



BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

A N O XX • N° 40 • 2016

法 律 學 院 學 報



MACAU • 2016

UNIVERSIDADE DE MACAU



ISSN 0873-9854

40

40 

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報



PERIODICIDADE
Semestral

NÚMERO 40, ANO XX, 2016

DIRECTOR
Tong Io Cheng

SUBDIRECTORES
Augusto Teixeira Garcia e
Wei Dan

DIRECTOR EXECUTIVO
Manuel M. E. Trigo

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

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

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

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

COLABORADORES NO PRESENTE NÚMERO
Antonio Pinto Monteiro, Chu Lam Lam, Crisália Soares de Freitas, Fernando Alves Correia,
Jerry I-H Hsiao, João António Valente Torrão, Júlio Miguel dos Anjos, Lu Songxin,
Paulo Canelas de Castro, Rui Amaral, Rui Cardinal Carvalho, Sat Kat I e Wang Wei

PROPRIEDADE
Universidade de Macau

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

PAGINAÇÃO E IMPRESSÃO
Jimmy Label Co.

TIRAGEM
500 exemplares

ISSN n.º 0873-9854

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

ÍNDICE

Nota de Abertura	13
Estatuto Editorial	15

DOCTRINA

A tutela dos direitos de personalidade das pessoas colectivas e a recusa de compensação por danos não patrimoniais

<i>António Pinto Monteiro</i>	19
-------------------------------------	----

Direito fundamental à segurança e Direito do Urbanismo

<i>Fernando Alves Correia</i>	33
-------------------------------------	----

A audiência dos interessados no procedimento administrativo da RAEM

<i>João António Valente Torrão</i>	53
--	----

Ex-post cariou: the development of copyright fair use and its implications on character merchandising

<i>Jerry I-H Hsiao</i>	125
------------------------------	-----

LIÇÕES

The human right to water: another building block in the International Water Law edifice

<i>Paulo Canelas de Castro</i>	153
--------------------------------------	-----

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

Do direito à imagem e à palavra – alguns aspectos de regime no contexto contemporâneo

<i>Júlio Miguel dos Anjos</i>	193
-------------------------------------	-----

The CEPA and the Guangdong FTZ: a critical outlook

<i>Sat Kat I</i>	227
------------------------	-----

Estudo sobre a questão da cobrança em Taiwan de dívidas derivadas do jogo na RAEM

<i>Lu Songxin</i>	245
-------------------------	-----

Sobre a obrigação de não concorrência nos negócios de transmissão de empresa <i>Rui Cardinal Carvalho</i>	257
--	-----

VÁRIA

Recepção e evolução da União de Facto em Macau <i>Wang Wei</i>	289
---	-----

A exequibilidade do escrito particular <i>Chu Lam Lam</i>	309
--	-----

Inversão do ónus da prova - a relação entre o médico e os doentes <i>Rui Amaral</i>	321
--	-----

Acesso aos cuidados de saúde na RAEM: o programa de participação nos cuidados de saúde <i>Crisália Soares de Freitas</i>	333
---	-----

VIDA DA FACULDADE

Notícia dos Mestrados.....	355
----------------------------	-----

Actividades da Faculdade de Direito da Universidade de Macau	368
--	-----

Publicações.....	381
------------------	-----

NOTA DE ABERTURA



O Boletim que agora se publica correspondente ao segundo semestre de 2016.

Retoma a estrutura habitual, Doutrina, Lições, Estudos de Pós-graduação, *Vária e Vida da Faculdade*, agora respeitante ao mesmo ano de 2016.

Na Doutrina e nas Lições incluem-se temas variados, de sempre, neste caso a tutela dos direitos de personalidade das pessoas colectivas e a recusa da compensação por danos não patrimoniais. De sempre e de agora, como o direito fundamental à segurança e o direito do urbanismo. Ou ainda da audiência dos interessados no procedimento administrativo e do desenvolvimento do uso justo dos direitos de autor e o comércio, o direito humano à água, e ainda o ambiente e o urbanismo.

Variados são também os temas dos estudos de pós-graduação, dos direitos fundamentais, em particular do direito à imagem e à palavra, ao direito das obrigações, respeitando às dívidas de jogo e à sua cobrança inter-regional, bem assim à obrigação de não concorrência nos negócios de transmissão de empresa, ou às relações económicas e comerciais na região do Sul da China.

Já a secção da *Vária*, por natureza o seria, com temas que incluem a união de facto, a exequibilidade do escrito particular, e como temas finais, estes próximos entre si, a inversão do ónus da prova na relação entre o médico e o doente e o acesso aos cuidados de saúde.

Havendo uma abordagem dos assuntos na perspectiva do direito interno e regional, não deixam de ser abordados temas de direito internacional e numa perspectiva comparada, o que será motivo de interesse especial, bem assim pela sua actualidade, quer pela sua relação com as mais recentes medidas administrativas em matéria de saúde, ou com as medidas legislativas em matéria de segurança, ou da intervenção judicial no âmbito da tutela dos direitos de personalidade.

Agradecidos aos Autores e Tradutores, e a todos os Colaboradores neste número, que seja de leitura esclarecedora e inspiradora.

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

ESTATUTO EDITORIAL

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU



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

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

Adopta-se uma estrutura flexível, que poderá incluir doutrina, lições, estudos jurídicos, assuntos vários e a vida da faculdade, admitindo-se, em continuidade, a publicação de números temáticos ou de estudos.

Pelo Boletim da Faculdade de Direito visa-se privilegiadamente dar expressão aos estudos académicos, fruto da actividade docente e de investigação, bem assim como à divulgação das comunicações apresentadas em encontros, seminários ou conferências com a participação da Faculdade de Direito. O Boletim está aberto à participação exterior e poderá inserir outros estudos, convidando à participação a comunidade jurídica.

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

O Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau pretende contribuir para dar continuidade ao Direito de Macau, ser expressão da dinâmica da sua comunidade jurídica em geral e, em particular, da comunidade académica, e propõe-se ser um instrumento de afirmação e consolidação dos estudos e investigação jurídica em Macau.

DOCTRINA

A TUTELA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DAS PESSOAS COLECTIVAS E A RECUSA DE COMPENSAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS

António Pinto Monteiro

Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal
Professor Adjunto Convidado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: O artigo começa por tratar do problema de saber se as pessoas colectivas têm direitos de personalidade e, em caso afirmativo, apurar de que modo são esses direitos protegidos. A esse respeito, surge a questão de saber se poderão as pessoas colectivas ter direito a uma indemnização/compensação por danos não patrimoniais. Damos conta das posições divergentes, na doutrina e na jurisprudência, a tal propósito. A nossa posição é contrária a essa compensação, podendo, no entanto, as pessoas colectivas reclamar uma indemnização por danos patrimoniais e recorrer às “providências adequadas às circunstâncias do caso” (art. 67º, nº 3, do Código Civil de Macau).

Palavras-chave: Pessoas colectivas; direitos de personalidade; danos não patrimoniais.

1. Tópicos de apoio a uma conferência

I – A convite do Director do Centro de Formação Jurídica e Judiciária da

Região Administrativa Especial de Macau, Professor Manuel Trigo, proferimos em Macau, em 11 de Março de 2016, uma conferência sobre o tema que agora aqui trazemos. Efectivamente, instados a publicar um texto que trouxesse agora ao Leitor as posições que expusemos na conferência que então proferimos, vamos servir-nos dos tópicos que utilizámos em apoio da nossa exposição oral para a redacção do presente trabalho.

Daí que este texto constitua, no essencial, um desenvolvimento dos tópicos que nos serviram de apoio à conferência. Vai mais longe, é certo, do que a “secura” do sumário que disponibilizámos, na ocasião, aos participantes na conferência, embora não vá tão longe quanto desejaríamos se a escassez do tempo nos facultasse outra alternativa! Entre o tudo e o nada, optámos por este meio termo... *in medius virtus est?* Oxalá!

II – No essencial, o problema que então debatemos e que agora aqui apresentamos é o de saber *se as pessoas colectivas têm direito a uma compensação por danos não patrimoniais*. Trata-se de uma questão que tem dividido a doutrina e a jurisprudência, designadamente em Portugal, no Brasil e em Macau. Daremos conta disso.

Daí que devamos começar por recordar o que são *danos não patrimoniais* e qual a *finalidade e razão de ser* da sua *indemnização/compensação*.

Põe-se então o problema de saber se as *personas colectivas* poderão aspirar a tal compensação. É nesse contexto que indagaremos se estas têm *direitos de personalidade* e, em caso afirmativo, se *entre os meios de tutela* destes direitos se inclui a compensação por tal tipo de danos. É um passo que damos a fim de desfazer as *confusões* com que muitas vezes se depara e que levam a uma posição *errada* no tocante ao problema da indemnização por danos não patrimoniais das *personas colectivas*.

2. Noção

Como se sabe, apelidam-se de *não patrimoniais* os danos que não são susceptíveis de uma avaliação pecuniária, em dinheiro¹.

Pode o bem ou interesse lesado *não ter natureza patrimonial*, como sucede com a integridade física, com a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e reputação – e, apesar disso, da lesão resultarem *danos patrimoniais*. É o que pode acontecer, por exemplo, caso ocorra uma ofensa ao bom nome e reputação

1 Cfr. o nosso *Sobre a reparação dos danos morais*, Separata da “Revista Portuguesa do Dano Corporal”, 1º ano, nº 1, Coimbra, Setembro de 1992, pp. 17, ss.

de um médico, advogado ou engenheiro: embora o bem lesado, em si mesmo, careça de valor pecuniário, a ofensa traduzir-se-á, frequentemente, num prejuízo pecuniário, expresso numa diminuição das receitas provenientes do exercício da actividade profissional respectiva (perda de clientela).

Inversamente, pode tratar-se da violação de um *bem patrimonial* – e, ainda assim, da lesão resultarem (também) *danos não patrimoniais*. Imagine-se que alguém destrói determinado objecto, com o qual o seu proprietário tinha uma forte e justificada relação afectiva (por ter pertencido a um antepassado ou ao cônjuge entretanto falecido, etc). Não é de excluir que, numa situação deste tipo, para lá do dano patrimonial (valor ou preço do objecto destruído), ocorram danos não patrimoniais merecedores de tutela jurídica (por exemplo, grave transtorno ou abalo emocional causado pela destruição desse bem).

Acabamos de referir uma hipótese de violação de *bens patrimoniais* de que poderão resultar *danos de uma e de outra natureza*. Mas o resultado é (ou pode ser) o mesmo, caso a lesão se reporte a *bens ou interesses não patrimoniais*. Haja em vista, no primeiro exemplo dado, que a ofensa à honra, ou ao bom nome e reputação do médico, advogado ou engenheiro (bem não patrimonial), além do prejuízo *patrimonial* que pode acarretar (diminuição de receitas derivadas da perda de clientela), causará também, muitas vezes, danos de ordem *não patrimonial*, resultantes, por exemplo, dos vexames e da desconsideração social a que essa ofensa deu lugar.

Haverá assim que concluir, por conseguinte, que o facto ilícito, traduzido na lesão de bens patrimoniais ou não patrimoniais, pode causar danos de uma e de outra natureza. E uma outra ilacção se extrai, muito importante: o que conta, no que diz respeito à indemnização dos danos não patrimoniais, é a natureza (não patrimonial) do próprio *dano* – não a natureza do *bem* ou *interesse* lesado.

3. “Danos morais”

Posto isto, um outro esclarecimento prévio se justifica. Temos falado de *dano não patrimonial*, expressão que também a lei utiliza, sendo certo, no entanto, que, tradicionalmente, se fala de “*dano moral*”. Daí a pergunta: haverá perfeita equivalência entre as expressões “dano moral” e “dano não patrimonial”?

A expressão dano moral tem por si a tradição e, ainda hoje, a simpatia de alguma doutrina (francesa, sobretudo). Mas é uma designação menos rigorosa. Vejamos porquê.

Aludimos acima a alguns bens ou interesses não patrimoniais de cuja ofensa podem resultar danos patrimoniais e/ou não patrimoniais. Indicámos, a título exemplificativo, como dano patrimonial, a perda de clientela causada pela

ofensa ao bom nome e reputação; e, como dano não patrimonial, os vexames e a desconsideração social resultantes da mesma ofensa.

Admitamos, agora, que alguém sofre um acidente de viação. Para lá dos danos patrimoniais (reparação da viatura, despesas de tratamento médico, enquanto danos emergentes, além dos lucros cessantes, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da inactividade a que durante algum tempo se viu sujeito), há a considerar, ainda, outro tipo de danos, não mensuráveis em dinheiro, mas que a vítima efectivamente sofreu: as dores, o sofrimento físico, a angústia, etc.

Ora, se confrontarmos estes últimos danos com os do parágrafo anterior, observamos que eles têm uma característica comum: uns e outros se mostram *insusceptíveis de uma avaliação pecuniária*, sendo, portanto, danos não patrimoniais. Mas só os primeiros (“in casu”, os vexames e a desconsideração social), resultantes da *ofensa a bens ou valores de ordem moral* (como a honra, o bom nome e reputação), se podem considerar, em rigor, como *danos morais* propriamente ditos. A mesma preocupação de rigor leva a que *não possam* ser incluídos na categoria dos danos morais, em sentido próprio, os sofrimentos físicos, os danos estéticos, etc.

