos que se implicam para a função de garantia das cifras indisponíveis e as regras de competências da sociedade dominante.

25. Subscrição do capital da sominante pela dominada

Quando a sociedade dominada vem subscrever as acções da dominante, atentos os efeitos da nulificação total ou parcial das entradas efectuadas no balanço da sociedade dominante, o capital subscrito acaba por não se formar nos termos exactos a que corresponde o valor nominal das entradas efectuadas, exigência, essa, que é imposta no artigo 203.º, n.º 1 e 263.º do Código Comercial.

Em consequência, a deliberação social da emitente que admite a participação da dominada no seu aumento oneroso do capital é nula nos termos dos artigos 228.º, n.º 1, al. e) e 263.º do Código Comercial, incorrendo a administração na

“activos = passivos + capital” determinaria a mesma regra adoptada nessa Norma 32, sob pena do desequilíbrio contabilístico do balanço.

eventual responsabilidade civil nos termos dos artigos 245.º, 249.º e 250.º do mesmo Código, para com a sociedade, os credores sociais, sócios e terceiros, respectivamente.

26. Aquisição derivada das acções pela dominada

O facto de o Código Comercial deixar de fora a regulamentação do grupo de sociedades¹⁴³ e das participações recíprocas¹⁴⁴, manifestado no elemento literal a disciplina jurídica das acções próprias, impede que as soluções previstas nos artigos 426.º a 429.º sejam aplicadas às aquisições derivadas praticadas pela sociedade dominada da emitente das acções¹⁴⁵.

Em consequência, estas auto-participações indirectas, para o quadro legal positivado, são olhadas como hetero-participações, sem que lhes sejam aditadas soluções de particularidade própria. Na ausência de restrições legais como aquelas previstas nos artigos 426.º a 429.º do Código Comercial, impõe-se a conclusão de que toda a aquisição seja livre.

Como consequência, os riscos de índole financeira e de índole administrativa apontados na Secção I são objecto de concretização, materializando-se nos seguintes desafios especiais para a disciplina prevista no artigo 426.º do Código Comercial.

26.1. Limite quantitativo de 10%

O Código Comercial, no artigo 426.º, n.º 1, impõe condicionamentos no limite máximo de 10% do capital social à aquisição de acções próprias à sociedade emitente. Sucede que este limite quantitativo à auto-participação directa é capaz de ser ultrapassado pela interposição da personalidade jurídica da sociedade dominada no esquema das operações, como nas hipóteses (i) e (ii) do Exemplo II da Secção I.

Tal como observado na hipótese (i), quando o capital da dominada é 100%

143 GABINETE PARA A MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA – Anteprojecto da Lei das Sociedades Comerciais, pp. 5 e 12.

144 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 61.

145 Em sentido idêntico, SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 230. Outra é a escolha adoptada pelo legislador no Regime Jurídico da Actividade das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 15/83/M de 26 de Fevereiro, o artigo 19.º, sob a epígrafe “sociedades participadas” dispõe que: “sem prejuízo das sanções previstas na lei geral é nula a aquisição de acções ou obrigações de qualquer sociedade financeira por parte de empresas ou sociedades participadas por aquela”.

detido pela sociedade emitente, qualquer aquisição efectuada por aquela é como se fosse praticada pela própria sociedade emitente, sem qualquer diferenciação em termos de efeitos patrimoniais do ponto de vista da diminuição do activo da dominante, pela repercussão do património da dominada no balanço daquela sociedade¹⁴⁶.

26.2. Financiamento pelos bens livres

Se em cumprimento da salvaguarda do capital social e das reservas indisponíveis da sociedade, a sociedade emitente apenas pode adquirir as acções próprias nos termos em que os accionistas podem deliberar pela distribuição de lucros (artigos 426.º, n.º 3 e 198.º do Código Comercial), o mesmo não sucede quando seja a própria sociedade dominada a adquirir tais acções.

No caso do deficit financeiro da sociedade dominante, para que os accionistas pudessem desvincular-se da sociedade com o reembolso antecipado dos bens, os accionistas da dominante e a respectiva administração podem vir a ter conluio, com vista à alienação das acções da dominante à sociedade dominada. Em tais casos, a operação que escapa ao alcance do artigo 426.º, n.º 5 do Código Comercial, cuja validade é fora do objecto de sindicância da lei.

26.3. Libertação integral das acções

Na aquisição de acções não integralmente realizadas, o círculo vicioso assenta na responsabilidade da obrigação da realização da entrada da sociedade dominada, resultante da transmissão da participação social adquirida nos termos do artigo 179.º, n.º 1, alínea a) do Código Comercial¹⁴⁷, pois, os bens que realizariam as entradas à emitente seriam aqueles que, ou em tudo ou em parte, já integravam o património da dominante.

Nem se argumente que a obrigação solidária na realização das entradas nos termos do artigo 410.º, n.º 2 do Código Comercial pudesse servir-se de qualquer fundamento normativo que possa justificar a validade da operação, uma vez que, após a liberação do accionista alienante, o círculo vicioso continuaria a existir,

146 Tome-se o exemplo de um caso jurisprudencial de Alemanha invocado por Raúl Ventura, o Supremo Tribunal Alemão (R62149, 305) ocupou-se de participações recíprocas de 94,7% e 94,61%, caso em que as acções de cada uma das sociedades representam, praticamente, apenas o património da outra, por sua vez constituindo-se pelas acções da primeira. Neste caso, em termos práticos, tal equivale-se à detenção de 100% das acções próprias da sociedade emitente.

147 Para referência comparativa, nos actos de subscrição, os efeitos de nulificação das entradas verificam-se em primeira linha contra a sociedade dominante, em cujo património social não entram activos que correspondem à soma dos valores das acções. O círculo vicioso é directo, que se inicia da emitente, por intermediário da sociedade dominada, e que se culmina com a própria emitente.

pois o alienante teria o direito de regresso contra a sociedade dominada pelo valor de realização, responsabilidade, essa, que seria objecto de contabilização no balanço da emitente.

Da mesma maneira que a subscrição de acções da emitente pela dominada, a aquisição das acções não integralmente realizadas impede a formação exacta do capital social da sociedade, exigência que é imposta no artigo 203.º, n.º 1 e 263.º do Código Comercial. A aquisição é nula nos termos do artigo 279.º do Código Civil.

26.4. Igualdade de tratameno de accionistas

A mera aplicação do artigo 194.º do Código Comercial, por si, como é óbvio, não resolve a questão, uma vez que se trata de uma obrigação da sociedade para com os seus associados, caindo a sociedade dominada fora do seu âmbito subjectivo de aplicação.

No caso de aquisição onerosa, se o valor de aquisição é mais elevado do que o valor da quota de liquidação da sociedade, obviamente quem participa na quota de liquidação sai prejudicado, enquanto aquele que, tendo sido sócio, abandonou a sociedade tenha saído com vitória patrimonial da sociedade.

No caso de aquisição gratuita, não se coloca a questão nos termos, uma vez que o divisor na quota de liquidação baixa sem que nenhum dos sócios permanentes tenha sido prejudicado. Quem se tenha “prejudicado” é aquele que decide, no âmbito de *animus doandi*, sair da sociedade.

27. Detenção das acções da dominante pela dominada

A gestão dos direitos sociais na sociedade participada é como gestão de outros bens quaisquer da sociedade participante¹⁴⁸. Tratando-se da matéria de gestão, o Conselho de Administração da sociedade dominante tem competência específica para actuar-se nos termos dos artigos 235.º, n.º 1, 465.º, n.º 1, *in fine* do Código Comercial.

Por conseguinte, os accionistas da dominante estão impedidos de deliberar nos termos do artigo 449.º, sob pena da nulidade da deliberação nos termos do artigo 228.º, n.º 1, alínea d) do Código Comercial¹⁴⁹, a não ser que tenham sido solicitados para deliberarem. Em consequência, está aberta a potência de os membros da administração da dominante, através da sociedade dominada que de facto controlam, vir a participar no grémio social da dominante, de modo a

148 FRANÇA, Maria Augusta – A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo, p. 102.

149 GARCIA, Augusto Teixeira – Assembleia geral e administração de sociedades anónimas: poderes e competências: algumas notas de direito societário macaense, pp. 109 e ss..

influir nas suas próprias assembleias, utilizando o domínio que exerce sobre a outra sociedade^{150/151}.

28. Síntese comparativa das soluções positivadas no Código Comercial

A análise que antecede no presente Capítulo sobre os efeitos da subscrição, aquisição e detenção de acções da emitente por intermédio da sociedade dominada permite concluir pela existência do paralelismo funcional para com as operações efectuadas pela própria emitente, atentos os efeitos semelhantes num e noutro caso.

A efectuar	Pela emitente e por terceiro que actua por conta dela		
Subscrição	Nulificação patrimonial total das entradas		
Aquisição	Efeito patrimonial	Acções realizadas	Diminuição patrimonial em eventual prejuízo das cifras indisponíveis da sociedade
		Não realizadas	Impedimento da formação exacta do capital social
Detenção	Efeito estrutural	Usurpação de competências da Assembleia Geral	

150 VENTURA, Raúl – Participações recíprocas de sociedades em sociedades, p. 54; Silva, João Gomes da – Acções Próprias e interesse dos accionistas, pp. 1291 a 1293.