O que nos leva a concluir, em suma, que a expressão danos não patrimoniais é *mais rigorosa* do que a expressão danos morais: por um lado, porque a primeira é *mais abrangente* do que a segunda; por outro lado, porque ela faz *avultar* a característica *essencial* deste tipo de danos (ou seja, repete-se, a circunstância de serem danos insusceptíveis de uma avaliação em dinheiro); finalmente, porque é esta característica, *comum* a uma categoria (sob outros ângulos) heterogénea de danos, que suscita o problema jurídico fundamental da sua reparação.

4. Finalidade e razão de ser

I - Falamos de problema jurídico, a propósito da reparação dos danos não patrimoniais, porque se trata, efectivamente, de um problema. Por várias razões.

Em primeiro lugar, é a própria natureza dos danos não patrimoniais a depor contra a tese da sua ressarcibilidade: como poderá indemnizar-se, através de uma quantia em dinheiro, um dano que, por definição, não é susceptível de ser avaliado em dinheiro?

O que leva a uma segunda objecção: como poderá calcular-se o “quantum” necessário a tal reparação?

Estes reparos coenvolvem uma outra dificuldade: será que o dinheiro consegue apagar as dores, o sofrimento físico, os vexames e inibições sofridos pela vítima? A resposta negativa a esta questão não implicará, precisamente, que

estes danos não são susceptíveis de ser indemnizados, porque o dinheiro não é capaz de afastar ou remover o dano?

Por último, não parecerá imoral exigir uma quantia pecuniária para ressarcir uma dor ou sofrimento, de ordem física ou psíquica? Não repugnará à consciência ético-jurídica o enriquecimento da vítima, a pretexto de uma dor ou transtorno que, em todo o caso, o dinheiro não afastará?

II – Eis, em termos breves, alguns dos argumentos em que se alicerça a tese contrária à reparação dos danos não patrimoniais, hoje superada. Mas de todas estas objecções resulta uma advertência especial, que o legislador teve em conta ao reconhecer ao lesado o direito a esta indemnização: só é de atender aos danos não patrimoniais que, pela sua *gravidade*, mereçam a tutela do direito².

Quanto às razões que militam contra a reparação de tais danos, não se afigura que elas sejam decisivas.

Relativamente às dificuldades práticas em calcular o montante da compensação devida ao lesado, elas não são privativas deste tipo de danos. Também o dano patrimonial, sobretudo o lucro cessante, suscita, muitas vezes, especiais dificuldades de quantificação, sem que isso haja conduzido a negar a sua ressarcibilidade.

No tocante à objecção assente na natureza dos danos não patrimoniais, incompatível com a ideia da indemnização, ela só parcialmente procede. Com efeito, tais danos não serão susceptíveis, em rigor, de ser indemnizados. Mas podem ser *compensados*. Evidentemente que a dor não tem preço (não se trata, por isso, de atribuir ao lesado um “preço da dor”, um “*pecunia doloris*” ou, na terminologia alemã, um “*Schmerzensgeld*”), nem o dinheiro tem a virtualidade de a apagar; mas pode essa dor ser *contrabalançada*, mediante uma soma capaz de proporcionar prazeres ou satisfações à vítima, que de algum modo *atenuem* ou, em todo o caso, *compensem* esse dano.

A reparação dos danos não patrimoniais justifica-se, pois, mais do que pela ideia de indemnização, em sentido próprio, antes pela de *compensação*: o dinheiro não remove o dano, mas proporciona uma *satisfação* ao lesado, susceptível de o *compensar*. E entre os interesses que o dinheiro permite satisfazer incluem-se, indubitavelmente, interesses de vária ordem, mesmo de ordem espiritual ou ideal.

Esta última observação, relativa à natureza dos interesses que a atribuição

2 Cfr., por ex., MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pp. 599, ss, VAZ SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, no BMJ nº 83, pp. 69, ss, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pp. 602, ss., e, em Macau, MANUEL TRIGO, *Lições de Direito das Obrigações*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2014, pp. 286, ss.

de uma soma ao lesado lhe permite satisfazer, constitui, desde logo, um argumento com que se pode retorquir à alegada concepção materialista da vida em que se alicerçaria a tese da reparação dos “danos morais”. Acresce, em qualquer caso, que mais “imoral” se afigura a posição que pretende negar essa reparação, invocando, para tanto, a natureza não patrimonial dos danos. Essa atitude levaria a que a vítima sofresse definitivamente o dano, sem qualquer reparação ou compensação, o que só redundaria em benefício do lesante, o qual, além do mais, não suportaria *custo* algum por esse dano por si causado.

Significa o que acaba de ser dito que parece efectivamente de toda a justiça fazer recair sobre o lesante o “custo” do dano não patrimonial sofrido pela vítima. Além da compensação do dano, através da soma de dinheiro que o lesado recebe, essa prestação pecuniária, a cargo do lesante, acaba por constituir, simultaneamente, uma *sanção* pelo dano provocado.

E se este último aspecto não é novo, a verdade é que convirá salientar, para concluir este ponto, que vem crescendo, na actualidade (sobretudo na doutrina italiana), o número dos que entendem que a compensação dos danos não patrimoniais se deve configurar como uma medida mais punitiva do que reparatória, assumindo mesmo, na tese de alguns autores, a natureza de pena privada: isto, numa palavra, porque se trata de uma soma a conceder à vítima (não ao Estado), cuja determinante essencial seria o castigo ou punição do agente, se bem que pela via do direito privado, e não pela do direito penal. “Pena” esta que se justificaria especialmente no domínio e para tutela dos direitos de personalidade³.

5. Pessoas colectivas

I – Falta tratar agora da questão central a que nos propusemos: a de saber *se as pessoas colectivas poderão ter direito à indemnização por danos não patrimoniais*.

A lei é omissa a este respeito. O titular do direito à indemnização é o lesado, a vítima que sofre os danos. Mas o lesado tanto pode ser uma *pessoa singular*, isto é, uma pessoa humana, como uma *pessoa colectiva*, isto é, uma pessoa jurídica. Neste último caso, pode a pessoa jurídica que tiver sofrido danos pedir a correspondente *indemnização*, nos termos gerais, fixados nos arts. 556º e ss. do Código Civil de Macau.

Ora, não há dúvida de que a pessoa colectiva pode sofrer *danos patrimoniais*,

3 Cfr. *Le pene private*, sob a direcção de F.D. BUSNELLIE de G. SCALFI, Milano, 1985, *passim*, e o nosso *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990 (2ª reimpressão, 2014), pp. 655, ss, e 659, ss, notas 1526, 1536 e 1537.

sejam de índole contratual, sejam de índole extracontratual. No primeiro caso, não se suscitam dificuldades, pois facilmente se compreende que do não cumprimento de um qualquer contrato possam resultar danos patrimoniais para uma associação, fundação ou sociedade. Também no segundo caso não haverá problemas quando o pedido de indemnização se funde na violação de um direito de propriedade sobre um bem da pessoa colectiva. Mas já poderá haver hesitações quando se trate de indemnizá-la, em sede extracontratual, pela lesão de direitos de personalidade.

Este é um *primeiro problema* a tratar, ou talvez apenas um dos *aspectos* a tratar no âmbito do problema de saber se as pessoas colectivas podem sofrer danos não patrimoniais: *têm as pessoas jurídicas direitos de personalidade?*

Dizemos que este último é um dos *aspectos* do problema mais geral de saber se as pessoas colectivas podem aspirar a ser indemnizadas por danos não patrimoniais porque há quem *confunda* as questões e, ao tomar partido *a favor* dos direitos de personalidade das pessoas colectivas, *conclua*, de imediato, *ipso facto*, que da lesão destes direitos resultam *necessariamente* danos não patrimoniais, pelo que as pessoas jurídicas poderiam exigir a correspondente indemnização quando fosse lesado algum direito seu de personalidade.

Há, portanto, em primeiro lugar, que desfazer este *equivoco* e, uma vez ultrapassado, retomar o discurso relativamente aos danos não patrimoniais. Ou seja, podendo as pessoas colectivas sofrer danos patrimoniais, tanto em sede contratual como em sede extracontratual e aí incluídos os danos resultantes da lesão de direitos de personalidade, poderão elas sofrer (também) danos não patrimoniais?

II – Como dissemos, a lei é omissa a tal respeito. Os preceitos que o Código Civil de Macau dedica às pessoas jurídicas (arts. 140º e ss, sobre as “pessoas colectivas”, na terminologia legal) não tratam disso, aplicando-se o regime geral (embora haja uma norma, o art. 144º, que nos ajudará a encontrar a solução, como veremos mais à frente). Ora, os arts. 556º e ss, sobre a obrigação de indemnização, não particularizam nenhum regime especial para as pessoas jurídicas. E o art. 489º, que trata dos danos não patrimoniais, também nada diz quanto à natureza (singular ou colectiva) que deve revestir o titular do direito à reparação por tais danos. Dir-se-ia, assim, que não há impedimento, de ordem legal, a que possa ser atribuída às pessoas jurídicas a indemnização por danos não patrimoniais. Nesta linha, seria até de acrescentar que o art. 73º, nº 1, oferece um importante ponto de apoio, pois *não identifica nem limita os danos* por que responde quem ofender a honra, o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa. Daí poder dizer-se que o lesante responde *por quaisquer danos*, patrimoniais ou não patrimoniais, causados a qualquer pessoa, singular ou colectiva.

Quanto à *jurisprudência*, ela encontra-se dividida. Há decisões que

recusam atribuir às pessoas jurídicas – “maxime” às sociedades comerciais – a indemnização por danos não patrimoniais, por se entender que da ofensa ao seu bom nome e reputação apenas poderá resultar “um *dano patrimonial indirecto*, isto é, o reflexo negativo que, na respectiva potencialidade de lucro, opera aquela ofensa”⁴; mas há outras decisões que, pelo contrário, *concedem* às pessoas jurídicas a indemnização por danos não patrimoniais, normalmente com base na *tutela dos direitos de personalidade* de que gozam⁵.

No Brasil, a Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça, incorrendo no mesmo *equivoco*, diz expressamente: “As pessoas jurídicas podem sofrer danos morais”.

Perante o problema, *quid iuris*?

5.1. Direitos de personalidade das pessoas colectivas

I – Começamos por analisar o problema de saber se as pessoas jurídicas terão *direitos de personalidade*, uma vez que há quem, na doutrina e na jurisprudência, como vimos, retire da resposta afirmativa a esta pergunta a conclusão de que, *por isso mesmo*, as pessoas colectivas poderão sofrer danos não patrimoniais em consequência da lesão a direitos de personalidade.

Como se sabe, as pessoas colectivas são organizações constituídas por uma colectividade de pessoas ou por uma massa de bens, dirigidas à realização de interesses comuns ou colectivos, a que a ordem jurídica atribui personalidade jurídica⁶.

Ao contrário das pessoas singulares (pessoas humanas), em que *a personalidade jurídica é a projecção no Direito da personalidade humana*, sendo aquela, por isso, tão *ilimitada* quanto esta o exige, já a personalidade jurídica das pessoas colectivas tem um carácter *instrumental*, enquanto *mecanismo técnico-jurídico* de que a ordem jurídica se serve para melhor realizar aqueles interesses comuns ou colectivos, normalmente de carácter duradouro.

Precisamente por isso é que a Constituição da República Portuguesa, traduzindo esta ideia, preceitua que “as pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza” (art. 12º, nº 2) –

4 Cfr., por ex., em Portugal, o Acórdão do STJ de 9 de Junho de 2005, Revista nº 1616/05, 7ª Secção (Relator: Araújo Barros) e, em Macau, o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância de 23 de Julho de 2015 (Relator: Lai Kin Hong).

5 Cfr., por ex., o Acórdão do STJ de 9 de Dezembro de 2004, Revista nº 3749/04, 2ª Secção (Relator: Ferreira de Almeida) e, em Macau, o Acórdão do Tribunal de Última Instância de 27 de Janeiro de 2010 (Relator: Chu Kin).

6 Por todos, pode ver-se CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, pp. 269, ss.

atente-se bem, “*compatíveis com a sua natureza*”.

Daí o conhecido *princípio da especialidade do fim*, consagrado no nº 1 do art.144º do Código Civil de Macau, tal como no art. 160º do Código Civil português, que *limita* a capacidade de gozo das pessoas colectivas, pois a capacidade jurídica destas não deve ir além do que for necessário (ou conveniente, na expressão permissiva da lei) para a prossecução dos fins que justificaram a atribuição da personalidade jurídica.

Ora, justamente por tudo isso, pode efectivamente perguntar-se se as pessoas colectivas poderão gozar de *direitos de personalidade*.

Estes foram sem dúvida pensados para as pessoas singulares, para as pessoas humanas. No tocante ao direito *geral* de personalidade, ele está indissolivelmente ligado à pessoa humana, naquilo que ela é e no seu devir histórico.

Mas há quem vá mais longe e entenda que *todos* os direitos de personalidade estão indissolivelmente ligados à dignidade humana e são, por isso, inseparáveis das pessoas singulares, das pessoas humanas, rejeitando, conseqüentemente, que às pessoas colectivas, às pessoas jurídicas, possam ser reconhecidos direitos de personalidade. Quando muito, acrescenta-se, *só por analogia*, caso a caso, poderá aplicar-se às pessoas colectivas o *regime jurídico* dos direitos de personalidade⁷.

Vem prevalecendo, todavia, na doutrina e na jurisprudência, a opinião segundo a qual também as pessoas jurídicas podem gozar de alguns direitos de personalidade. É o caso, desde logo, do direito à honra, ao bom nome e reputação, tutelado por lei, como já vimos (art. 73º).

De todo o modo, haverá sempre que apurar, *caso a caso*, quais os direitos *adequados* às pessoas jurídicas – quais os direitos e deveres que são “*compatíveis com a sua natureza*”, no dizer da Constituição portuguesa –, assim como quais os *limites e adaptações* exigíveis, por força da natureza meramente *instrumental* da personalidade jurídica atribuída a estes entes (recorde-se, igualmente, o *princípio da especialidade do fim*).

II – Ora, aqui chegados, mesmo aceitando, como é o nosso caso, que as pessoas colectivas têm (alguns) direitos de personalidade, como os direitos à honra, ao bom nome, imagem social e reputação, há que desfazer uma *confusão* com que muitas vezes se depara, designadamente na jurisprudência: essa confusão, como dissemos atrás, é a de se partir da atribuição de direitos de personalidade às

7 Neste sentido, por ex., JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, in “Revista da Ordem dos Advogados”, ano 68, I, Lisboa, 2008, pp. 97, ss, p. 101, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, p. 123, e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Danos societários e governação das sociedades (corporate governance)*, in “Cadernos de Direito Privado, Número Especial 02”, Dezembro de 2012 (pp. 31, ss), p. 44.

peças *colectivas para se aceitar, de imediato, o direito à reparação por danos não patrimoniais por uma eventual lesão de algum desses direitos*. Dir-se-ia, nesta linha de pensamento – que não é a nossa! –, que uma lesão do *património moral* causaria *danos morais ou não patrimoniais*. Mas não pode ser assim!

É que, como vimos atrás, uma coisa é o *dano* e outra é o *direito* lesado – o que conta, no que toca à indemnização por danos não patrimoniais, é a natureza (não patrimonial) do próprio *dano* e não a natureza do *bem* ou *interesse* lesado.

Nada obsta a que uma pessoa jurídica possa ser indemnizada por ofensa, por exemplo, ao seu bom nome e reputação, desde que prove ter sofrido *danos patrimoniais*. E isso acontecerá frequentemente devido à perda de clientela ou de fornecedores, a custos publicitários acrescidos, a prémios de seguros agravados, etc. É o tal *dano patrimonial indirecto*, de que fala alguma jurisprudência portuguesa e de Macau, traduzido no *reflexo negativo* que aquela ofensa provocará na *potencialidade de lucro* da sociedade comercial.

Isso sim, sem dúvida. A pessoa colectiva tem direitos de personalidade, nos termos referidos, e da ofensa a algum desses direitos podem resultar danos para ela – *mas só danos patrimoniais*, pela perda de receitas ou de outras vantagens de que usufruía ou viria a usufruir, ou pelos custos acrescidos que passa a ter de suportar, etc. *Já não*, porém, danos *não patrimoniais*, por nos parecer que a reparação de tais danos *pressupõe a personalidade humana*.

5.2. “Danos institucionais”?

Alguma doutrina (principalmente no Brasil, na esteira de Gustavo Tepedino e de Maria Celina Bodin de Moraes)⁸ distingue, dentro das pessoas jurídicas, entre as sociedades comerciais, cujo escopo é o lucro, e as pessoas jurídicas de fim desinteressado ou altruístico, como as pequenas associações de índole cultural ou filantrópica. Para os defensores desta distinção, só as primeiras é que poderiam provar ter sofrido danos patrimoniais em consequência da ofensa de direitos de personalidade, por só elas poderem ser afectadas na sua capacidade de gerar lucros; já as segundas, pelo contrário, não prosseguindo o lucro, só poderiam ser indemnizadas por danos não patrimoniais, aqui chamados de danos *institucionais*.

Mas não nos parece que deva fazer-se esta distinção. Desde logo, também as pessoas colectivas que não prosseguem finalidades lucrativas *podem sofrer danos patrimoniais* por ofensa de direitos de personalidade: por exemplo, perda de associados, com a consequente perda de receitas da associação; perda de eventuais

8 Cfr. GUSTAVO TEPEDINO, *A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, pp. XXVI, ss, e MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2007.

subsídios, patrocínios ou apoios, públicos ou privados, de que viesse beneficiando; custos acrescidos que passa a ter de suportar, publicitários ou outros, etc.

Por outro lado, a razão de ser da não ressarcibilidade dos danos não patrimoniais das pessoas jurídicas é a mesma, num caso e no outro: *a susceptibilidade de reparação por danos não patrimoniais, através de uma quantia pecuniária, pressupõe a personalidade humana.*

5.3. A nossa posição

I – Efectivamente, a meu ver, é a própria *razão de ser e finalidade* da indemnização por danos não patrimoniais que justificam esta posição.

Em síntese, como dissemos acima, estes danos (uma dor, uma angústia, um vexame ...) não são susceptíveis de ser avaliados em dinheiro. Neste caso, tratando-se de danos desta natureza, o dinheiro que o tribunal atribui ao lesado não visa, em rigor, indemnizá-lo, isto é, torná-lo indemne, sem dano, antes visa *compensar* o lesado: compensa-se uma dor, um sofrimento, um vexame, com uma alegria ou satisfação a proporcionar ao lesado através de uma soma em dinheiro; este permitir-lhe-á satisfazer interesses de vária ordem, até de ordem espiritual ou ideal, que poderão *contrabalançar* aquelas dores ou sofrimentos.

Ora, tudo isto *só faz sentido* para as pessoas humanas – não para as pessoas colectivas. A própria índole do dano não patrimonial pressupõe que a vítima possa sofrer, ter dores, ter sentimentos e emoções; e o dinheiro com que se visa compensar esse dano pressupõe, igualmente, esses sentimentos, ou seja, em termos simples, pressupõe a capacidade de chorar e de rir! O que é privativo das *pessoas humanas*. Em suma, só estas podem *sofrer* danos não patrimoniais e só estas podem ser *compensadas* através de quantias pecuniárias.

Mas esta é também a posição que mais se adequa ao *princípio da especialidade do fim* das pessoas jurídicas.

Dissemos já que a capacidade jurídica das pessoas colectivas está *limitada* por este princípio: ao contrário das pessoas humanas, cuja capacidade jurídica é tão ampla e ilimitada quanto o exige o respeito da personalidade humana, com as pessoas colectivas já não é assim, pois a personalidade jurídica destas tem um carácter meramente *instrumental*, enquanto *mecanismo técnico-jurídico* de que a ordem jurídica se serve para melhor realização de interesses comuns ou colectivos; daí as *limitações* que a lei lhes impõe, designadamente através do princípio da especialidade do fim.

Este último ponto permite-nos acrescentar que não se pode nem se devem colocar as pessoas jurídicas *no mesmo plano* das pessoas humanas. Não só a lei civil, mas a própria Constituição da República Portuguesa, recorde-se, determina que as pessoas jurídicas gozam – *mas só gozam* – dos direitos que

forem “compatíveis com a sua natureza”.

Ora, parece-nos que a reparação pecuniária por danos não patrimoniais *não se adequa à natureza das pessoas colectivas*. Não se pode pretender para estas a concessão dos *mesmos* direitos de que gozam os seres humanos: é a própria *dignidade da pessoa humana* a reclamar *diferenciações*⁹.

II – É claro que isso não significa que o *acto ilícito* cometido contra uma pessoa jurídica fique sem *reação*. De modo algum! Se for violado, por ex., o direito *ao bom nome e reputação* de uma sociedade comercial ou de uma associação filantrópica, qualquer delas pode pedir, mediante a respectiva prova, indemnização por danos patrimoniais. Mas para além – ou independentemente – desta indemnização, pode a pessoa colectiva em causa solicitar *outro tipo de sanções*, no plano civilístico, que não são em rigor indemnização mas permitem reagir contra o acto ilícito cometido. Temos em vista as “*providências adequadas às circunstâncias do caso*”, que a lei prevê a favor da pessoa ameaçada ou ofendida, “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar” (arts. 67º, nº 3, do Código Civil de Macau e 70º, nº 2, do Código Civil português).

Deste modo, a pessoa jurídica ofendida no seu bom nome e reputação, haja ou não lugar a uma indemnização por danos patrimoniais, poderá solicitar, por ex., que o infractor se *retracte publicamente*, que a uma eventual *sentença de condenação* deste seja dada a devida publicidade, que a verdade dos factos seja *reposta e publicitada*, etc. E pode, inclusivamente, pedir que o tribunal *condene* o infractor a adoptar estas medidas e a não cometer, no futuro, actos ilícitos semelhantes, sob a ameaça de pagamento de uma *sanção pecuniária compulsória* (semelhante à *astreinte* francesa), nos termos do art. 333º do Código Civil de Macau (tal como de acordo com o art. 829º-A do Código Civil português).

Trata-se, pois, em suma, de medidas de reacção contra o infractor, que servem de *sanção civil* contra o acto ilícito cometido por este, ao mesmo tempo que permitem refazer a *imagem* da pessoa jurídica ofendida e *prevenir* a prática de actos ilícitos futuros. Cremos ser esta a melhor via para reagir contra a violação de direitos de personalidade das pessoas jurídicas, em vez de recorrer a *artifícios*, como o da pseudo indemnização de danos não patrimoniais, em prejuízo do *princípio da especialidade do fim* e, até, da *dignidade da pessoa humana*.

Em rigor, não há, sequer, *dano* não patrimonial – antes, apenas, um *facto*

9 No mesmo sentido, além de CARNEIRO DA FRADA, *Danos societários*, cit., p. 43, cfr. também FILIPE MIGUEL ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pp. 363, ss. Outra parece ser, no entanto, a posição de MARIA MANUEL VELOSO, *Danos não patrimoniais a sociedade comercial? – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.04.2004*, Apelação nº 430/04, in “Cadernos de Direito Privado”, nº 18, 2007, pp. 29, ss.

ilícito, contra o qual se pode reagir, designadamente, através das referidas *medidas de supressão do ilícito* (e através da indemnização, relativamente a eventuais danos patrimoniais). O *dano* não patrimonial pressupõe a *personalidade humana* da pessoa atingida.

III - Importa aludir, finalmente, a um outro aspecto do problema. Poder-se-á contrapor que *ofendidas*, com um ataque ilícito à pessoa colectiva, ao bom nome e imagem desta, serão as *peessoas humanas* que fazem parte dos seus órgãos, ou, até, os sócios e associados da pessoa jurídica em causa, “maxime” quando se trate de pequenas sociedades ou associações.

Evidentemente que a pessoa colectiva tem uma *personalidade própria*, que não se confunde com a dos seus membros. E temos estado a tratar dos danos que pode sofrer a própria pessoa jurídica, *por violação de direitos desta*. Mas se a ofensa se dirigir *também* ou até *principalmente* às *peessoas humanas* que fazem parte da pessoa colectiva, se for de entender, numa situação concreta, que os *ofendidos* são também ou até principalmente determinadas *peessoas humanas* do agregado social, “maxime” se houve mesmo o *intuito* de atingir essas *peessoas humanas* através da ofensa à pessoa jurídica – não passando esta de um mero *instrumento* para atingir o *verdadeiro alvo* da ofensa –, numa situação desta, dizíamos, cremos que as *peessoas humanas* atingidas poderão reagir, em nome próprio, pela ofensa *a si* cometida. Em último termo, poder-se-ia ponderar aqui um raciocínio paralelo ou semelhante ao da *desconsideração ou levantamento da personalidade jurídica das pessoas colectivas* (“disregard of corporateness”; “Durchgriff bei juristischen Personen”, “levantamento del velo”), a fim de permitir às *peessoas humanas* atingidas a reparação dos danos sofridos – aqui sim, tanto danos patrimoniais como danos não patrimoniais, pois é de *peessoas humanas* que estamos a tratar. Mas há que ser cauteloso, pois um passo destes requer muita prudência.

Em situações destas, em que sejam atingidos (também) os membros da pessoa jurídica, poderia pensar-se em atribuir *legitimidade* à pessoa colectiva para ser ela a defender os interesses destes, designadamente a pedir a indemnização dos danos não patrimoniais sofridos pelos seus membros. Algo de semelhante, porventura, à doutrina alemã da *Drittschadensliquidation*, ou seja, à liquidação do dano de terceiro, “in casu”, do dano não patrimonial sofrido pelos membros da pessoa colectiva (na linha do raciocínio de que quem “sofreu o dano não tem o remédio”, enquanto que quem “tem o remédio não sofreu o dano”).

DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA E DIREITO DO URBANISMO*

Fernando Alves Correia

*Professor Catedrático, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal
Antigo Juiz do Tribunal Constitucional Português*

Resumo: O presente artigo analisa em que medida o fenómeno urbanístico, traduzido no modo como planeamos, construímos e gerimos a cidade, contribui para o aumento da segurança urbana ou, noutros termos, qual o papel desempenhado pelo direito do urbanismo no fortalecimento da segurança dos cidadãos.

Para esse efeito, nele se caracteriza, num primeiro momento, em termos sucintos, o “direito à segurança”, enquanto direito fundamental do cidadão, condensado no artigo 27º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), e a sua íntima relação com o “direito fundamental à liberdade”, plasmado no mesmo preceito constitucional. Num segundo momento, é feito um levantamento dos seguintes instrumentos jurídico-urbanísticos potenciadores da segurança dos cidadãos: o planeamento urbanístico socialmente sustentável, a urbanização e a edificação amigas da coesão social e da segurança urbana e a reabilitação urbana.