151 Por exemplo, alterar as quotas do poder dentro da sociedade, mediante uma submissa falange de apoio, simulando vendas a favor de pessoas de confiança que, finda a assembleia, as revendem à sociedade ou formarem maiorias em prejuízo de um e outro grupos de accionistas. Trata-se de perigos elencados por Gomes da Silva para justificar a competência-regra geral da Assembleia Geral na aquisição de acções próprias, in Acções Próprias e interesse dos accionista, pp. 1230 e 1231. Utilizamos, mutatis mutandis, tal entendimento para a situação ora em apreciação.

A efectuar	Pela sociedade dominada		
Subscrição	Nulificação total ou parcial das entradas efectuadas		
Aquisição	Efeito patrimonial	Acções realizadas	Diminuição patrimonial em eventual prejuízo das cifras indisponíveis da sociedade
		Não realizadas	Impedimento da formação exacta do capital social
	Efeito estrutural	Usurpação de competências da Assembleia Geral	
Detenção			

Enquanto tal paralelismo funcional existe, confirma-se que a necessidade de regulamentar os negócios da sociedade dominada em relação às acções da dominante resulta sistemática e valorativamente da própria disciplina dos negócios sobre acções próprias e da disciplina das cifras indisponíveis¹⁵².

Sucede, porém, que as soluções positivadas no Código Comercial para umas e outras operações nem sempre são coincidentes, nos termos que ora expomos:

- i) As subscrições efectuadas pela própria emitente, bem como aquelas efectuadas pela sociedade dominada, impedem a formação exacta do capital social, sob pena da nulidade das deliberações sociais nos termos dos artigos 228.º, n.º 1, al. e), 394.º, n.º 1 e 263.º do Código Comercial e da nulidade dos actos de subscrição nos termos do artigo 279.º do Código Civil;
- ii) Em matéria das aquisições pela própria emitente, vigora o princípio de proibição relativa nos termos dos artigos 194.º, 426.º e 427.º do Código Comercial, sob pena da invalidade das deliberações sociais e dos actos de subscrição, enquanto as aquisições efectuadas pela dominada não se encontram sujeitas aos limites idênticos;
- iii) Enquanto as acções são detidas pela própria emitente, vigora o princípio da suspensão dos direitos corporativos nos termos dos artigos 373.º, n.º 3 *ex vi* 429.º, n.º 1 do Código Comercial, ao passo que, quando detidas pela sociedade dominada, a administração da dominante pode, através da sociedade dominada, vir participar na Assembleia Geral da emitente.

152 ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, p. 331.

29. Lacuna de regulação. Aquisição e detenção

Como apontado nos parágrafos ii) e iii), o paralelismo entre os efeitos da aquisição e detenção de acções próprias, efectuadas pela emitente ou por terceiro que actua por sua conta, e os efeitos das operações praticadas pela sociedade dominada é fonte de riscos financeiros e administrativos para a sociedade emitente das acções.

Considerando que tais riscos foram objecto de neutralização pelo Código Comercial, a opção de deixar de fora as operações praticadas pela sociedade dominada é destituída da razão de ser¹⁵³. Pois, se os efeitos de diminuição patrimonial dos activos e riscos administrativos são questões jurídicas que caem no âmbito da regulação jurídica intentada pela lei, os mesmos efeitos, quando ocorrem no quadro das operações efectuadas pela sociedade dominada, continuam a verificar-se, merecendo tutela idêntica à que é atribuída à disciplina das acções próprias¹⁵⁴.

Nem se diga que o facto de o Código Comercial deixar fora da regulamentação o grupo de sociedades e as participações recíprocas seja evidência para dizer que tais auto-participações indirectas sejam atribuídas ao espaço livre do direito, uma vez que, como vimos, a proximidade dos efeitos resulta da consequência de auto-participações indirectas da sociedade emitente, enquanto as relações de domínio, manifestadas na participação social detida pela dominante na dominada, apenas contribuem para as variações de efeitos.

Acresce que, no âmbito das Normas de Contabilidade, aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005 e pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020, as transacções das acções da emitente, para o balanço da sociedade dominante, sejam efectuadas pela emitente e pelas suas subsidiárias, têm o igual tratamento, de modo a neutralizar os efeitos de duplicação

153 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 232.

154 LARENZ, Karl – Metodologia da Ciência do Direito, p. 448: “Na maioria dos casos em que se fala de uma lacuna da lei não está incompleta uma norma jurídica particular, mas uma determinada regulação em conjunto: esta não contém nenhuma regra para certa questão que, segundo a intenção reguladora subjacente, precisa de uma regulação. A estas lacunas [...] qualificamo-las de «lacunas de regulação». Não se trata de aqui a lei, se se quiser aplicar sem uma complementação, não possibilite uma resposta em absoluto; a resposta teria que ser que justamente a questão não está regulada e que, por isso, a situação de facto correspondente fica sem consequência jurídica. Mas uma tal resposta, dada pelo juiz, haveria de significar uma denegação de justiça, se se tratar de uma questão que caia no âmbito da regulação jurídica intentada pela lei e não seja de atribuir, por exemplo, ao espaço livre do direito”. Em sentido idêntico, ASCENSÃO, José de Oliveira – Interpretação das Leis. Interação das Lacunas. Aplicação do Princípio da Analogia, pp. 916 a 918.

patrimonial.

Trata-se da razão pela qual propugnamos o entendimento da existência da lacuna de regulação, que urge ser integrada nos termos do artigo 9.º do Código Civil, sob pena de denegação de justiça à questão idêntica que, em lugar paralelo, se encontra respondida.

29.1. Tese de Edson Jordão da Silva. Apreciação crítica

Edson Jordão da Silva, na sequência de afirmar o entendimento idêntico, acresce que (sic) “perante a previsão do artigo 212.º, podemos dizer que estamos perante uma lacuna de regulação”¹⁵⁵. Ou seja, para o Autor, o paralelismo através do qual se possa concluir pela existência da lacuna de regulação assenta ainda na previsão do artigo 212.º do Código Comercial.

Não corroboramos a posição do Autor, uma vez que a previsão do artigo 212.º do Código Comercial não se refere às operações de auto-participação praticadas pela sociedade dominada da emitente das acções, mas, ao invés, enquadra-se no âmbito dos mecanismos que o Código Comercial oferece para reprimir o exercício patológico de influência dominante na sociedade dominada¹⁵⁶.

- i) Por força do artigo 212.º, n.º 2, surge a obrigação de indemnizar a sociedade ou outros sócios dominados quando o sócio dominante usar o poder de domínio de maneira a prejudicar a sociedade ou outros sócios, com as situações-exemplo elencadas no n.º 3¹⁵⁷;
- ii) O abuso do poder de domínio constitui, não apenas ilícito civil, também o ilícito penal. A verificação da situação prevista no artigo 212.º, n.ºs 2 e 3 do Código Comercial faz o sócio dominante incorrer na prática do crime do abuso da posição prevista e punível nos termos do artigo 475.º, n.º 1 do mesmo Código, com a pena de multa até 120 dias;
- iii) Impõe-se ao sócio dominante também a obrigação da não concorrência após a alienação da participação social, nos termos do artigo 108.º, n.ºs

155 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 230 e 235.

156 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, pp. 62 e 64.

157 A indemnização pelo sócio dominante à sociedade e aos outros sócios apenas existe quando houver a prática de factos ilícitos e merecedores de censura ético-jurídica nos termos do artigo 212.º, n.ºs 2 e 3. Tais casos resumem-se aos casos de culpa in elegendo, quanto ao caso previsto na alínea a), de culpa in instruendo, quanto aos casos das alíneas b) e d), e à violação do dever de lealdade para com a sociedade, quanto aos casos das alíneas c) e e) (GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 66; DUARTE, Diogo Pereira – Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio, contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, pp. 341 e 342).

- 1 e 3 do Código Comercial: o sócio dominante, quando transmita a sua participação social, fica obrigado, por um período máximo de cinco dias a contar da data da transmissão, a não explorar, por si, através ou por conta de terceiro, uma outra sociedade comercial que, pelo objecto, localização, ou quaisquer outras circunstâncias, seja idónea a desviar a clientela da sociedade cuja participação é transmitida¹⁵⁸;
- iv) Em sede da fusão das sociedades, a qualidade especial do sócio dominante merece também a atenção do legislador no artigo 279.º, n.ºs 1 e 2: no caso de alguma das sociedades possuir participação no capital de outra, não pode dispor de número de votos à soma dos que competem a todos outros sócios; para o efeito, aos votos da sociedade somam-se os votos de outras sociedades, dominadas por aquela nos termos do artigo 212.º¹⁵⁹;
- v) Por força do artigo 472.º, a identidade dos sócios dominantes deve ser publicada em anexo ao relatório anual.