Palavras-chave: Direito fundamental à segurança; direito do urbanismo; planeamento urbanístico; sustentabilidade urbana; *mixité sociale*; zonamento de inclusão; habitação social; diversidade de funções urbanas; urbanização e edificação; segurança urbana; reabilitação urbana.

* Texto elaborado com base na comunicação apresentada na Conferência sob o título “Direito Fundamental à Segurança e Direito do Urbanismo?”, em 19 de Outubro de 2016, organizado pelo Centro de Estudos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

1. Introdução

O tema “segurança” está cada vez mais presente no dia-a-dia das nossas cidades e no cotidiano dos cidadãos. Atendo-nos apenas aos anos de 2015 e de 2016 e ao espaço europeu, o bárbaro atentado terrorista, de 7 de janeiro de 2015, que teve como alvo o jornal parisiense *Charlie Hebdo*, o horrendo massacre de um grande número de cidadãos, em Paris, no dia 13 de novembro de 2015, os hediondos ataques terroristas no aeroporto e no metro de Bruxelas, de 22 de março de 2016, e o ignóbil atentado de Nice, de 14 de julho de 2016, todos reivindicados pelo Estado Islâmico, vieram alertar a consciência dos Estados, das organizações internacionais e dos cidadãos para a importância do valor fundamental da “segurança”, sem a qual não é possível a vida em sociedade.

É manifesto que o combate sem tréguas ao terrorismo, seja qual for as suas manifestações e a sua origem, deve constituir, nos nossos dias, o objetivo cimeiro dos Estados, das organizações internacionais e dos cidadãos. É necessário restabelecer o sentimento de segurança de que têm beneficiado os cidadãos europeus. Mas, nas sociedades urbanas democráticas de hoje, abertas ao fluxo contínuo das ideias e das pessoas num mundo globalizado e cada vez mais complexo, a segurança deixou de poder ser reduzida à dimensão da luta contra o terrorismo e à dimensão policial, sendo, antes, uma questão eminentemente coletiva, que tem a ver com o modo como a sociedade se organiza e funciona. Há, assim, uma relação direta entre as características do meio e os comportamentos que nele têm lugar¹.

São, além disso, múltiplos os fatores que contribuem significativamente para a coesão da sociedade, para a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos e para o incremento da segurança dos habitantes das nossas cidades². Assim sucede, desde logo, com o acesso dos cidadãos à educação, ao emprego, à segurança social, à saúde, à habitação, aos transportes e à justiça. Mas também com o modo como

1 Cfr. VÍTOR CAMPOS, *Nota de Apresentação à obra Segurança Pública e Desenvolvimento Urbano, A Prevenção do Crime Através do Espaço Construído*, DGOTDU, fevereiro de 2011.

2 Do vasto elenco de fatores que concorrem para o incremento da criminalidade contra as pessoas e bens e para o aprofundamento do sentimento de insegurança dos cidadãos nas áreas urbanas, podemos indicar: densidades populacionais elevadas, conjugadas com elevadas densidades do parque edificado, em particular na periferia das cidades, onde se localiza boa parte dos bairros sociais críticos; degradação urbanística; insuficiente oferta de infraestruturas e equipamentos sociais; contrastes sociais com incidência territorial, por exemplo, proximidade entre bairros críticos e condomínios fechados (*gated communities*); problemas de exclusão social e económica; problemas de integração de imigrantes e de minorias étnicas; taxas de desemprego elevadas; taxas de abandono escolar elevadas; e número significativo de famílias desestruturadas. Cfr. *Segurança Pública e Desenvolvimento Urbano, A Prevenção do Crime Através do Espaço Construído*, cit., p. 26.

organizamos e ocupamos o território. Significa isto que os fatores urbanísticos assumem um grande relevo na construção de um ambiente de segurança dos cidadãos, como o têm sublinhado vários estudiosos do fenómeno urbano.

Pretendemos nesta breve comunicação dirigida a tão ilustre auditório, constituído por professores e alunos da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, analisar em que medida o fenómeno urbanístico, traduzido no modo como planeamos, construímos e gerimos a cidade, contribui para o aumento da segurança urbana. Ou, olhando as coisas sob o ângulo jurídico, escrutinar qual o papel desempenhado pelo direito do urbanismo no fortalecimento da segurança dos cidadãos.

Para esse efeito, num primeiro momento, vamos caracterizar, em termos sucintos, o “direito à segurança”, enquanto direito fundamental do cidadão, condensado no artigo 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), e a sua íntima relação com o “direito fundamental à liberdade”, plasmado no mesmo preceito constitucional. Num segundo momento, faremos um levantamento dos principais instrumentos jurídico-urbanísticos potenciadores da segurança dos cidadãos. Terminaremos com uma breve síntese conclusiva.

2. O direito fundamental à segurança

A CRP consagra, desde a sua versão originária, no artigo 27.º, n.º 1, o direito à liberdade e o direito à segurança como dois direitos fundamentais dos cidadãos, enquadrando-os nos direitos, liberdades e garantias pessoais. Trata-se de dois direitos que, embora distintos, estão intimamente ligados desde a sua formulação nas primeiras constituições liberais.

O direito à liberdade significa “o direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar” e o direito à segurança significa essencialmente “garantia de exercício seguro e tranquilo dos direitos, liberto de ameaças ou agressões”³ 4.

3 Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I., 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 478 e 479, e os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 479/94, 436/2000 e 471/2001.

4 É este igualmente sentido do direito fundamental à liberdade pessoal, condensado no artigo 28.º da Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China. Proclama-se neste artigo o seguinte: “A liberdade pessoal dos residentes de Macau é inviolável. Nenhum residente de Macau pode ser sujeito a captura, detenção e prisão arbitrárias ou ilegais. Os residentes têm direito ao pedido de «habeas corpus», em virtude de detenção ou prisão arbitrárias ou ilegais, a interpor perante o tribunal. São proibidas revistas ilegais em qualquer residente, bem como a privação ou a restrição ilegais da liberdade pessoal dos residentes. Nenhum residente

A liberdade – que é um momento absolutamente decisivo e essencial, como que um momento próprio e constitutivo modo de ser da pessoa humana, ou “uma exigência ôntica da dignidade humana”, no dizer do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003⁵ – deve ser “lida em conjunto” com o direito à segurança, devendo este ser entendido de modo estritamente associado à liberdade, enquanto contém a garantia de que o indivíduo apenas poderá ver a sua liberdade limitada nos casos e com as garantias que a Constituição admite, os quais estão condensados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 27.º da Lei Fundamental⁶.

No artigo 27.º, n.º 1, da CRP está em causa tão-só a liberdade física, a liberdade de movimento corpóreo, de “ir e vir”, a liberdade ambulatória e de locomoção⁷ e não outras liberdades especiais, que a CRP garante e tutela noutras normas, como, por exemplo, a liberdade de expressão e informação (artigo 37.º), a liberdade de imprensa e meios de comunicação social (artigo 38.º), a liberdade de consciência, de religião e de culto (artigo 41.º), a liberdade de criação cultural (artigo 42.º), a liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º) e a liberdade de iniciativa económica privada (artigo 61.º).

A garantia da segurança e dos direitos dos cidadãos constitui uma função da *policia* (para além da função de defesa da legalidade democrática), como resulta do artigo 272.º, n.º 1, da CRP. As medidas de *policia* caracterizam-se como o conjunto de intervenções da Administração que impõem limitações às liberdades individuais, com base em razões que decorrem da disciplina exigida pela vida em sociedade⁸, e cuja finalidade é “garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos

pode ser submetido a tortura ou a tratos desumanos”.

- 5 É também assim que ela é vista pelas convenções internacionais que à matéria se referem (cfr., entre outros, os artigos 3º, 9º e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 6º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e 9º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos).
- 6 Cfr. JORGE MIRANDA /RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 299-304. Cfr., também, no mesmo sentido, em relação ao artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 107.
- 7 Extraindo um sentido idêntico do artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cfr. IRENEU CABRAL BARRETO, ob. cit., p. 108.
- 8 Cfr. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité de Droit Administratif*, Vol. I, 7ª ed., Paris, LGDJ, 1976, p. 589-594; JEAN RIVERO, *Droit Administratif*, 11ª ed., Paris, Dalloz, 1985, p. 450-453; e o *Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 52/93*, in *Diário da República*, II Série, n.º 116, de 19 de maio de 1994.

e o respeito pela legalidade democrática” [artigo 1º, nº 1, da Lei de Segurança Interna (Lei nº 53/2008, de 29 de agosto)]⁹.

Podem, deste modo, as medidas de polícia impor limites à liberdade individual do cidadão, com fundamento em razões de segurança interna, designadamente para prevenir um atentado à ordem pública ou para proteger pessoas e bens. Questão é que, como refere o artigo 272º, nº 2, da CRP, essas medidas de polícia sejam tipificadas na lei e respeitem o princípio da proporcionalidade em sentido amplo ou da “proibição do excesso”, nas suas dimensões de *necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito*. Em primeiro lugar, as medidas de polícia não-de ser *necessárias ou indispensáveis*, isto é, não devem ser estabelecidas quando o mesmo fim (*in casu*, o de garantia da segurança interna dos cidadãos) puder ser atingido com outros meios menos onerosos para a liberdade dos cidadãos. Em segundo lugar, as medidas de polícia não podem ser *desadequadas*, antes devem ser *idóneas* para a garantia da segurança dos cidadãos. Em terceiro lugar, as referidas medidas devem ser *proporcionais*, no sentido de que elas devem afetar no menor grau possível o direito à liberdade dos cidadãos, não podendo, por isso, os danos que delas resultam para a liberdade dos cidadãos ser notoriamente excessivos em relação aos benefícios que delas derivam para a segurança dos indivíduos.

Existe, assim, muitas vezes, uma *relação de tensão (Spannungsverhältnis)* entre as medidas de polícia, necessárias para garantir a segurança e a ordem públicas, e os direitos fundamentais dos cidadãos, em particular o direito à liberdade¹⁰.

Mas, por outro lado, a garantia da segurança e ordem públicas desempenha uma função essencial de proteção e garantia dos direitos fundamentais, uma vez que só numa situação de segurança e ordem públicas podem os cidadãos exercer efetivamente os seus direitos fundamentais, em particular a sua liberdade¹¹. Quer isto dizer que “sem segurança não há

9 Para uma análise aprofundada do *direito de polícia*, cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *Direito de Polícia*, in “Tratado de Direito Administrativo Especial”, Vol. I, coord. PAULO OTERO/PEDRO GONÇALVES, Coimbra, Almedina, 2009, p. 281-456.

10 Cfr. KARL HEINRICH FRIAUF, *Polizei-und Ordnungsrecht*, in *Besonderes Verwaltungsrecht*, or. Ingo von Münch, 7ª ed., Berlin. New Iork, W. de Gruyter, 1985, p. 187 e 225; e JACQUELINE MORAND – DEVILLER, *Droit Administratif*, 14.ª ed., Paris, Montchrestien, 2015, p. 523-581.

11 Cfr. KARL HEINRICH FRIAUF, *ob. cit.*, p. 187. Como sublinha JACQUELINE MORAND-DEVILLER, citando a jurisprudência do Conselho Constitucional francês, a *segurança*, como uma das componentes da ordem pública, é um meio de garantia dos direitos fundamentais e, simultaneamente, uma condicionante ao exercício das liberdades individuais e coletivas (cfr. *ob. cit.*, p. 525 e 526).

liberdade”, mas também, num Estado de Direito, que “sem liberdade não há segurança”¹².

3. Principais instrumentos jurídico-urbanísticos potenciadores da segurança dos cidadãos

O direito do urbanismo – independentemente do conceito mais ou menos amplo a que se adira¹³ – encerra um conjunto de instrumentos jurídicos, os quais, se corretamente concebidos e utilizados, desempenham uma importante função de promoção e fortalecimento da segurança urbana dos cidadãos ou, dizendo as coisas de outro modo, de prevenção das situações de insegurança e de violência urbanas. Para não sermos excessivamente longos e fastidiosos, selecionámos alguns dos que nos parecem mais relevantes. São eles os seguintes: *o planeamento urbanístico socialmente sustentável*; *a urbanização e a edificação amigas da coesão social e da segurança urbana*; e *a reabilitação urbana*.

3.1. O planeamento urbanístico socialmente sustentável

O conceito de *desenvolvimento urbano sustentável*, de *sustentabilidade urbana* ou de *cidade sustentável* é, atualmente, um conceito-chave no domínio do direito do urbanismo, como vem sendo sublinhado por vários documentos jurídicos nacionais, europeus e internacionais. A génese do mesmo está associada às múltiplas influências da proteção do ambiente no âmbito do direito do urbanismo e surge associado às noções de *ambiente urbano* e *ecologia urbana*. Mas a sua relevância transcende muito as imbricações do ambiente no urbanismo, bem espelhadas no artigo 66.º, n.º 2, alínea e), da CRP, que constitucionaliza o conceito de “direito do ambiente urbano”, através da utilização de um “direito do urbanismo ecológico” e de um “direito do ambiente urbano”, com a finalidade precípua de promoção da “qualidade ambiental das povoações e da vida urbana”¹⁴,

12 Cfr. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, ob. cit., p. 317 e 318.

13 Sobre o conceito de direito do urbanismo e sobre a distinção deste em relação ao direito do ordenamento do território, cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 63-66 e 72-100, e o nosso artigo *Direito do Ordenamento do Território e Direito do Urbanismo Europeu. Apontamentos para uma Reflexão*, in “Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo”, Coimbra, Almedina, 2013, p. 209-214.

14 Cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, cit., p. 105-114, e os nossos artigos *Tendências Actuais do Direito do Urbanismo Português e Europeu e o “Estado da Arte” do Ordenamento Jurídico Urbanístico da Região Administrativa Especial de Macau*, in “Revista de Legislação e de Jurisprudência”, Ano 139.º, n.º 3963, p. 333-335, e *Direito do Ordenamento do Território e Direito do Urbanismo Europeu*, cit., p. 220-228.

constituindo, hoje, o principal fim da política pública urbanística.

A *sustentabilidade urbana* abrange cinco dimensões: a *ambiental*, a *económica*, a *social*, a *cultural* e a *territorial*¹⁵. A mais relevante, para o tema que ora nos preocupa, é a *dimensão social*. E é nesse contexto que falamos em *planeamento urbanístico socialmente sustentável*. Como pode, então, o *planeamento urbanístico socialmente sustentável* contribuir positivamente para a promoção e reforço da segurança urbana?

Dúvidas inexistem sobre o facto de a segurança urbana ser um dos *interesses a ponderar* no procedimento de formação dos planos e nas soluções a consagrar nos mesmos, isto é, tanto no domínio do chamado *procedimento de ponderação* (*Abwägungsvorgang*), como no âmbito do denominado *resultado da ponderação* (*Abwägungsergebnis*)¹⁶, tendo, inclusive, o legislador português estabelecido *diretivas de ponderação* no artigo 9.º do Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial (RJIGT), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 80/2015, de 14 de maio. Com efeito, determina o n.º 1 daquele preceito que, “nas áreas territoriais em que convirjam interesses públicos incompatíveis entre si, deve ser dada prioridade àqueles cuja prossecução determine o mais adequado uso do solo, em termos ambientais, económicos, sociais e culturais”. Mas logo adianta o n.º 2 do mesmo artigo que o referido princípio não valerá para “os interesses respeitantes à defesa nacional, à segurança, à saúde pública, à proteção civil e à prevenção e minimização de riscos, cuja prossecução tem prioridade sobre os demais interesses públicos”.

Há, no entanto, outras vias por meio das quais os planos territoriais podem desempenhar um papel importante na promoção da *segurança urbana*. Em primeiro lugar, pode o planeamento urbanístico socialmente sustentável desempenhar um papel positivo na prevenção da insegurança urbana através do combate à *segregação espacial urbana*. É sabido que esta se apresenta como a marca territorial da exclusão e injustiça social, que, na sua vertente mais radical, pode manifestar-se na constituição de *guetos*, ou seja, de concentrações de populações desfavorecidas em territórios circunscritos caracterizados por uma degradação física e social, os quais são fonte de instabilidade social, marginalidade, violência e delinquência. Situações estas que tendem a agravar-se quando tais *guetos* surgem associados a fenómenos

15 Sendo o “território” (no qual se deve incluir o espaço marítimo, numa lógica de salvaguarda da interação terra-mar) o “terminal necessário de grande parte da atividade humana” ou o fator de localização da maioria esmagadora das realizações humanas, pode dizer-se que é nele que se manifestam as preocupações de “desenvolvimento sustentável”, nas suas dimensões ambiental, económico-financeira, social e cultural (cfr. a nossa *Apresentação dos Temas “Sustentabilidade e Território”*, in “Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética”, coord. SUZANA TAVARES DA SILVA, Coimbra, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito, 2015, p. 235-240).

16 Cfr., sobre esta problemática, o nosso *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, cit., p. 483-495.

de imigração e de segregação por classe ou por etnia¹⁷.

Para contrariar o fenómeno da segregação espacial urbana, devem os planos territoriais incluir novas preocupações, como sejam políticas sociais e culturais, políticas de combate à pobreza e de apoio a setores da população mais vulneráveis, políticas de habitação e de disponibilidade de serviços públicos de saúde e de educação, políticas de transportes públicos e de acessibilidade e mobilidade urbanas. Devem, além disso, promover o desenvolvimento de políticas urbanas vocacionadas para a criação e manutenção de emprego em bairros em dificuldades e para a sua abertura ao resto da cidade. Em suma, os planos territoriais devem dar uma especial ênfase, no conjunto dos interesses a ponderar, aos interesses sociais, em especial aos dos cidadãos mais desfavorecidos. O que aponta para uma deslocação que tem sido o centro de gravidade do planeamento territorial, traduzido numa visão proprietarista e economicista do fenómeno urbano, para as políticas de coesão social.

Em segundo lugar, o *planeamento urbanístico socialmente sustentável* pode desempenhar um papel positivo na prevenção da insegurança urbana por meio da promoção ou mesmo da imposição pelo plano da coexistência, na mesma zona, de *usos urbanísticos variados, desde que compatíveis entre si* (residencial, comercial, serviços e pequenas indústrias não poluentes),¹⁸ e de *tipologias de*

17 Cfr. FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo: De um Urbanismo de Expansão e de Segregação a um Urbanismo de Contenção, de Reabilitação Urbana e de Coesão Social*, Coimbra, Almedina, 2011, p.107-121; e JOÃO MIRANDA, *A Função Pública Urbanística e o Seu Exercício por Particulares*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 181-185.

18 Sublinhe-se que esta mistura de usos, decorrente do *zonamento plurifuncional*, composta por um *uso dominante* e usos *complementares* deste e *compatíveis* com ele, é estimulada pelo nosso RJIGT, na medida em que a *classificação e qualificação* do solo, operadas pelos planos municipais, definem os *usos dominantes* de determinadas áreas ou zonas do território, donde decorre a admissibilidade e a conveniência de no mesmo serem associados outros usos *complementares* daqueles ou com eles *compatíveis* (cfr. os artigos 70.º a 74.º do RJIGT). Sobre esta matéria, cfr. JORGE CARVALHO, *Ordenar a Cidade*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 307-311. No mesmo sentido, o *Plano Regional de Ordenamento do Território do Alentejo*, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 53/2010, de 2 de agosto, retificada pela Declaração de Retificação n.º 30-A/2010, de 1 de outubro, estabelece, no conjunto das *normas orientadoras e de natureza operacional relativas ao planeamento e edificação em solo urbano*, um elenco de diretivas, nos seguintes termos: “144 – A Administração Local deve contrariar a monofuncionalidade e promover a valorização de centralidades intraurbanas, nomeadamente, nas sedes dos concelhos, através de:

- a) Preservar uma diversidade funcional nas áreas urbanas consolidadas e nos solos urbanos programados;
- b) Evitar a monofuncionalidade nas intervenções urbanísticas de grande dimensão e garantir uma maior relação entre as centralidades urbanas e as infra-estruturas principais pré-existentes;

habitação destinadas a estratos sociais diferentes (mais favorecidos e menos favorecidos), com o que se potencia a convivência, num mesmo espaço, de pessoas pertencentes a classes sociais ou grupos sociais distintos. De facto, um urbanismo de “*mescla social*” (“*mixité sociale*”), fomentador da convivência entre pessoas de estratos sociais diferentes, e um urbanismo assente num *zonamento plurifuncional*, contribuem positivamente para a segurança urbana. A influência benéfica do primeiro não carece de justificação. Quanto ao segundo, pense-se nos efeitos vantajosos resultantes da “coexistência harmoniosa de funções”, numa mesma zona, por exemplo, de habitação, comércio e serviços. O mesmo possibilita a existência de *vida* e de *dinamismo* no período noturno, mantendo, desse modo, permanentemente *vivas* as várias zonas da cidade, com reflexos positivos na *segurança* e, em geral, na *qualidade* do meio urbano.

Uma das técnicas de combate ao fenómeno da segregação espacial urbana por parte do planeamento urbanístico é a do *zonamento de inclusão* (*inclusionary zoning*), em substituição da técnica de zonamento que tem sido normalmente utilizada, a qual tem consistido, em muitos casos, num *zonamento de exclusão* (*exclusionary zoning*). O zonamento de inclusão é uma técnica que alcançou nos Estados Unidos da América um especial desenvolvimento, pretendendo-se com a mesma corrigir soluções urbanísticas que tiveram efeitos de segregação urbana e de exclusão de minorias étnicas mais desfavorecidas, tais como a fixação de lotes grandes edificáveis, a imposição de áreas mínimas de espaço em cada piso, a limitação do número de habitações a construir, o estabelecimento de restrições à construção de habitações multifamiliares e a ausência de áreas reservadas para habitação social ou de rendas baixas¹⁹.

Uma segunda técnica é a da fixação pelo legislador de *standards* no domínio habitacional²⁰, muitas vezes quantificados, impondo aos instrumentos de planeamento territorial ou a previsão de áreas destinadas a habitação social ou mesmo a construção de habitações para cidadãos economicamente desfavorecidos. Assim sucede, no direito francês, onde o *Code de la Construction et de l’Habitation* (versão consolidada de 30 de novembro de 2015),

c) Qualificar as centralidades urbanas existentes, beneficiando o espaço público, concentrando equipamentos estruturantes e localizando atividades (de lazer, restauração, comércio) que promovam a atratividade urbana”.

19 Cfr. CRAIG ANTHONY ARNOLD, *Planning Milagros: Environmental Justice and Land Use Regulation*, in “Denver University Law Review”¹ (1998), p. 76.

20 Sobre o conceito de *standards urbanísticos*, entendidos como determinações materiais de ordenamento estabelecidas pela lei, não com o objetivo de regular diretamente o uso do solo e das construções, mas antes com a finalidade específica de estabelecer critérios de fundo a observar pelo planeamento urbanístico, cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, cit., p. 668-672, e a bibliografia aí citada.

depois de proclamar, no artigo L 300-1, que o “direito a uma habitação decente e independente é garantido pelo Estado (...) a toda a pessoa que, residindo em território francês de um modo regular e nas condições de permanência definidas por Decreto do Conselho de Estado, não possa aceder à mesma ou mantê-la pelos seus próprios meios”, estabelece, nos artigos L 302-5 e seguintes, que os municípios com um determinado número de habitantes devem proporcionar 20% de residências sociais do total das habitações existentes²¹, e onde o *Code de l’Urbanisme* (versão consolidada de 30 de novembro de 2015), no seu artigo L 121-1, 2.º, impõe a *diversidade das funções urbanas* e a *mescla social* nas habitações²². E, também, no direito português, no qual a até há pouco vigente Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo (aprovada pela Lei n.º 48/98, de 11 de agosto, alterada pela Lei n.º 54/2007, de 31 de agosto) estabelecia, no artigo 6.º, n.º 1, alínea g), como objetivo específico da política de ordenamento do território e de urbanismo a aplicação de uma política de habitação que permita resolver as carências existentes, sem perder de vista, como referia a alínea e) do n.º 1 do mesmo preceito, a necessidade de adequação dos níveis de densificação urbana, impedindo a degradação da qualidade de vida [objetivo específico esse que não está expressamente contemplado na atual Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo (a Lei n.º 31/2014, de 30 de maio), mas que resulta implicitamente dos *fins* da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo do “desenvolvimento sustentável”, da “coesão nacional” e da “inclusão social”, indicados nas alíneas b) e c) do artigo 2.º desta mesma lei], e o vigente RJGT prescreve, no artigo 95.º, n.º 1, que o plano diretor municipal

21 Para mais desenvolvimentos, cfr. V. INSERGUET-BRISSET, *La Evolución del Derecho Francés en Materia de Vivienda*, in “Construyendo el Derecho a la Vivienda”, Coord. FERNANDO LÓPEZ RAMÓN, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, p. 41-47.

22 O preceito referido no texto determina o seguinte: «Les schémas de cohérence territoriale, les plans locaux d’urbanisme et les cartes communales déterminent les conditions permettant d’assurer, dans le respect des objectifs du développement durable, la diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l’habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs en matière d’habitat, d’activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d’intérêt général ainsi que d’équipements publics et d’équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d’amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l’usage individuel de l’automobile». Cfr., sobre esta problemática, JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Droit de l’Urbanisme*, 9.ª ed., Paris, Dalloz, 2014, p. 31 e 64; e HENRI JACQUOT/FRANÇOIS PRIET, *Droit de l’Urbanisme*, 7.ª ed., Paris, Dalloz, 2015, p. 147 e 349.

(PDM) estabelece a estratégia de desenvolvimento territorial municipal e a política municipal de solos, de ordenamento do território e de urbanismo, onde se inclui a *política de habitação*, e estatui, no artigo 96.º, n.º 1, alínea g), a obrigação de os PDM incluírem no seu conteúdo material, *inter alia*, “a identificação e a delimitação das áreas urbanas, com a definição do sistema urbano municipal e os correspondentes programas na área habitacional, bem como as condições de promoção da regeneração e da reabilitação urbanas e as condições de reconversão das áreas urbanas de génese ilegal”^{23 24}.

23 Os preceitos indicados no texto não são mais do que uma concretização do artigo 65.º da CRP, que consagra o direito à habitação, determinando que “todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”, e do n.º 2 do mesmo preceito, que prevê o conjunto de tarefas cometidas ao Estado para realizar aquele direito, nas quais se incluem: a programação e execução de uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; a promoção, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, da construção de habitações económicas e sociais; o estímulo à construção privada, com subordinação ao interesse geral, e ao acesso à habitação própria ou arrendada; e o incentivo às iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respetivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução.