No caso de o domínio societário ser objecto de exercício no contexto das participações totalitárias, caso em que o capital social da participada é directa ou indirectamente é 100% detido pelo sócio dominante, a lei impõe a esse sócio o cumprimento das regras do regime do sócio único:

- i) Quando a sociedade participada seja a sociedade por quotas unipessoal, ou sociedade por quotas supervenientemente unipessoal, a lei impõe que o negócio jurídico celebrado, directamente ou por interposta pessoa, entre a sociedade e o sócio deve constar sempre de documento

158 Quanto à obrigação de não concorrência, trata-se de uma obrigação legal supletiva, cujo afastamento é possível às partes, desde que tal não inviabilize a transmissão de clientela, nos termos do n.º 6 do artigo 108.º. A lei, garantindo ao adquirente da participação social a funcionalidade da sociedade, não ignora a iniciativa económica do sócio dominante transmitente, assim limita a obrigação de não concorrência aos limites temporais, materiais e geográficos. Ainda que por acordo das partes a obrigação vá além dos limites supletivos da lei, por força do n.º 6, a proibição não pode ir mais além de 5 anos, nem pode traduzir-se na impossibilidade de o sócio dominante transmitente exercer qualquer actividade profissional, empresarial ou não.

159 No caso do quórum deliberativo exigido para a aprovação da fusão das sociedades, a lei pretende limitar o direito de voto de sociedade que participa, directa ou indirectamente, no capital de outra, limitação essa operação na votação da proposta de fusão pelos sócios da sociedade participada. Com a redução do poder de voto, tem-se em vista obviar que as participações inter-societárias, detidas directamente ou por intermédio das sociedade dominadas pela sociedade participante, possam ser o instrumento pelo qual a sociedade participante-sócia de outra sociedade dominar todo o processo de fusão, em prejuízo dos sócios minoritários [MARQUES, Elda – Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume II (Artigos 85.º a 174.º), Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.), p. 254].

- escrito, e ser necessário, útil ou conveniente à prossecução do objecto da sociedade, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 391.º, n.º 1¹⁶⁰;
- ii) O negócio jurídico como tal referido deve ser sempre objecto de relatório prévio a elaborar por um auditor de contas sem relação com a sociedade, que, nomeadamente, declare que os interesses sociais se encontram devidamente acautelados e obedecer o negócio às condições e preço normais do mercado, sob pena de não poder ser celebrado, nos termos do n.º 2¹⁶¹.
- iii) O artigo 213.º, n.º 1 dispõe que, quando for declarada a falência de uma sociedade com um único sócio, quer a sociedade seja titular de partes do seu próprio capital, quer não, o sócio único responde pessoal, solidária e ilimitadamente por todas as dívidas da sociedade, se se provar que o património social não foi exclusivamente afectado ao cumprimento das respectivas obrigações¹⁶².

Na sequência da análise antecedente, a previsão do artigo 212.º e os mecanismos de reprimir o exercício patológico de influência dominante na sociedade dominada¹⁶³, enquanto tais, não constituem o lugar paralelo comparativo

160 A norma jurídica tem por função primordial a prevenção de tais abusos do sócio único. O legislador, aí, ao definir um quadro normativo para a forma da celebração dos negócios jurídicos entre o sócio único e a sociedade, impõe duas exigências: formal e material. Formal, porque os negócios jurídicos são celebrados pela forma escrita, sob pena de nulidade. Material, porque devem ser necessários, úteis ou convenientes à prossecução do objecto da sociedade. Neste sentido, GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, pp. 62 e 63.

161 Trata-se de uma regulamentação sobre o fenómeno chamado de auto-contratação, para prevenir as eventuais situações de fraude em detrimento da posição de terceiros que entram em relação com a sociedade por quotas unipessoal. Assim, a lei pretende evitar as confusões de patrimónios. Neste sentido, HO, Chi Un – Breves considerações sobre a sociedade por quotas unipessoal, p. 63.

162 Trata-se de uma norma jurídica que visa evitar a confusão de patrimónios. Porém, o artigo 213.º tem uma função reparatória, que só vem ter lugar quando a sociedade por quotas unipessoal fica declarada como falida. A lei, na situação prevista no artigo 213.º, proíbe que o sócio único possa invocar a autonomia patrimonial da sociedade, para se eximir à responsabilidade pelas dívidas da sociedade. Proíbe, com razão, porque a separação entre os patrimónios funda-se na observância dessa autonomia patrimonial. Daí, quebrada a autonomia patrimonial do sócio e da sociedade, jamais aproveita essa dita autonomia ao sócio único.

163 As soluções do quadro legal vigente permitem concluir-se pelo seguinte: o Código Comercial, para evitar a concretização dos riscos de instrumentalização da sociedade participada, impõe comandos em três vias: comandos de carácter preventivo: (artigos 108.º, n.º 3, 279.º, n.ºs 1 e 2, 391.º, 472.º); comandos de carácter ressarcitório (artigos 212.º, n.º 2 e 475.º); comando de carácter sancionatório (artigo 391.º, n.º 1 e 213.º, n.º 1 a contrario sensu).

através do qual se possa concluir pela existência da lacuna jurídica pelo facto de o Código Comercial não regulamentar as operações praticadas pela sociedade dominada.

30. Integração por analogia

Na sequência de concluir pela existência da lacuna de regulação, procuramos agora integrar a lacuna jurídica das operações de aquisição e detenção efectuadas pela sociedade dominada, bem como examinar as soluções propostas por Jordão da Silva para neutralizar os efeitos da aquisição e detenção das acções pela sociedade dominada

Não obstante a proximidade dos efeitos nocivos das operações para o capital social e as regras de funcionamento da sociedade emitente das acções, os interesses que se conflituam num e noutro caso são heterogéneos:

- i) Na auto-participação directa da própria sociedade emitente, os interesses em presença são entre os accionistas, entre estes e a sociedade, bem como entre os credores sociais e a sociedade;
- ii) Enquanto, nos casos em que se interpuser a sociedade dominada, a essa tensão conflituante acrescem ainda os interesses dos accionistas dominados da sociedade dominada, bem como os interesses dos seus credores sociais.

Considerando que a analogia apenas existe quando as semelhanças são mais relevantes que as diferenças¹⁶⁴, atenta esta heterogeneidade dos interesses em tensão conflitual, a aplicação análoga da disciplina jurídica das acções próprias em bloco equivaleria a degradar a autonomia da sociedade dominada, em benefício dos interesses conflituantes na dominante.

Sempre que a sociedade dominada detenha a participação social da dominante, a sociedade e os seus associados são titulares (directa e indirectos, respectivamente) dos benefícios económicos do património da sociedade dominante, património, esse, que, excepto casos extremos, não se esgota na participação social da dominada. O que, aliás, para os credores sociais da dominada, após o abatimento de valor nulificado, não deixa de ser um activo que

164 A analogia, em todo o caso, tal como o postulado no artigo 9.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil, pressupõe que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. Para tal, exige-se que se verifique um conflito de interesses paralelo de modo a que a solução do caso previsto possa ser aplicada ao caso omissis (MACHADO, João Baptista Machado – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, p. 202).

possa assegurar os créditos cedidos¹⁶⁵.

Atenta, aliás, a heterogeneidade dos instrumentos do domínio previstos no artigo 212.º, n.º 1 do Código Comercial e a heterogeneidade dos efeitos resultante dessa heterogeneidade dos instrumentos do domínio, limitar a possibilidade da dominada adquirir as participações sociais da dominante ou suspender o exercício dos direitos sociais detidos pela dominada na dominante configuravam-se como sacrifício injustificado da iniciativa económica da dominada, bem como os interesses económicos indirectos dos associados da sociedade dominada¹⁶⁶.

Trata-se de um resultado que, em bom rigor, estimulava o sacrifício do interesse da dominada para a realização do interesse da dominante¹⁶⁷, resultado que é contrário ao modelo clássico do direito das sociedades, também adoptado no Código Comercial de Macau, que tem por modelo as sociedades individuais e independentes, actuando na prossecução de uma vontade de interesse social próprio¹⁶⁸.

Estas considerações impedem a integração da lacuna pela aplicação analógica do regime de aquisição e detenção de acções próprias às operações efectuadas pela sociedade dominada, sem prejuízo da possibilidade da criação de norma *ad hoc* para o efeito no caso concreto em cumprimento do artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil.

31. Desconsideração da personalidade jurídica

Perante a frustração da aplicação analógica¹⁶⁹, Jordão da Silva propugna

165 HARVARD LAW REVIEW – The Voting of Stock Held in Cross Ownership, pp. 1651 e ss..

166 O fundamento da crítica à suspensão total do exercício dos direitos sociais da dominada na sociedade dominante, regra adoptada em certas legislações dos Estados Unidos da América, justamente reside na desconsideração dos interesses dos accionistas da dominada. HARVARD LAW REVIEW – The Voting of Stock Held in Cross Ownership, pp. 1651 e ss..

167 A aquisição onerosa das acções da emitente pela sua dominada, para o balanço da emitente, implica o reembolso dos bens antecipado aos accionistas alienantes em contrapartida de activos da sociedade. Quando o património da dominante é superior ao da dominada e esta adquire as acções da dominante, para o balanço da dominada, as acções da dominante são bens com o valor e benefício económico para o fluxo de caixa da sociedade, com o aumento

168 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 48. Para afirmar esta posição, o Autor recorre ao dispoto no artigo 235.º, n.º 2 do Código Comercial, na redacção que lhe é dada pela Lei n.º 6/2000, onde se dispõe que: “Os administradores da sociedade devem agir sempre no interesse da mesma e empregar nessa actuação a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

169 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, p. 235, conclui que “perante o silêncio da lei sobre esta

que a questão se resolva à luz do instituto de fraude à lei por via do levantamento da personalidade colectiva da sociedade dominada (*Zurechnungsdurchgriff*), como se os contratos fossem celebrados entre a sociedade dominante e os accionistas alienantes de acções¹⁷⁰. Vamos examinar a viabilidade desta solução proposta.

Quando a desconsideração da personalidade jurídica se conduz aos problemas de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*)¹⁷¹, está em causa a imputação à sociedade de conhecimentos, características ou comportamentos de sócio ou vice-versa¹⁷². Trata-se de saber se uma determina norma jurídica é de aplicar à sociedade ou aos seus sócios.

Quando transposta para o domínio de grupos de sociedade, como aponta Teixeira Garcia, procura-se saber se a norma apenas se aplica a uma das sociedades ou a todas as sociedades pertencentes ao mesmo grupo¹⁷³. Voltamos, aqui, ao problema que deparamos aquando da análise do âmbito subjectivo do regime de aquisição de acções próprias. Como analisámos, a interpretação do regime em vigor não pode servir-se para preencher a lacuna de regulação do Código

matéria, e dada a diversidade da estrutura de ambos os casos, que desaconselham uma aplicação analógica ao caso da disciplina de aquisição de acções próprias, a solução não pode ser outra que não seja a de considerar como não incluída no âmbito desta proibição (art. 426.º, n.º 1) a aquisição pela sociedade filial das acções da sociedade-mãe”. Salvo o respeito devido, julgamos que o Autor misturou a causa com o resultado: a lacuna apenas existe quando a não regulação encontra o paralelismo na ordem jurídica, nas suas normas ou nos seus princípios inspiradores. Não é pelo desaconselhamento da aplicação analógica se conclui a não inclusão da matéria no âmbito subjectivo da norma, mas sim através da não inclusão da operação no âmbito subjectivo do artigo 426.º do Código Comercial para se concluir pela existência da lacuna.

170 SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, pp. 235 e 236.

171 Ao passo que, nos problemas de responsabilização (*Haftungsdurchgriff*), se tem em vista estender a responsabilidade por dívidas da pessoa colectiva aos seus sócios e aos seus patrimónios particulares (GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 52; RIBEIRO, Maria de Fátima – A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, pp. 305 a 310; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Curso de Direito Comercial, vol. II, Das Sociedades, pp. 178 a 180; VELOSO, José António – Questões Hermenêuticas e de Sucessão de Leis nas Sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a Inibição de Direitos de Voto por Violação de Deveres de Revelar Participação Qualificadas, p. 35).

172 Trata-se de solução desconsiderante que o Código Comercial que também conhece no seu artigo 108.º, n.º 3, quando impõe o dever de não concorrência ao sócio dominante transmitente da sua participação social, equiparando a transmissão de participação social à alienação de empresa comercial, para a salvaguarda da funcionalidade da sociedade comercial.

173 GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, p. 54; RIBEIRO, Maria de Fátima – A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, pp. 312 e ss..

Comercial, muito menos a eventual aplicação analógica de lacuna.

Capítulo V

Conclusão

Nas hetero-participações, as participações adquiridas representam os bens reais da sociedade participada com a integração no património social da participante, equivalendo-se a uma substituição de bens.

Os bens na circulação são objecto de duplicação ilusória quando seja a sociedade dominada vir participar no capital social da dominante, uma vez que, do ponto de vista da sociedade dominante, o valor das participações que tem na sociedade dominada se refere, indirectamente, aos bens reais que as acções da própria dominante se referem.

Ou seja, as acções detidas pela dominada, para a sociedade dominante, são como se fossem acções próprias indirectas.

Podem produzir-se nestes casos efeitos análogos ou aproximados aos da auto-participação directa da sociedade emitente, quer financeiros quer organizativos, com os perigos que lhes são inerentes para as diversas funções do capital social.

O órgão que decide sobre o exercício dos direitos sociais detidos noutras sociedades é o órgão de administração. Assim, é o órgão da administração da dominante que decide como actuar-se na Assembleia Geral da sociedade dominada e compor a respectiva administração e participar ou não no capital da dominante.

Quando criado o domínio de uma sociedade sobre outra sociedade, a participação recíproca torna possível à administração da dominante influir nas suas próprias assembleias, utilizando o domínio que exerce sobre a outra sociedade, com o risco da autopetuação dos administradores no domínio da sociedade, com a consequente usurpação das competências soberanas das assembleias gerais mediante o controlo assim assegurado por “portas travessas”.

Excepto a previsão pontual de uma ou outra regra especial, nos artigos 17.º, alínea h) e 18.º do Decreto-Lei n.º 54/95/M de 16 de Outubro e no artigo 19.º do Decreto-Lei n.º 15/83/M de 26 de Fevereiro, quanto à proibição de aquisição de acções da emitente pelas sociedade por si participadas, o Código Comercial, enquanto a lei societária geral, não dedica disposições normativas autónomas para a subscrição, aquisição derivada e detenção de acções da sociedade dominante pela sua dominada.

Tal não pretende dizer que no quadro legal vigente não haja soluções oferecidas para estas operações.

Quando a sociedade dominada vem subscrever as acções da dominante,

atentos os efeitos da nulificação total ou parcial das entradas efectuadas no balanço da sociedade dominante, o capital subscrito acaba por não se formar nos termos exactos a que corresponde o valor nominal das entradas efectuadas, exigência, essa, que é imposta no artigo 203.º, n.º 1 e 263.º do Código Comercial.

Talqualmente na subscrição de acções próprias pela sociedade emitente, a sociedade anónima não pode subscrever as acções próprias, atento o princípio de formação exacta do capital social da sociedade anónima nos termos dos artigos 263.º e 203.º, n.º 1 do Código Comercial.

Em consequência, a deliberação social da emitente que admite a participação da dominada no seu aumento oneroso do capital é nula nos termos dos artigos 228.º, n.º 1, al. e) e 263.º do Código Comercial, incorrendo a administração na eventual responsabilidade civil nos termos dos artigos 245.º, 249.º e 250.º do mesmo Código, para com a sociedade, os credores sociais, sócios e terceiros, respectivamente.

O facto de o Código Comercial deixar de fora a regulamentação do grupo de sociedades e das participações recíprocas, manifestado no elemento literal a disciplina jurídica das acções próprias, impede que as soluções previstas nos artigos 426.º a 429.º sejam aplicadas às aquisições derivadas praticadas pela sociedade dominada da emitente das acções.

O Código Comercial, no artigo 426.º, n.º 1, impõe condicionamentos no limite máximo de 10% do capital social à aquisição de acções próprias à sociedade emitente. Sucede que este limite quantitativo à auto-participação directa é capaz de ser ultrapassado pela interposição da personalidade jurídica da sociedade dominada.

O artigo 426.º, n.º 3 do Código Comercial dispõe que, em todo o caso, a situação líquida da sociedade, após a aquisição, não pode situar-se abaixo da soma do capital social e das reservas indisponíveis. Trata-se da manifestação do princípio de salvaguarda do capital social e das reservas indisponíveis.

Sucede que, quando seja a própria sociedade dominada a adquirir tais acções, tal limite imperativo não se aplica. Os accionistas da dominante e a respectiva administração podem vir a ter conluio, com vista à alienação das acções da dominante à sociedade dominada, em prejuízo das cifras indisponíveis da sociedade emitente.

O artigo 426.º, n.º 4 do Código Comercial dispõe que a aquisição apenas pode ter por objecto as acções integralmente realizadas, ainda que a aquisição seja gratuita ou situações previstas no n.º 2, salvo o disposto no n.º 3 do artigo 410.º. A norma jurídica visa proteger a formação exacta do capital social, impedindo que a aquisição de acções próprias possa configurar-se como meio de libertação dos sócios da obrigação de realizar as entradas.

Ainda que tal proibição normativa não se aplique à sociedade dominada,

a obrigação da realização da entrada da sociedade dominada, resultante da transmissão da participação social nos termos do artigo 179.º, n.º 1, alínea a) do Código Comercial, é causa de nulidade da aquisição efectuada da dominada, uma vez que os bens que realizariam as entradas à emitente seriam aqueles que, ou em tudo ou em parte, já integravam o património da dominante.