A Revisão constitucional de 1997, ao congregar os termos *habitação* e *urbanismo* no título do artigo 65.º da CRP, acentuou a *associação* entre o direito do urbanismo e o direito à habitação, em termos de o direito do urbanismo ser uma garantia do direito fundamental a habitação. Além disso, o mesmo preceito constitucional, ao associar o direito à habitação ao urbanismo, liga-o indissolavelmente às políticas públicas dirigidas à ocupação, uso e transformação racional dos solos, colocando “em evidência o facto de as políticas públicas integrarem prestações sociais que são devidas em razão da garantia do direito a uma habitação adequada”. Para uma análise mais aprofundada sobre a configuração jurídico-constitucional do direito à habitação e sobre a política da habitação em Portugal, cfr., por todos, FERNANDO ALVES CORREIA/ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, *Consideraciones sobre la Promoción del Derecho a la Vivienda en Portugal*, in “Construyendo el Derecho al Vivienda”, cit., p. 137-164; e MARIA DA GLÓRIA F. P. DIAS GARCIA, *Habitação, Direito e Políticas Públicas*, in “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda”, Vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 651-667.

24 Outros instrumentos de programação e de planeamento territorial hierarquicamente superiores ao PDM consagram diretrizes e orientações em matéria de políticas habitacionais. Assim sucede, desde logo, com o *Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território* (PNPOT), aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de setembro, retificada pela Declaração de Retificação n.º 80-A/2007, de 7 de setembro. Identificando como um dos problemas do ordenamento do território a degradação da qualidade de muitas áreas residenciais (sobretudo nas periferias e nos centros históricos das cidades) e a persistência de segmentos da população sem acesso condigno à habitação, o PNPOT prevê, como uma das medidas prioritárias a desenvolver, o apoio à mobilidade residencial através da maior eficiência do mercado de arrendamento privado, da alteração e melhoria dos modelos de gestão e qualificação do parque de arrendamento público e de uma melhor adequação e flexibilidade nas condições de financiamento da aquisição de habitação, sem olvidar a situação especial dos imigrantes. Por outro lado, determinando o

3.2. A urbanização e a edificação amigas da coesão social e da segurança urbana

Ao falarmos em urbanização e edificação amigas da coesão social e da segurança urbana queremos vincar a importância do urbanismo operacional ou das operações urbanísticas no fortalecimento da segurança dos cidadãos e da

envolvimento das Administrações central e local, isoladamente ou em parceria com a sociedade civil, no domínio da habitação, de forma a promover a qualidade de vida urbana e o acesso dos cidadãos a uma habitação condigna, segundo critérios de qualidade, equidade, mobilidade e sustentabilidade, o PNPO estabelece a necessidade de elaborar e implementar o *Plano Estratégico de Habitação* (PEH), dinamizar o mercado de arrendamento e o parque habitacional públicos, incentivar o cumprimento de objetivos sociais por parte dos promotores mobiliários (nomeadamente mediante a afetação a habitação social de uma quota-parte da habitação nova ou através do incremento das operações de reabilitação ou de revitalização urbana), desenvolver intervenções sócio-urbanísticas em territórios que apresentem fatores de vulnerabilidade crítica, promover a inserção nos instrumentos de planeamento municipal de objetivos sociais de combate à segregação urbana e de acolhimento e integração dos imigrantes e minorias étnicas (v. g., através da institucionalização dos princípios da diversidade nos modelos de usos e tipologias de habitação), concluir o *Programa Especial de Realojamento* (PER) e implementar programas municipais de resposta às graves carências habitacionais, reforçando a solução da reabilitação do parque devoluto relativamente à construção nova.

O mesmo sucede com alguns planos regionais de ordenamento do território, como o *Plano Regional de Ordenamento do Território do Alentejo*, anteriormente citado, que estabelece, no conjunto das *normas orientadoras e de natureza operacional relativas ao planeamento e edificação em solo urbano*, um conjunto de diretivas, nos seguintes termos: “145 – A Administração Local, em colaboração e como apoio da Administração Central, deve preservar a função residencial e conceber um tecido urbano integrador em termos sociais:

- a) Definir uma política municipal de habitação, em sede do Plano Diretor Municipal (PDM) ou eventualmente recorrendo à conceção de um Programa Local de Habitação enquanto instrumento estratégico para a definição de programas na área habitacional, em articulação com outras políticas de desenvolvimento social e económico. As disposições contidas nestes programas ganharão eficácia se devidamente integradas noutros instrumentos de planeamento territorial, designadamente Planos de Pormenor (PP) ou Planos de Urbanização (PU), garantindo um compromisso recíproco de articulação. Os problemas de habitação devem ser especificados em função das diversidades territoriais locais, incluindo nomeadamente a problemática das áreas rurais ou das áreas de forte atratividade para a segunda residência;
- b) De forma a atenuar progressivamente carências habitacionais observadas a nível municipal, a administração local poderá definir a afetação de quotas de habitação a custos controlados nas novas urbanizações a garantir pelos promotores privados. Um Programa Local de Habitação ou a regulamentação dos Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) podem ser instrumentos de prestação de quotas mínimas de habitação acessível a estratos sociais com menores recursos, atendendo às diferentes realidades territoriais;
- c) Dados os valores patrimoniais em presença, deve-se fomentar a reabilitação do parque edificado existente, estabelecendo medidas de discriminação positiva para a reabilitação dos tecidos habitacionais existentes, promovendo ações de reabilitação urbana e dando prioridade à intervenção e requalificação dos espaços públicos em áreas consolidadas, em prol de um reforço da qualidade residencial;
- d) Facilitar o acesso das famílias jovens a alojamentos a preços razoáveis (aquisição ou autoconstrução de habitação a custos limitados)”.

perceção da mesma pelos habitantes e frequentadores das nossas cidades. É aqui que o desenho urbano assume uma relevância particular²⁵.

É facilmente perceptível que cidades com ruas, avenidas e praças largas, com traçado linear, sem obstáculos visuais, sem interrupção de iluminação, com altura de vegetação controlada e com muito espaço público são cidades mais seguras e que criam uma sensação de segurança aos cidadãos. É esta uma das razões, ao lado da existência de equipamentos adequados, que está na base da escolha frequente do Parque das Nações, em Lisboa, para receber cimeiras de Chefes de Estado e de Governo, provas desportivas, congressos e espetáculos musicais. E as forças de segurança valorizam sobremaneira estes aspetos. Razões de segurança também terão estado na base, ao lado de outras, da decisão política (adotada em 1956) da construção e da mudança da capital do Brasil do Rio de Janeiro para Brasília. Esta é, pode dizer-se, neste sentido, um caso exemplar, tanto pelo seu desenho como pela sua localização.

Na últimas três décadas do século passado, vários autores, entre os quais THIMOTHY D. CROWE, C. RAY JEFFERY e OSCAR NEWMAN, desenvolveram, na linha de JANE JACOBSe ELISABETH WOOD, uma abordagem metodológica que prevê a introdução de princípios no desenho urbano e na utilização do espaço público com o intuito de tornar as cidades mais seguras, a qual é conhecida pela sigla CPTDE (*Crime Prevention Through Environmental Design*). Esta expressão foi cunhada em 1971 por C. RAY JEFFERY, mas o autor que mais contribuiu para o desenvolvimento do conceito de CPTED foi o criminologista THIMOTHY D. CROWE, na sua obra com o mesmo título, de 1991. Nascida nos Estados Unidos da América, a CPTED expandiu-se rapidamente para outros países, tais como o Canadá, o Reino Unido, a Holanda, o Japão e a Austrália. A mesma baseia-se numa ideia simples: a de que o crime resulta em boa parte das oportunidades que são proporcionadas pelo ambiente físico, pelo que é possível alterar o ambiente físico de modo a que o crime tenha menos probabilidades de ocorrer²⁶.

Notas essenciais daquela abordagem são a conceção e a definição dos espaços urbanos de acordo com as suas finalidades, de modo a que eles sejam portadores de definições sociais, culturais, legais ou físicas que incentivem os seus utilizadores à adoção de comportamentos adequados e contextualizados com o meio

25 O regime jurídico das operações urbanísticas, em Portugal, está condensado no denominado Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 555/99, de 16 de dezembro, alterado, por último, pelo Decreto-Lei n.º 136/2014, de 9 de setembro, e pelo artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro.

26 Cfr. THIMOTHY D. CROWE, *Crime Prevention Through Environmental Design*, revisto por LAWRENCE J. FENNELLY, 3.ª ed., Oxford, Elsevier, 2013, p. 3-14.

e contribuam para que os indivíduos melhorem a sua percepção de segurança no meio urbano. A CPTED baseia-se em três estratégias sobrepostas, a serem observadas no planeamento territorial e no desenho urbano: a do controlo de acesso natural [podendo as estratégias de controlo de acesso natural ser “organizadas” (v.g., serviços de segurança), “mecânicas” (v.g., chaves) e “naturais” (v.g., definição espacial)]; a da vigilância natural [sendo as estratégias de vigilância natural classificadas em “organizadas” (v.g., patrulhas policiais), “mecânicas” (v.g., iluminação) e “naturais” (v.g., janelas)]; e a do reforço territorial, no sentido de que o desenho físico pode criar ou ampliar a esfera de influência, em termos tais que os utilizadores desenvolvam um sentido de relação de propriedade – um sentido de influência territorial – e os potenciais criminosos percebam essa influência territorial²⁷.

Para a melhoria da percepção da segurança no espaço urbano, muito contribuem: a orientação e a leitura do espaço pelas pessoas, isto é, a capacidade de as pessoas se orientarem no espaço, preverem as potenciais alterações e dinâmicas e perceberem e encontrarem o percurso para o ponto onde querem chegar; a possibilidade de “ver e ser visto”, os conhecidos “olhos da rua” (JANE JACOBS), ou seja, a possibilidade de os indivíduos observarem integralmente o espaço público que utilizam, em termos de serem capazes de preverem a aproximação de outros indivíduos ou objetos e, deste modo, reduzirem a sua percepção de vulnerabilidade face ao desconhecido (o que implica, entre o mais, que, no espaço público, haja uma grande permeabilidade visual e uma iluminação adequada, que existam janelas envidraçadas nas fachadas dos prédios habitados, que permitam aos moradores e utilizadores dos espaços privados uma natural vigilância dos espaços públicos, e que se verifique uma combinação adequada e complementar de usos e atividades que levem diferentes grupos e pessoas a permanecer, a circular e a usufruir do espaço público em diferentes momentos do dia); a percepção do estatuto dos espaços, qual seja a percepção clara da natureza estatutária e funcional do espaço e a existência de fronteiras nítidas entre espaços públicos, privados e semiprivados e entre diferentes funções do espaço incompatíveis entre si, de modo a reduzir eventuais conflitos e facilitar a “apropriação” legítima dos espaços; a dotação da cidade de espaços públicos, isto é, a oferta variada e razoável de espaço público adequado às diversas necessidades e modos de fruição dos cidadãos, enquanto elementos essenciais para a satisfação e o envolvimento sócio-afetivo dos habitantes com a sua comunidade e para o usufruto por todos da dimensão da cidade, com particular destaque para os espaços coletivos agregadores da comunidade local, que crianças, jovens, adultos e idosos, homens e mulheres, de diferentes estratos sociais, usufruem com idêntico grau de segurança e confiança; e a manutenção e gestão do espaço público, ou seja, a organização e limpeza do

27 Cfr. THIMOTHY D. CROWE, ob. cit., p. ob. cit., p. 27-29 e 284-292.

espaço público, a manutenção dos equipamentos urbanos e a conservação do edificado privado, que conformam uma imagem do espaço urbano imediatamente percebida como mais segura do que espaços desordenados e aparentemente negligenciados²⁸.

Vários estudos realizados e publicados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América demonstraram que a aplicação dos conceitos da teoria da *Crime Prevention Through Environmental Design* reduziram a incidência do crime e do medo do crime, tendo sido alcançados resultados significativos em diversos lugares, incluindo áreas residenciais, centros comerciais, estações ferroviárias e rodoviárias e parques de estacionamento. Tudo isto revela que o modo como planeamos e construímos as nossas cidades tem uma grande influência na diminuição do crime e no aumento da segurança dos cidadãos e na percepção que eles têm do gozo deste seu direito fundamental.

3.3. A reabilitação urbana

O terceiro instrumento jurídico a que queremos fazer referência que desempenha uma importante função de promoção e fortalecimento da segurança urbana dos cidadãos é a *reabilitação urbana*. Esta constitui uma virtuosa alternativa à expansão urbana e deve ser encarada como uma obrigação de “conservar a alma” das nossas cidades, de construir uma “harmonia entre o passado e o futuro”²⁹, decorrir os erros do passado e de criar um quadro de vida de qualidade para que cada um readquirir “uma certa arte de viver”. A mesma constitui um dos traços característicos do urbanismo pós-moderno e traduz uma das componentes do novo paradigma do urbanismo³⁰. Ela tem ocupado também um lugar de destaque nas políticas da União Europeia, sobretudo através dos programas URBAN I e II de vários instrumentos financeiros, como o FEDER e a Iniciativa JESSICA, e continuará presente nos grandes objetivos da Estratégia Europa 2020, que são criar, na próxima década, na União Europeia e nos Estados-Membros uma economia inteligente, sustentável e inclusiva³¹.

28 Cfr. para mais desenvolvimentos, *Segurança Pública e Desenvolvimento Urbano, A Prevenção do Crime Através do Espaço Construído*, cit., p. 30-41.