Talqualmente na subscrição de acções pela dominada, a aquisição das acções não integralmente realizadas impede a formação exacta do capital social da sociedade, exigência que é imposta no artigo 203.º, n.º 1 e 263.º do Código Comercial, sendo a aquisição consequentemente nula nos termos do artigo 279.º do Código Civil.

A mera aplicação do artigo 194.º do Código Comercial, por si, como é óbvio, não resolve a questão, uma vez que se trata de uma obrigação da sociedade para com os seus associados, caindo a sociedade dominada fora do seu âmbito subjectivo de aplicação.

A gestão dos direitos sociais na sociedade participada é como gestão de outros bens quaisquer da sociedade participante. Tratando-se da matéria de gestão, o Conselho de Administração da sociedade dominante tem competência específica para actuar-se nos termos dos artigos 235.º, n.º 1, 465.º, n.º 1, in fine do Código Comercial.

A análise sobre os efeitos da subscrição, aquisição e detenção de acções da emitente por intermédio da sociedade dominada permite concluir pela existência do paralelismo funcional para com as operações efectuadas pela própria emitente, atentos os efeitos semelhantes num e noutro caso.

Enquanto tal paralelismo funcional existe, afirma-se que a necessidade de regulamentar os negócios da sociedade dominada em relação às acções da dominante resulta sistemática e valorativamente da própria disciplina dos negócios sobre acções próprias e da disciplina das cifras indisponíveis.

Sucedem, porém, que as soluções positivadas no Código Comercial para a aquisição e a detenção pela dominada das acções da dominante não coincidentes com as soluções da auto-participação directa.

Esta discrepância normativa é destituída da razão de ser.

Acresce que, no âmbito das Normas de Contabilidade, aprovadas pelo Regulamento Administrativo n.º 25/2005 e pelo Despacho do Secretário para a Economia e Finanças n.º 44/2020, as transacções das acções da emitente, para o balanço da sociedade dominante, sejam efectuadas pela emitente e pelas suas subsidiárias, têm o igual tratamento, de modo a neutralizar os efeitos de duplicação patrimonial.

Trata-se da razão pela qual propugnamos o entendimento da existência da lacuna de regulação, que urge ser integrada nos termos do artigo 9.º do Código Civil, sob pena de denegação de justiça à questão idêntica que, em lugar paralelo,

se encontra respondida.

É através da disciplina jurídica das acções próprias, do capital social e das Normas de Contabilidade que concluímos a existência do paralelismo que justifique a integração da lacuna, não através da previsão do artigo 212.º do Código Comercial.

Isto porque que a previsão do artigo 212.º do Código Comercial não se refere às operações de auto-participação praticadas pela sociedade dominada da emitente das acções, mas, ao invés, enquadra-se no âmbito dos mecanismos que o Código Comercial oferece para reprimir o exercício patológico de influência dominante na sociedade dominada.

Nem toda a aquisição e detenção de acções da sociedade dominante pela dominada se configura como o exercício patológico de influência dominante na sociedade dominada, bastando-se pensar nos benefícios económicos de que a dominada e os seus associados sejam titulares.

Não obstante a proximidade dos efeitos nocivos das operações para o capital social e as regras de funcionamento da sociedade emitente das acções, não há êxito à aplicação analógica da disciplina das acções próprias às aquisições efectuadas, uma vez que os interesses que se conflituam num e noutro caso são heterogêneos.

Na auto-participação directa da própria sociedade emitente, os interesses em presença são entre os accionistas, entre estes e a sociedade, bem como entre os credores sociais e a sociedade, enquanto nos casos em que se interpuser a sociedade dominada, a essa tensão conflituante acrescem ainda os interesses dos accionistas dominados da sociedade dominada, bem como os interesses dos seus credores sociais.

Limitar a possibilidade da dominada adquirir as participações sociais da dominante ou suspender o exercício dos direitos sociais detidos pela dominada na dominante configuravam-se como sacrifício injustificado da iniciativa económica da dominada, bem como os interesses económicos indirectos dos associados da sociedade dominada.

Trata-se de um resultado que estimulava o sacrifício do interesse da dominada para a realização do interesse da dominante, resultado que é contrário ao modelo clássico do direito das sociedades, também adoptado no Código Comercial de Macau, que tem por modelo as sociedades individuais e independentes, actuando na prossecução de uma vontade de interesse social próprio.

Muito menos a aplicação do instituto de fraude à lei por via do levantamento da personalidade colectiva da sociedade dominada pode contribuir para neutralizar os efeitos nocivos das operações efectuadas pela sociedade dominada.

Isto porque, com os problemas de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*), trata-se de saber se uma determina norma jurídica é de aplicar à sociedade ou a todas as sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Voltamos, aqui, ao problema

que deparamos aquando da análise do âmbito subjectivo do regime de aquisição de acções próprias.

Concluimos que, à luz do quadro geral vigente, o Código Comercial é capaz de responder aos efeitos nocivos provocados pela subscrição de acções da dominante pela dominada, bem como que as Normas de Contabilidade podem evitar a duplicação ilusória dos bens no balanço da sociedade emitente das acções.

Porém, a regulamentação vigente em ambos os diplomas não é capaz de dar resposta suficiente aos efeitos nocivos resultantes da aquisição derivada e detenção das acções da dominante pela sociedade dominada.

Estas considerações permitem-nos uma base suficiente para responder às questões enunciadas no Capítulo I, que motivam a elaboração do presente Relatório de Projecto:

Uma sociedade comercial exerce o domínio sobre a outra sociedade, sendo sócia dominante esta, quando, nos termos do artigo 212.º, n.º 1, “por si só ou conjuntamente com outras sociedades de que seja também sóci[a] dominante ou com outros sócios a quem esteja ligado por acordos parassociais, detém uma participação maioritária no capital social, dispõe de mais de metade dos votos ou do poder de fazer eleger a maioria dos membros da administração”.

A sociedade dominada, em todo o caso, não pode participar no aumento oneroso do capital social da participante, uma vez que tal impede a formação exacta do capital social aumentado. O acto de subscrição é nulo nos termos do artigo 279.º do Código Civil por força dos artigos 203.º, n.º 1 e 263.º do Código Comercial.

Não é admitida a aquisição das acções não integralmente realizadas da sociedade dominante pela sociedade dominada, por tal impedir a formação exacta do capital social, nos mesmos termos das considerações da alínea anterior.

O órgão societário competente para a deliberação na subscrição, aquisição e alienação das acções da sociedade dominante é o órgão de administração da sociedade dominada nos termos dos artigos 235.º, n.º 1, 465.º, n.º 1, in fine do Código Comercial.

Como consequência, os membros da administração da sociedade dominada podem participar na formação da deliberação social da sociedade dominante através do exercício do direito de voto no seio da assembleia geral da dominante.

ANEXOS

TABELA I
NORMAS SUCINTAS DE RELATO FINANCEIRO

Norma 1	Apresentação de Demonstrações Financeiras
Norma 2	Políticas Contabilísticas, Alterações nas Estimativas Contabilísticas e Erros
Norma 3	Activos Fixos Tangíveis
Norma 4	Locações
Norma 5	Activos Intangíveis
Norma 6	Inventários
Norma 7	Subsídios do Governo e Outros Apoios do Governo
Norma 8	Provisões, Passivos Contingentes e Activos Contingentes
Norma 9	Rédito
Norma 10	Contratos de Construção
Norma 11	Custos de Empréstimos Obtidos
Norma 12	Imposto sobre o Rendimento
Norma 13	Efeitos de Alterações em Taxas de Câmbio
Norma 14	Acontecimentos Após a Data do Balanço
Norma 15	Divulgações de Partes Relacionadas

TABELA II
NORMAS DE RELATO FINANCEIRO

IFRS	
IFRS 1	Adopção pela Primeira Vez das Normas Internacionais de Relato Financeiro
IAS	
IAS 1	Apresentação de Demonstrações Financeiras
IAS 2	Inventários
IAS 7	Demonstrações de Fluxos de Caixa
IAS 8	Políticas Contabilísticas, Alterações nas Estimativas Contabilísticas e Erros
IAS 10	Acontecimentos após a Data do Balanço
IAS 11	Contratos de Construção
IAS 12	Impostos sobre o Rendimento
IAS 16	Activos Fixos Tangíveis

IAS 17	Locações
IAS 18	Rédito
IAS 21	Efeitos de Alterações em Taxas de Câmbio
IAS 23	Custos de Empréstio Obtidos
IAS 36	Imparidade de Activos
IAS 37	Provisões, Passivos Contingentes e Activos Contingentes
IAS 38	Activos Intangíveis

TABELA III
DESPACHO DO SECRETÁRIO PARA A ECONOMIA E FINANÇAS
N.º 44/2020

IFRS	
IFRS 1	Adopção pela Primeira Vez das Normas Internacionais de Relato Financeiro
IFRS 2	Pagamento com base em Acções
IFRS 3	Concentrações de Actividades Empresariais
IFRS 4	Contratos de Seguro
IFRS 5	Activos Não Correntes Detidos para Venda e Unidades Operacionais Descontinuadas
IFRS 6	Exploração e Avaliação de Recursos Minerais
IFRS 7	Instrumentos Financeiros: Divulgações
IFRS 8	Segmentos Operacionais
IFRS 9	Instrumentos Financeiros
IFRS 10	Demonstrações Financeiras Consolidadas
IFRS 11	Acordos Conjuntos
IFRS 12	Divulgação de Interesses noutras Entidades
IFRS 13	Mensuração pelo Justo Valor
IFRS 14	Contas Diferidas de Actividades Reguladas
IFRS 15	Rédito de Contratos com Clientes
IAS	
IAS 1	Apresentação de Demonstrações Financeiras
IAS 2	Inventários
IAS 7	Demonstrações de Fluxos de Caixa

IAS 8	Políticas Contabilísticas, Alterações nas Estimativas Contabilísticas e Erros
IAS 10	Acontecimentos após o Período de Relato
IAS 12	Impostos sobre o Rendimento
IAS 16	Activos Fixos Tangíveis
IAS 17	Loações
IAS 19	Benefícios dos Empregados
IAS 20	Contabilização de Subsídios do Governo e Divulgação de Apoios do Governo
IAS 21	Efeitos de Alterações em Taxas de Câmbio
IAS 23	Custos de Empréstio Obtidos
IAS 24	Divulgações de Partes Relacionadas
IAS 26	Contabilização e Relato pelos Planos de Benefícios de Reforma
IAS 27	Demonstrações Financeiras Separadas
IAS 28	Investimentos em Associadas e Empreendimentos Conjuntos
IAS 29	Relato Financeiro em Economias Hiperinflacionárias
IAS 32	Instrumentos Financeiros: Apresentação
IAS 33	Resultados por Acção
IAS 34	Relato Financeiro Intercalar
IAS 36	Imparidade de Activos
IAS 37	Provisões, Passivos Contingentes e Activos Contingentes
IAS 38	Activos Intangíveis
IAS 39	Instrumentos Financeiros: Reconhecimento e Mensuração
IAS 40	Propriedades de Investimento
IAS 41	Agricultura

LISTA BIBLIOGRÁFICA

ABREU, Jorge Coutinho – Governação das Sociedades Comerciais, 2006, Almedina, Coimbra, número de depósito legal: 251437/06.

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de – Curso de Direito Comercial, vol. II, Das Sociedades, 4.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2003, ISBN: 978-972-40-4708-9.

ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima Engrácia – os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2.^a Edição, Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2002, número de depósito legal: 178611/02.

ASCENSÃO, José de Oliveira – Interpretação das Leis. Interação das Lacunas. Aplicação do Princípio da Analogia, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, 57, n.º 3 (Dezembro de 1997), número de depósito legal: 122709/98, pp. 913 a 941.

BANCO NACIONAL ULTRAMARINO, S.A – Relatório Anual 2014, Relatório Anual 2015, Relatório Anual 2016, Relatório Anual 2017, in Relatório Anual 2018, in Relatório Anual 2019, in Relatório Anual 2020, todos acessíveis via www.bnu.com.mo (com a última visita em 31 de Agosto de 2021).

BARCHARTS, INC., Accounting Equations & Answers, 2012, disponível em www.ebookcentral.proquest.com (com a última data de visita em 11 de Setembro de 2021), ISBN: 978-142-32-1817-3.

BASTOS, Miguel Brito – As consequências da aquisição ilícita de acções próprias pelas sociedades anónimas, in Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), 1, Almedina, Lisboa, 2009, ISBN: 978-972-40-3806-3, pp. 185 a 224.

CAIAZZA, Rosa; JR, Albert A. Cannella; PHAN, Phillip H.; SIMONI, Michele – An Institutional Contingency Perspective of Interlocking Directorates, in International Journal of Management Reviews, volume 23, issue 3, July 2019

CARVALHO, Inês Tomé da Silva, in Relações de Participações Recíprocas – O Papel Central do Dever de Comunicação, Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto, Porto, tese de dissertação de mestrado, 2016, disponível em repositorio.ucp.pt (com a última data de visita em 23 de Setembro de 2021).

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS – A Equiparação da Subscrição, Aquisição e Detenção de Acções de uma Sociedade Anónima por uma Sociedade dela dependente ao Regime das Acções Próprias, disponível www.cmvm.pt (com a última visita em 23 de Setembro de 2021).

CORDEIRO, António Menezes – Das acções próprias: dogmática básica e perspectivas de reforma – I, in Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), ISBN: 978-972-40-3806-3, pp. 637 a 646.

CORDEIRO, António Menezes – Manual de Direito das Sociedades, volume II, Almedina, Lisboa, 2009, ISBN: 9724028828.

CORDEIRO, António Menezes – Regime Jurídico dos Grupos de Sociedades, Aspectos Essenciais, in Formação Jurídica e Judiciária – Colectânea, Tomo IV, Versão Portuguesa, Centro da Formação Jurídica e Judiciária, Região Administrativa Especial de Macau, 2010, ISBN: 979-99937-31-05-3, pp. 259 a 292.

CORREIA, Ferrer – A Representação dos Menores Sujeitos ao Pátrio Poder na Assembleia Geral das Sociedades, Estudos de direito civil comercial e criminal, 2.ª Edição, Coimbra, 1985, pp. 53 a 115.

CORREIA, Luís Brito – Direito Comercial, volume II, Associação Académica de Lisboa, Lisboa, 1989.

CUNHA, Paulo Olavo – Direito das Sociedades Comerciais, 2.ª Edição,

Almedina, Lisboa, 2006, ISBN: 9724029662.

DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE FINANÇAS – P&R Novas NRF, 2019, disponível in www.dsf.gov.mo (com a última visita em 23 de Setembro de 2021).

DIRECÇÃO DOS SERVIÇOS DE FINANÇAS, Novas «Normas de Relato Financeiro» – Documento de Consulta, 2019, disponível in www.dsf.gov.mo (com a última visita em 23 de Setembro de 2021).

DOMINGUES, Paulo de Tarso – Do Capital Social: Noção, Princípios e funções, 2.^a Edição, 2004, Coimbra Editora, ISBN: 972-32-1231-5.

DOMINGUES, Paulo de Tarso – Variações sobre o Capital Social, Almedina, Coimbra, 2009, ISBN: 978-972-40-3925-1.

DOÑA, María de la Sierra Flores – Participaciones Recíprocas entre Sociedades de Capital, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, ISBN: 84-8410-018-9.

DUARTE, Diogo Pereira – Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio, contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, Almedina, Coimbra, 2007, ISBN: 978-872-40-3150-7.

FONG, Man Chong (馮文莊) – Manual de Direito Comercial de Macau – Direito Societário (澳門商法教程I - 公司法篇), Centro de Formação Jurídica e Judiciária (法律及司法培訓中心), Região Administrativa Especial de Macau, 2010, ISBN: 978-99937-720-2-6.

FRANÇA, Maria Augusta – A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo”, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1990.

GABINETE PARA A MODERNIZAÇÃO LEGISLATIVA – Anteprojecto da Lei das Sociedades Comerciais, Imprensa Oficial de Macau, Território de Macau, 1991.

GARCIA, Augusto Teixeira – A Cláusula de Preferência quanto à Transmissão de Acções: Algumas Notas, Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vária, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, ISBN: 978-972-32-1548-9, pp. 379 a 408.

GARCIA, Augusto Teixeira – Abstenção e formação de maioria deliberativa nas sociedades por quotas: O regime macaense, in Revista Electrónica de Direito – Outubro 2015 – n.º 3, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ISSN 2182-9845, disponível em www.cije.up.pt (com a última visita em 23 de Setembro de 2021).

GARCIA, Augusto Teixeira – As Sociedades Comerciais, textos fotocopiados não publicados, Região Administrativa Especial de Macau, 2016.

GARCIA, Augusto Teixeira – Assembleia geral e administração de sociedades anónimas: poderes e competências: algumas notas de direito societário

macaense, in *Lusíada Direito*, 13 (2015).

GARCIA, Augusto Teixeira – Grupos de sociedades e desconsideração da personalidade jurídica em Macau, in *Um Diálogo Consistente, Olhares Recentes sobre Temas do Direito Português e de Macau*, vol. I, Fundação Rui Cunha & STA Advogados, Região Administrativa Especial de Macau, 2016, ISBN: 978-99965-676-0-5, pp. 47 a 68.

GARCIA, Augusto Teixeira – O Regime de Nulidade das Deliberações dos Sócios no Código Comercial de Macau, pp. 7 e ss., não publicados, Região Administrativa Especial de Macau, 2019.

GARCIA, Augusto Teixeira – OPA: da oferta pública de aquisição e seu regime jurídico, Coimbra, 1995, ISBN: 972-32-0690-0.

GARCIA, Augusto Teixeira – Participação social e direitos dos sócios, textos fotocopiados não publicados, Região Administrativa Especial de Macau, 2016.

HARVARD LAW REVIEW – The Voting of Stock Held in Cross Ownership, in *Harvard Law Review*, volume 76, No. 8, Harvard Law Review Association, 1963, disponível in www.heinonline-org.libezproxy.um.edu.mo (com a última visita em 23 de Setembro de 2021), pp. 1642 a 1653.