29 Cfr. JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Rapport de Synthèse*, in “Les Cahiers du GRIDAUH, Le Renouveau Urbain en Europe”, n.º 27, 2014, p. 109.

30 Cfr. a nossa obra *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, cit., p. 48 e segs. (nota 33), e os nossos artigos *Tendências Atuais do Direito do Urbanismo Português e Europeu*, cit., p. 335-337, e *Direito do Ordenamento do Território e do Urbanismo Europeu*, cit., p. 243-247.

31 A reabilitação urbana ocupará também um local de destaque no quadro da quadro comunitário de apoio de 2014-2020, como resulta claramente das Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 33/2013, de 20 de maio, que define os pressupostos do acordo de parceria a negociar entre o Estado Português e a Comissão Europeia, estabelecendo as principais linhas de intervenção dos

A *política de reabilitação urbana* não é uma política exclusivamente urbanística, antes incorpora outras políticas, designadamente, a política de proteção e valorização do património cultural, a política de proteção do ambiente, a política de desenvolvimento sustentável, a política de coesão económica, social e territorial e mesmo a política de segurança urbana³². Mas o seu vetor urbanístico é o dominante, como resulta claramente do conceito e objetivos fundamentais da reabilitação urbana e dos instrumentos jurídicos por ela utilizados, que são, na sua essência, instrumentos jurídicos urbanísticos³³.

Na terminologia europeia, são múltiplas as expressões utilizadas para expressar o fenómeno da “reconstrução da cidade sobre ela própria”, com vista a resolver os problemas sociais, económicos, urbanísticos e de arquitetura de certos quarteirões antigos ou degradados, tais como “renovação urbana”, “reconstrução urbana”, “regeneração urbana”, “reabilitação urbana” e “recomposição urbana” (“*renouvellement urbain*”)³⁴. Todas estas expressões contêm insita a ideia de que tais operações não têm apenas em vista atuações pontuais centradas no edifício ou no imóvel (recuperação do edificado), mas também, e sobretudo, o conjunto do tecido urbano, numa visão integrada, dando relevo à criação ou valorização de infraestruturas, equipamentos e espaços envolventes e procurando suscitar novas evoluções de desenvolvimento social e económico e desenvolver as solidariedades à escala do aglomerado, designadamente através de uma melhor repartição territorial das populações desfavorecidas. Elas são a tradução de uma política urbana que visa, “por meio de uma série de operações coordenadas, valorizar uma zona urbana degradada, inutilizada ou empobrecida, aplicando na

fundos europeus estruturais e de investimento no ciclo 2014-2020, e 39/2013, de 14 de junho, que aprova um novo modelo institucional de governação dos fundos europeus.

- 32 Defendendo, inclusive, a reabilitação urbana como uma *política autónoma* da política de ordenamento do território e do urbanismo, com princípios e regras próprios, cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Reabilitação Urbana: Conceito e Princípios*, in “O Novo Regime da Reabilitação Urbana”, Temas CEDOUA, Coimbra, Almedina, 2010, p. 7-12.
- 33 Cfr., nesse sentido, DULCE LOPES, *Reabilitação Urbana em Portugal: Evolução e Caracterização*, in “O Novo Regime da Reabilitação Urbana”, cit. p. 22-25, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Programa e Execução das Operações de Reabilitação Urbana: Perspectiva Jurídica*, *Ibidem*, p. 93-120, e JORGE ALVES CORREIA, *Concertação, Contratação e Instrumentos Financeiros na Reabilitação Urbana*, *Ibidem*, p. 93-95.
- 34 Para uma síntese da heterogeneidade do vocabulário utilizado na legislação de vários países europeus, cfr. YVES JÉGOUZO, *La Notion de Renouvellement Urbain*, in “Les Cahiers du GRIDAUH, Le Renouvellement Urbain en Europe”, cit., p. 15 e 16 ; JACQUELINE MORAND-DEVILLER, *Rapport de Synthèse*, *ibidem*, p. 107-109, e JEAN-PIERRE DEMOUVEAUX, *La Notion de Renouvellement Urbain*, in «Droit de l’Aménagement, de l’Urbanisme et de l’Habitat», n. ° 6, Paris, Le Moniteur, 2002, p. 127 e 128.

mesma os princípios da « mixité sociale » e da « diversité urbaine »³⁵.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 104/2004, de 7/05, consagrou um “*regime jurídico excecional* de reabilitação urbana de zonas históricas e de áreas críticas de recuperação e reconversão urbanística” e definiu a disciplina jurídica das *Sociedades de Reabilitação Urbana (SRU)*. Dado que era este um diploma legal que se estribava numa conceção estreita da reabilitação urbana, essencialmente como *recuperação do edificado*, e que tinha como objetivo nuclear a regulação de um modelo de gestão das intervenções de reabilitação urbana centrado na constituição, funcionamento, atribuições e poderes das SRU, entendeu o legislador português substituí-lo por um outro, que procedesse ao enquadramento normativo da *reabilitação urbana* ao nível programático, procedimental e de execução. Esse diploma é o Decreto-Lei n.º 30/2009, de 23/10, alterado pela Lei n.º 32/2012, de 14/08, que estabelece o novo regime jurídico da reabilitação urbana³⁶. Nele é adotado um *conceito amplo* de *reabilitação urbana*, conferindo-se especial relevo não apenas à vertente imobiliária ou patrimonial da reabilitação, mas também à integração e coordenação da intervenção, salientando-se a necessidade de atingir soluções coerentes entre os aspetos funcionais, económicos, sociais, culturais e ambientais das áreas a reabilitar. Assim, o artigo 2.º, alínea j), daquele decreto-lei define *reabilitação urbana* como a “forma de intervenção integrada sobre o tecido urbano existente, em que o património urbanístico e imobiliário é mantido, no todo ou em parte substancial, e modernizado através da realização de obras de remodelação ou beneficiação dos sistemas de infraestruturas urbanas ou verdes de utilização coletiva e de obras de construção, reconstrução, ampliação, alteração, conservação ou demolição dos edifícios”.

A importância e a atualidade da *reabilitação urbana* é assumida claramente pela citada Lei de Bases Gerais da Política Pública de Solos, de Ordenamento do Território e de Urbanismo – a Lei n.º 31/2014, de 30 de maio. Com efeito, depois de assinalar no artigo 2.º, alínea g), como um dos *fins* da política pública de solos, de ordenamento do território e de urbanismo “racionalizar, reabilitar e

35 Cfr. JEAN-PIERRE DEMOUVEAUX, *La Notion de Renouveau Urbain*, cit., p. 129.

36 Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 53/2014, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 194/2015, de 14 de setembro, estabelece um regime excecional e temporário a aplicar à reabilitação de edifícios ou de frações, cuja construção tenha sido concluída há pelo menos 30 anos ou localizados em áreas de reabilitação urbana, sempre que estejam afetos ou se destinem a ser afetos total ou predominantemente ao uso habitacional.

Registe-se que, no exórdio deste diploma legal, se afirma que “a reabilitação do edificado existente em Portugal representa apenas cerca de 6,5 % do total da atividade do sector da construção, bastante aquém da média europeia, situada nos 37 %” e, bem assim, que, “de acordo com os Censos 2011, existem cerca de dois milhões de fogos a necessitar de recuperação, o que representa cerca de 34% do parque habitacional nacional”.

modernizar os centros urbanos, os aglomerados rurais e a coerência dos sistemas em que se inserem” e de assinalar, no artigo 14.º, n.º 2, alínea a), como dever dos proprietários “utilizar, conservar e reabilitar imóveis, designadamente, o edificado existente”, define, no artigo 61.º, os conceitos de *reabilitação* e *regeneração* urbanas. A primeira é “a forma de intervenção territorial integrada que visa a valorização do suporte físico de um território, através da realização de obras de reconstrução, recuperação, beneficiação, renovação e modernização do edificado, das infraestruturas, dos serviços de suporte e dos sistemas naturais, bem como de correção de passivos ambientais ou de valorização paisagística” (n.º 1). Por sua vez, a segunda é “a forma de intervenção territorial integrada que combina ações de reabilitação com obras de demolição e construção nova e com medidas adequadas de revitalização económica, social e cultural e de reforço da coesão e do potencial territorial” (n.º 2). Destas duas definições conclui-se que o conceito de *regeneração* é mais amplo do que o de *reabilitação*, mas não compreendemos a razão pela qual o legislador – e, para mais, numa lei de bases – veio definir dois conceitos distintos, quando a noção de reabilitação urbana vem sendo entendida atualmente como uma *forma lata* de intervenção nos tecidos urbanos, independentemente da tipologia das operações e do alcance das medidas nela incluídas. Por seu lado, o n.º 3 do artigo 61.º determina que, sem prejuízo do apontado dever dos proprietários, “incumbe ao Estado, às regiões autónomas e às autarquias locais promover a reabilitação ou regeneração das áreas urbanas que dela careçam, programando ou conduzindo a realização das respetivas operações de reabilitação urbana ou concedendo apoios e outros incentivos financeiros e fiscais”.

Não pretendemos, neste local, analisar o regime jurídico da *reabilitação urbana*³⁷ 38, mas tão-só vincar os efeitos altamente benéficos da mesma na

37 Sobre esta matéria, cfr. o nosso trabalho *Le Renouveau Urbain au Portugal, Rapport Portugais*, in “Les Cahiers du GRIDAUH, Le Renouveau Urbain en Europe”, cit., p. 253-276; FERNANDA PAULA OLIVEIRA/DULCE LOPES/ CLÁUDIA ALVES, *Regime Jurídico da Reabilitação Urbana Anotado*, Coimbra, Almedina, 2011; FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo*, Coimbra, Almedina, 2011; e JORGE ALVES CORREIA, *Concertação, Contratação e Instrumentos Financeiros na Reabilitação Urbana*, in “Temas CEDOUA, O Novo Regime da Reabilitação Urbana”, Coimbra, Almedina, 2010.

38 Um dos aspetos mais importantes do regime da reabilitação urbana prende-se com os instrumentos financeiros necessários para a sua operacionalização e concretização. Neste contexto, assume relevância a Resolução do Conselho de Ministros n.º 48/2016, de 1 de setembro, que criou o Fundo Nacional de Reabilitação do Edificado (FNRE), o qual se apresenta como um fundo especial de investimento imobiliário orientado para o desenvolvimento e a concretização de projetos de reabilitação de imóveis e para a promoção do arrendamento, tendo em vista a regeneração urbana e o repovoamento dos centros urbanos, e é estruturado e regulado pelas leis aplicáveis a fundos de investimento imobiliário, com a possibilidade de recorrer, em situação de igualdade, aos programas e aos instrumentos financeiros disponibilizados pelo Estado e pelas

promoção e melhoria da segurança urbana. Tais reflexos positivos ressaltam claramente da indicação de alguns *objetivos* da reabilitação urbana, condensados no artigo 3.º do referido Decreto-Lei n.º 307/2009. De entre eles, selecionámos os seguintes: assegurar a reabilitação dos edifícios que se encontram degradados ou funcionalmente inadequados; reabilitar tecidos urbanos degradados ou em degradação; melhorar as condições de habitabilidade e de funcionalidade do parque imobiliário urbano e dos espaços não edificados; modernizar as infraestruturas urbanas; promover a sustentabilidade ambiental, cultural, social e económica dos espaços urbanos; fomentar a revitalização urbana, orientada por objetivos estratégicos de desenvolvimento urbano, em que as ações de natureza material são concebidas de forma integrada e ativamente combinadas na sua execução com intervenções de natureza social e económica; assegurar a integração funcional e a diversidade económica e sócio-cultural nos tecidos urbanos existentes; requalificar os espaços verdes, os espaços urbanos e os equipamentos de utilização coletiva; qualificar e integrar as áreas urbanas especialmente vulneráveis, promovendo a inclusão social e a coesão territorial; assegurar a igualdade de oportunidades dos cidadãos no acesso às infraestruturas, equipamentos, serviços e funções urbanas; desenvolver novas soluções de acesso a uma habitação condigna; e recuperar espaços urbanos funcionalmente obsoletos, promovendo o seu potencial para atrair funções urbanas inovadoras e competitivas.

Constata-se, assim, que as operações de reabilitação urbana, que prosseguem *objetivos*, de índole não apenas urbanística, mas também social, cultural, ambiental e económica³⁹, têm um impacto altamente positivo na melhoria das condições de vida e na integração social e económica dos residentes nos bairros e quarteirões reabilitados. Por isso, as suas repercussões no incremento da segurança urbana são por demais evidentes.

4. Breve síntese conclusiva

A essência do direito do urbanismo reside, como já tivemos ensejo de

demais entidades públicas para fins de reabilitação urbana e de arrendamento habitacional.

39 Referindo-se aos objetivos da política de “renouvellementurbain”, sublinha YVES JÉGOUZO que, atualmente, a sua grande prioridade é a “coesão social”, através de intervenções que promovam “a mescla social da habitação, a diversidade urbana, a revitalização económica. Trata-se tanto de intervenções de carácter social (luta contra a pobreza, a segregação social étnica, etc.) ou económico (desenvolvimento comercial ou diversificação comercial), como urbanísticas (reabilitações, renovações, ações contra a deficiência de equipamentos, etc.). Em resumo, este tipo de intervenção é uma das características maiores do novo modelo de «renouvellementurbain», aquele que está centrado no desenvolvimento sustentável”. Cfr. ob. cit., p. 19 e 20.

afirmar⁴⁰, na *harmonização* ou *compatibilização* entre os diferentes interesses implicados no uso, ocupação e transformação desse bem essencial – por natureza, escasso e irreprodutível – que é o solo, sendo, por isso, constituído por normas jurídicas cuja função precípua é a *ponderação de interesses* e a *superação dos conflitos de interesses* surgidos a propósito da utilização do mesmo (ponderação que reveste uma tríplice vertente: entre interesses públicos e privados colidentes, entre interesses públicos que não são coincidentes e entre interesses privados divergentes).