HO, Chi Un – Breves considerações sobre a sociedade por quotas unipessoal, in *Administração*, Número 64 (2.º de 2004), Volume XVII, Junho de 2004, Direcção dos Serviços de Administração e Função Pública, pp. 609 a 626.

INDUSTRIAL AND COMMERCIAL BANK OF CHINA (MACAU LIMITED) – 2009 Annual Report, 2010 Annual Report, 2009 Annual Report, in 2011 Annual Report, in 2012 Annual Report, 2013 Annual Report, Annual Report 2015, in Annual Report 2016, in Annual Report 2017, Annual Report 2018, in Annual Report, Annual Report 2020, todos disponíveis in www.icbc.com.mo (com a última visita em 31 de Agosto de 2021).

KRIMPMMANN, Andreas – Principles of Group Accounting under IFRS, John Wiley & Sons ©, 2014, disponível in www.books24x7.com (com a última data de visita em 2 de Setembro).

LABAREDA, João – Das Acções das Sociedades Anónimas, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1988, pp. 83 e 84.

LARENZ, Karl – Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, tradução da 3.ª edição, 1989, ISBN: 972-31-0770-8.

LEI, Ka Chon – Algumas Considerações sobre o Direito de Impugnação das Deliberações dos Sócios, 2015, Universidade de Macau, Região Administrativa Especial de Macau, tese de dissertação de mestrado.

MACHADO, João Baptista Machado – Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Almedina, Coimbra, Reimpressão, 1985, número de Depósito Legal: 2007/83, p. 195.

MAIA, Pedro – Voto e Corporate Governance, Um Novo Paragrama para a Sociedade Anónima, Almedina, Coimbra, 2019, ISBN: 978-972-40-8003-1.

MARQUES, Elda – Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume II (Artigos 85.º a 174.º), Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.), Almedina, Coimbra, 2011, anotação e comentário ao artigo 104.º, ISBN: 978-972-40-4507-8.

MIRZA, Abbas Ali; ORRELL, Magnus; HOLT, Graham J. – Wiley IFRS: Practical Implementation Guide and Workbook, Second Edition, John Wiley & Sons ©, 2008, disponível em www.skillport.com (com a última visita em 2 de Setembro de 2021), ISBN: 978-047-01-7022-9.

OLIVEIRA, João Gil de; Pinho, Cândido – Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência, Livro I, Parte Geral, Volume III (Artigos 173.º a 250.º), Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Região Administrativa Especial de Macau, 2018, ISBN: 978-99965-41-51-3.

OLIVEIRA, João Gil de; Pinho, Cândido – Código Civil de Macau, Anotado e Comentado, Jurisprudência, Livro I, Parte Geral, Volume V (Artigos 326.º a 390.º), Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Região Administrativa Especial de Macau, 2018, ISBN: 978-99965-41-53-7.

OSÓRIO, José Diogo Horta – Da Tomada do Controlo de Sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o direito português, Almedina, Coimbra, 2001, ISBN: 972-40-1525-4.

PINTO, Carlos Alberto da Mota – Teoria Geral do Direito Civil, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2.ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2005, ISBN: 978-972-32-2102-2.

QUENTAL, Miguel – Uma introdução aos Grupos de Sociedades, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 21, 2006, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Região Administrativa Especial de Macau, ISBN: 8073-98/54, pp. 47 a 76.

RIBEIRO, Maria de Fátima – A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Almedina, Coimbra, 2009, ISBN: 978-972-40-3851-3.

ROCHA, Maria Victória Rodrigues Vaz Ferreira da – Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 1994, número de depósito legal: 77880/94.

SHANG, Huiran (尚慧然) – Sobre as Características do Plano Oficial de Contabilidade para as Empresas (有關澳門“公定會計”制度的一些思考), in Journal of Macau Studies (澳門研究), Volume 35, pp. 87 a 91, disponível in library.um.edu.mo (com a última data de visita em 2 de Setembro).

SI TOU, WAI TONG (司徒, 偉東) – Single shareholder private company and suggestions for disregard of corporate personality (一人有限公司與公司法人格否認的若干建議), tese dissertação de mestrado em ciências jurídicas em língua

chinesa, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Região Administrativa Especial de Macau, 2015.

SILVA, Edson Jordão da – Aquisição e Aceitação em Garantia de Acções Próprias, Contributo para a Compreensão dos Seus Regimes, dissertação de mestrado em ciências jurídicas, Região Administrativa Especial de Macau, 2013.

SILVA, João Gomes da – Acções Próprias e interesse dos accionistas, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 60, 2000, Volume II, pp. 1221 a 1296.

SILVA, Mariana Duarte – Assistência financeira – no âmbito das sociedades comerciais, Revista de Direito das Sociedades, Ano II (2010), Número 1/2, pp. 145 a 236.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e – Manual de Processo Civil, 2.^a Edição Revista e Actualizada de acordo com o Dec-Lei 242/85, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

VASCONCELOS, Pedro Pais de – A participação social nas sociedades comerciais, Almedina, Coimbra, 2006, ISBN : 9724029808.

VELOSO, José António – Questões Hermenêuticas e de Sucessão de Leis nas Sanções do Regime Geral das Instituições de Crédito – em especial a Inibição de Direitos de Voto por Violação de Deveres de Revelar Participação Qualificadas, in Revista da Banca, Número 48, Julho/ Dezembro 1999.

VENTURA, Raúl – Auto-participação da sociedade: as acções próprias, in Revista da Ordem dos Advogados, (38), n.º 2, pp. 217 a 277 e n.º 3, pp. 429 a 478.

VENTURA, Raúl – Participações recíprocas de sociedades em sociedades, in Coleção Scientia Iuridica, Livraria Cruz-Braga, Braga, 1978.

VENTURA, Raúl – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais: Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, 1992, Livraria Almedina, Coimbra, ISBN: 972-40-0685-9.

XAVIER, Cecília – Coligação de Sociedades Comerciais, in Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 53, III, Dezembro de 1993, pp. 575 a 607.

VIDA DA FACULDADE

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(JULHO — Dezembro 2022)



Notícias dos Mestrados e Doutoramentos

Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Li Xingxing	Civil Law and Intellectual Property Law	Du Li	Discussion on legal issues and risks involved in germ cell gene editing	2022-07-04
Gong Yingjie	International Business Law	Ho Heng Man	Research on The Path Differentiation of Investor-State Dispute Settlement Mechanism Reform and China's Coping Strategy	2022-07-15
Ho Chi Wai	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Study on The Issues of Macao Criminal Investigation Competence	2022-08-08
Kou Chi Cheng	Macao Law and Practice	Leong Cheng Hang	A Study On Privacy in The Remit of The Information Age: Particularly From The Business Registration Standpoint	2022-08-08
Fan Xiaoding	Civil Law and Intellectual Property Law	Ng Kei Kei	Intent Theory, Declaration Theory, or Validation Theory? Doctrinal Basis and Case Analysis of The Art. 228° Of Macao Civil Code	2022-11-01

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Choi Lok Iong	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Jiang Chaoyang	Discussion on The Premise of Administrative Punishment—From The Perspective of Imputability of Administrative Violations	2022-11-07
Gan Kaiming	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Jiang Chaoyang	Research on Pre-Litigation Procedure of Environmental Administrative Public Interest Litigation	2022-11-07
Qian Rou	International Business Law	Li Ke	Macau’s Response to The Development and Improvement of International Tax Information Exchange System	2022-11-08
Xu Da	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Zhai Xiaobo	The Path Analysis of The Realization of The Benefits of The Creditor’s Right of Revocation	2022-11-09
Ho Chan Tong	International Business Law	Ho Heng Man	Discussion on The Institutions of Company Secretary and Supervisory Authority From The Perspective of Corporate Governance	2022-11-10
Lin Yilin	Civil Law and Intellectual Property Law	Ho Heng Man	Research on The Judgement Path of “Nominal Equity with Debt Essence” in MAINLAND CHINA	2022-11-10
Zhao Yingxin	Civil Law and Intellectual Property Law	Ho Heng Man	Research on The Legal Issues of Dynamic Pledge Under The Mode of Third-Party Supervision	2022-11-10
Zhang Chujia	Civil Law and Intellectual Property Law	Leong Cheng Hang	Reflections on The Legal Nature of “Name Sale Is Actually Guarantee”	2022-11-10



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Huilin	International Business Law	Ma Zhe	Research on The Establishment of Bankruptcy Discharge System in China: Based on The Analysis of Regulations of Shenzhen Special Economic Zone on Personal Bankruptcy	2022-11-11
Deng Kairu	International Business Law	Leong Cheng Hang	On The Necessity of Dormant Partnership System	2022-11-11
Liu Meijun	International Business Law	Ma Zhe	The Application of Limitation of Individual Insolvency Exemption in CHINA	2022-11-11
Zhu Hongting	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Kong Wa	The Constitutional Protection of Women's Right to Employment Equality-Analysis Combined with Article 25 of The Basic Law of HONG KONG and MACAO and Its Related Systems	2022-11-14
Ling Lee Celina	International Commercial Law	Tong Io Cheng	Mistake in Macau Civil Code and Its Relation with The Uncitral Rules	2022-11-14
Li Yanrong	International Business Law	Leong Cheng Hang	VIYA Case Study and The Principle of Tax Neutrality: Rationale, Distortion and Correction	2022-11-15
Tan Xiaojun	Civil Law and Intellectual Property Law	Ma Zhe	A Study on The Mechanism for Safeguarding The Status of Minors as Subjects in Civil Proceedings: Centering on The Comparison of Civil Procedure Law and Judicial Practice Between The Mainland and Macau SAR	2022-11-15



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Qiu Qiao	Civil Law and Intellectual Property Law	Ng Kei Kei	Study on The Performance of Valuation Adjustment Mechanism	2022-11-15
Ye Ziang	Civil Law and Intellectual Property Law	Ma Zhe	On Tort Damages for Pets	2022-11-15
He Jiawen	International Business Law	Li Ke	The Dilemma and Breakthrough of Chinese Enterprises in The Blocking Law System Under The Perspective of Private International Law	2022-11-16
Leong Choi Man	Civil Law and Intellectual Property Law	Shui Bing	A Preliminary Study of The Feasibility of Shared Parking Spaces Under The Macau Legal System	2022-11-16
Tam Chi Neng	International Business Law	Tong Io Cheng	The Integration of The Trust Law in The Macao Financial Legal System	2022-11-17
Zheng Lixia	Civil Law and Intellectual Property Law	Shui Bing	The Application of Change of Situation System in My Country's Judicial Practice	2022-11-17
Lin Leyun	Civil Law and Intellectual Property Law	Shui Bing	Research on Legal Issues in The Design of The Regulations of Shared-Ownership Housing	2022-11-17
Lin Wa Kit	Comparative Civil Law	Leong Cheng Hang	Constructing A "Doctrine of Three Attributes" For Macao's Civil Evidence Capacity	2022-11-17
Lam Hoi Cheng	Criminal Law and Criminal Procedural Law	Li Zhe	Online Criminal Litigation	2022-11-25

Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Ma Song Chit	Criminal Law and Criminal Procedural Law	Li Zhe	A Brief Analysis of The Conflicts in The Practice of Law No. 11/2009 “ Lei de Combate À Criminalidade Informática “ and “Criminal Procedure Code” of Macao and The Feasibility of Relevant Revision Directions	2022-11-25
Chan Sut Leng	Criminal Law and Criminal Procedural Law	Li Zhe	A Brief Analysis of Some Thoughts on Mobile Phone Forensics in Judicial Practice	2022-11-25
Lou Chon Ip	Criminal Law and Criminal Procedural Law	Kong Wa	A Study on Legal Issues Related to False Marriages	2022-11-28
Cheang Ka Io	Constitutional Law, Basic Law and Administrative Law	Iau Teng Pio	Research on Administrative Infractions System in Road Traffic in Macau Special Administrative Region	2022-12-02
Ieong Ka Chai	Comparative Criminal Law	Li Zhe	Research on The Confidentiality of Juvenile Criminal Records of Macau	2022-12-06



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional dos Negócios



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wei Lina	Leong Cheng Hang	Application of Change in Circumstances Under The Epidemic—Non-Performance of Commercial Housing Lease Contracts	2022-07-19
Lin Yanxin	Du Li	Research on Compulsory Licensing of Drug Patents	2022-07-25
Li Jiayao	Rostam J.Neuwirth	Legal Regulation of Renewable Energy Industry Subsidy Under WTO Framework	2022-07-25
Lin Jiaxin	Tu Guangjian	A Study on Chinese System of Judicial Review on Arbitration Awards	2022-11-01
Lin Zilan	Célia Filipa Ferreira Matias	The Protection of Virtual Property in Game Industry	2022-11-15
Fang Bingqian	Alexandr Svetlicinii	Merger Notification Thresholds for Internet Platforms Under China's Anti-Monopoly Law	2022-11-23
Wang Qinyi	Célia Filipa Ferreira Matias	The Impact of Artificial Intelligence on Legal Justice	2022-11-23
Noronha Ildia Sofia	Du Li	Personal Information Protection: Before and During COVID-19	2022-12-13

Curso de Mestrado em Ciências em Língua Inglesa — Ciências de Dados



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Yang Yixiao	Du Li	A Study on The Impact of China's Personal Information Protection Law on Business Marketing Strategies in The Context of Big Data	2022-11-01
Yang Kaicheng	Du Li	The Development and Differences of Compliance Challenges Brought by Smart Healthcare to ZHUHAI and MACAU	2022-11-01
Cheong Hio Cheng	Du Li	Defendant Gender and Sentencing Correlation in Different Types of Crimes - Data from Chinese Judgment Documents	2022-11-01
Lam Pui Ting	Du Li	Legal Research of Personal Information Protection Under The Realm of Credit Investigation in Big Data ERA	2022-11-01
Zhuang Cheng	Du Li	Personal Privacy Protection Based on Personalized Recommendations for Internet Short Video Applications	2022-11-01
Lei Hoi Wai	Du Li	Open Government Data (OGD) in Macau: Analysis of Potential Legal Issues	2022-11-01
Hu Zijian	Du Li	Research on Legal Compliance Issues Based on Neuralink's Autonomous Surgical Robot	2022-11-01
Tou Ka Him	Du Li	Legal Analysis of Intelligent Transportation in Emergency	2022-11-05



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia, Internacional e Direito Comparado



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wang Jiamiao	Muruga Perumal Ramaswamy	The Study on The Protection of Women's Rights Under The Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Its Implementation and Improvement in CHINA	2022-11-21

Curso de Doutorado em Língua Chinesa



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Feng Ruohan	Hsiao I-Hsuan	Research on The Special Regulation of Personal Medical and Health Information Utilization – from The Perspective of “Personal Information Protection Law”	2022-07-06
Xu Liting	Wang Chao	Study on The Definition and Basic Operational Framework of Administrative Procuratorial Work with Chinese Characteristics – From The Perspective of Procuratorial Power	2022-07-26

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Qi	Fan Jianhong	A Comparative Study About The Basis of Rights to Claim Damages of Consumer in The Anti-Unfair Competition Law Between CHINA and GERMANY	2022-09-14
Zha Mengsheng	Tu Guangjian	Research on Government Regulations of New Media Advertising in The UNITED STATES	2022-11-22

Curso de Doutorado em Língua Inglesa



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Ao Chi Tan	Jiang Chaoyang	Research on The Compliance and Implementation of Multilateral Environmental Agreements in MACAO – Exploring The Mechanism and Legislation in The Light of “One Country, Two Systems”	2022-07-11
Liu Sijia	Du Li	Alternative Medical Dispute Resolution Mechanism in CHINA	2022-07-20

ACTIVIDADES DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS



Publicações

Boletim

- Boletim da Faculdade de Direito Número N.º 49, em Língua Portuguesa

Textos Jurídicos

- Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume II, Casamento, União de facto
Autor: Manuel Trigo
Publicado em 2021, 1.ª Reimpressão
Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Portuguesa
- Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume I, Introdução, Relações familiares, Filiação, Adopção
Autor: Manuel Trigo
Publicado em 2022, 1.ª Reimpressão
Faculdade de Direito da Universidade de Macau, em Língua Chinesa

Colecção de Clássicos Jurídicos de Língua Portuguesa

- Direito das Sucessões
Autor: Francisco Manuel Pereira Coelho
Tradutor: Chou Kam Chon
Publicado em 2022
Social Sciences Academic Press (China), em Língua Chinesa
- Direito Constitucional e Teoria da Constituição
Autor: José Joaquim Gomes Canotilho
Tradutores: Sun Tongpeng, Li Hanlin, Jiang Yiwa, et al.
Publicado em 2022
Social Sciences Academic Press (China), em Língua Chinesa

ATIVIDADES DO INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS



- 23/09/2022 - Seminar: The Concept and Value of Apology
Speaker: Prof. Zhai Ziaobo
- 21/10/2022 - Understanding Digital Minimalism
Speaker: Prof. Yu Xingzhong
- 07/11/2022 - Should We Shoot the Messenger After All? The
Emerging EU Regulation of Online Platforms
Speaker: Prof. Sara Migliorini
- 18/11/2022 - Seminar: Jean Monnet Seminar – ‘The EU’s Proposal for
a Carbon Border Adjustment Mechanism: A Necessary
or Flawed Toll in Combating Climate Change?’
Speaker: Prof. Sten Verhoeven
- 23/11/2022- Seminar: Zhang Taiyan’s Legal and Political Thought
in the Late Qing Dynasty
Speaker: Prof. Lin Shaoyang
- 02/12/2022 - UNCITRAL RCAP – UM Joint Conference 2022
‘The Renewed Role of Legal Harmonization in the
Post – Pandemic Recovery of International Trade and
Commerce’