Sendo este o objeto do Direito do Urbanismo, ou seja, nas palavras do Relatório do Conseil d'État Francês, de 1992, intitulado “*L'Urbanisme, pour un Droit Plus Efficace*”, o de “definir e enquadrar as possibilidades de utilização do solo”, natural é que o mesmo seja a arena por excelência da realização e da efetivação de uma pluralidade de direitos fundamentais, de índole e natureza diferentes, relacionados com o solo, como sejam o direito de propriedade, o direito à habitação, o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado, o direito à liberdade e o direito à segurança.

40 Cf. o nosso *Manual de Direito do Urbanismo*, Vol. I, cit., p. 65.

A AUDIÊNCIA DOS INTERESSADOS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA RAEM

João António Valente Torrão
Juiz Conselheiro Jubilado, Supremo Tribunal Administrativo, Portugal

Resumo: No presente trabalho propomo-nos tecer algumas considerações sobre o direito de audiência dos interessados no procedimento administrativo da RAEM, recorrendo também, como não podia deixar de ser, ao sistema jurídico português e ao direito comparado. Na parte final faremos também referência ao direito de audiência prévia no procedimento tributário de Portugal e da RAEM.

Palavras-chave: Direito de audiência prévia; interessados; formas da audiência; dispensa; inexistência; violação do direito; consequências da violação; meios de reacção à violação do direito.

1. A consagração do direito de audiência dos interessados como princípio geral do procedimento administrativo

1.1. O direito de audiência prévia¹ dos administrados, anteriormente à decisão do

1 Tanto o actual CPAM- artº 93º – como o anterior – artº 89º (aprovado pelo Decreto-Lei nº 35/94/M, de 18 de Julho), referem “*audiência de interessados*”. No entanto, como esta audiência é anterior à decisão final, julgamos adequada a expressão “*audiência prévia*” a qual, aliás, foi adoptada pelo novo CPA de Portugal (v. o artº 121º com a epígrafe - Direito de audiência prévia). Costuma também usar-se a expressão “*audição prévia*” para referir este direito.

órgão administrativo competente, foi pela primeira vez consagrado com âmbito genérico no Código do Procedimento Administrativo Português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, o qual entrou em vigor seis meses após a sua publicação (v. o artº 2º deste diploma)^{2 3}.

Com efeito, no nº 1 do artº 100º do referido Código ficou estabelecido que “*Concluída a instrução, e salvo o disposto no artigo 103º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta*”.

Nos quatro artigos seguintes estabeleciam-se normas procedimentais destinadas a dar concretização a esse direito, bem como a indicar os casos em que o mesmo direito não era admitido ou podia ser dispensado.

Porém, já anteriormente à entrada em vigor daquele diploma era possível encontrar manifestação deste princípio em normas especiais^{4 5}.

1.2. Assim, e desde logo, tem sido apontado como manifestação deste direito, o direito de defesa do arguido em processo disciplinar previsto nos artºs. 59º a 64º do

2 Repare-se que, já nessa altura, outros países dispunham há muito de um CPA. Assim, por exemplo, Alemanha - Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) de of May 25th 1976, Suécia - The 1986 Procedure Administrative Act e Suíça - Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA) of 20 December 1968.

3 “*Um dos primeiros reconhecimentos formais do direito a ser ouvido foi feito no dia 15 de Março de 1962, pelo então presidente dos Estados Unidos, John Kennedy, quando enunciou numa declaração ao Congresso norte-americano quatro direitos fundamentais do consumidor: direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e direito a ser ouvido*”. António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 287.

4 “*A audiência dos interessados não era um instituto desconhecido do Direito Administrativo Português anterior ao CPA, que com esta ou outras designações a previu em muitos diplomas. Porém, só com a entrada em vigor do CPA o mesmo foi positivado como princípio geral do Direito Administrativo (cfr: artº 8º deste Código e infra as Secções B e C; V. também Freitas do Amaral - Novo Código do Procedimento Administrativo, pág. 26) - Pedro Machete - A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo, Universidade Católica Editora, pág. 283 e nota de rodapé 579.*

5 Este direito não está legislado no ordenamento jurídico da União Europeia. Conforme salienta Carla Vicente - A Audiência dos Interessados nos (s) Procedimento (s) Administrativo (s) Comunitário (s), disponível na Internet, “*não existe uma regra escrita em direito comunitário que garanta, em termos gerais, a audiência prévia dos interessados no (s) procedimento (s) administrativo (s) comunitário (s). Os TT reconhecem expressamente a necessidade de se respeitar esta formalidade no âmbito dos auxílios de estado e existe legislação de direito comunitário derivado que prevê a realização da audiência prévia, em determinadas circunstâncias, mas não o faz senão sectorial e parcialmente. A protecção dos direitos procedimentais dos particulares no direito comunitário, decorre essencialmente do labor jurisprudencial do juiz comunitário ao fazer face a situações não previstas nas regras escritas, ao descobrir novas potencialidades de aplicação das já existentes e ao generalizar as soluções consagradas em legislação sectorial*”.

Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro^{6 7 8}.

Apontam-se também como exemplo deste direito, a reclamação prevista no art.º 289º do Regulamento dos Serviços Hidráulicos de 1892, segundo a qual os proprietários de terrenos limítrofes de terrenos pantanosos ou inundados podiam reclamar contra as listas e cadastros que continham os nomes dos proprietários beneficiados e a extensão que lhes cabia limpar ou conservar.

Do mesmo modo, em matéria de servidões militares, a Lei n.º 2078, de 11 de Julho de 1955, determinava no seu art.º 4º que, no caso de constituição ou alteração de servidões militares e com vista a reduzir os prejuízos dos particulares, o respectivo despacho do Ministro da Defesa devia ser comunicado à Câmara Municipal do Concelho a que pertencesse a zona sujeita, devendo esta dar posterior publicidade ao despacho para que os interessados pudessem, dentro de 20 dias, representar o que houvessem por conveniente.

O Decreto-Lei n.º 181/70, de 28 de Abril, veio determinar no seu art.º 1º que sempre que a constituição de uma servidão administrativa exigisse a prática de um acto da Administração, deveria este ser precedido de aviso público e ser facultada audiência aos interessados, devendo este processo ser também observado nos casos de ampliação da zona sujeita a servidão e naqueles em que esta se torne mais onerosa. Conforme referido no preâmbulo desse diploma generalizou-se, assim, o sistema já estabelecido para as servidões militares e aeronáuticas, com algumas alterações⁹.

1.3. O Código do Procedimento Administrativo português não teve aplicação em Macau que, à época, gozava já de poder legislativo e executivo próprio, consagrado

-
- 6 Direito este também já previsto anteriormente nos arts 57º a 62º do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/97, de 25 de Junho, que então regulava a mesma matéria.
- 7 De acordo com o art.º 42º, n.º 1 do mesmo Estatuto era mesmo considerada insuprível a nulidade resultante da falta de audiência do arguido em artigos de acusação nos quais as infracções sejam suficientemente individualizadas e referidas aos correspondentes preceitos legais, bem como a que resulte de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade (de sentido idêntico era já também o art.º 40º, n.º 1 do Estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 191-D/97, de 25 de Junho).
- 8 Cabe aqui notar também que já o Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, estabelecia o mesmo direito, considerando-se insuprível a nulidade resultante da falta de audiência do arguido em artigos de acusação, nos quais as infracções fossem suficientemente individualizadas e referidas aos preceitos legais infringidos, bem como a que resultasse de omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade, sendo ainda equiparada a essa nulidade a falta de audiência, na fase de defesa, das testemunhas indicadas pelo arguido (art.º 298º, n.ºs 1 e 2).
- 9 Para outros exemplos de legislação anterior àquele Código v. Pedro Machete - A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo, Universidade Católica Editora, págs. 291/300.

no Estatuto Orgânico de Macau, aprovado pela Lei n.º 1/76, de 17 de Fevereiro^{10 11}.

Deste modo, foi o legislador de Macau que, no uso da sua competência legislativa própria, veio aprovar, através do Decreto-Lei n.º 35/94/M, de 18 de Julho, um Código do Procedimento Administrativo.

No Preâmbulo daquele diploma, justificou-se assim, a referida publicação:

“A crescente existência, em vários países, de leis reguladoras do procedimento administrativo reflecte a necessidade de assegurar ao cidadão mecanismos tutelares alternativos aos resultantes do recurso aos tribunais.

Na verdade, cada vez mais se revela indispensável permitir a participação dos particulares desde logo e também no processo administrativo, nomeadamente na fase da tomada de decisões que lhes digam respeito, como forma acrescida de salvaguardar e fazer exercer os seus direitos.

A fim de prosseguir tal objectivo, o presente Código do Procedimento Administrativo pretende, essencialmente:

-Disciplinar a organização e o funcionamento da Administração Pública, racionalizando a actividade dos serviços;

-Regular a formação da vontade da Administração, respeitando os direitos e interesses legítimos dos administrados;

-Permitir a participação dos interessados na formação das decisões que lhes digam directamente respeito e assegurar-lhes informação útil e atempada;

-Evitar a burocratização e aproximar os serviços públicos das populações;

-Salvaguardar, em geral, a transparência da acção administrativa e o respeito pelos direitos dos cidadãos.

Assim, com a aplicação deste Código torna-se possível conferir maior rapidez e rigor às várias etapas do processo administrativo e, sobretudo, aproximar os cidadãos da Administração, associando-os à actuação desta sempre que estejam em causa os direitos e os deveres dos administrados.

A complexidade e diversidade das soluções que ora se preconizam, bem como as inovações introduzidas, aconselham o diferimento da entrada em vigor do presente diploma, de modo a facilitar o seu conhecimento pelos interessados”.

10 Os seus art.ºs 5º e 6º, estabeleciam, respectivamente, o seguinte: “A função legislativa será exercida pela Assembleia Legislativa e pelo Governador” e “A função executiva será exercida pelo Governador, coadjuvado por Secretários-Adjuntos”.

11 A nível da Organização Judiciária, porém, só com a publicação da Lei n.º 112/91, de 9 de Setembro de 1991, que aprovou a Lei de Bases da Organização Judiciária, se começou a delinear a respectiva autonomia relativamente a Portugal.

O artº 3º do DL nº 35/94/M, no entanto, logo dispunha que “O código do Procedimento Administrativo será revisto no prazo de dois anos a contar da data da sua entrada em vigor,12 devendo ser recolhidos os elementos úteis resultantes da sua aplicação para introdução das alterações que se mostrem necessárias”.

E, assim, o Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro de 1999, veio aprovar um novo Código do Procedimento Administrativo para entrar em vigor 30 dias após a publicação (v. o artº 4º daquele diploma).

1.4. De acordo com o Preâmbulo do referido Decreto-Lei n.º 57/99/M, e relativamente ao Código anteriormente vigente, foram aperfeiçoadas e clarificadas algumas normas, bem como introduzidas significativas inovações, passando a ficar consagrado o princípio da boa-fé na actuação da Administração Pública no seu relacionamento com os administrados. Foi, igualmente, ampliando o conceito de legitimidade, impondo à Administração outros deveres quanto à informação a prestar aos interessados e também se introduziram alterações no respeitante ao regime de invalidade dos contratos administrativos e de nulidade dos actos que ofendam casos julgados.

A matéria relativa ao direito de audiência dos interessados (audiência prévia), ficou prevista nos artºs 93º a 98º¹³. A eles nos referiremos em pormenor mais adiante.

2. Regime jurídico do direito de audiência dos interessados no procedimento administrativo da RAEM

2.1. O conceito de “interessados” para efeitos do exercício deste direito

O artº 93º, nº 1 do CPAM estabelece que os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final (salvo nos casos previstos nos artºs 96º e 97º), devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta¹⁴.

12 Que ocorreu em 1 de Março de 1995 (v. o artº 5º do referido DL 35/94/M).

13 No entanto, este direito está já consagrado no artº 10º do mesmo diploma, do seguinte teor: “*Os órgãos da Administração Pública devem assegurar a participação dos particulares, bem como das associações que tenham por objecto a defesa dos seus interesses, na formação das decisões que lhes disserem respeito, designadamente através da respectiva audiência, nos termos deste Código*”.

14 Esta fase do procedimento nada tem a ver com o disposto no artº 88º, nº 2 segundo o qual, quando seja necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados, são estes notificados para o fazerem, por escrito ou oralmente, no prazo e condições que forem fixados. Assim, embora o órgão instrutor possa, em qualquer altura solicitar a colaboração do interessado, a fase da audiência só tem lugar no momento referido neste artigo, não podendo ser substituída por qualquer outra diligência, nomeadamente no

Assim sendo, a questão que logo se nos coloca é a de saber o que deve entender-se por “interessados”.

Ora, se o direito é exercido no procedimento administrativo, não-de considerar-se interessados aqueles a quem a lei confere legitimidade no procedimento, havendo, por isso que recorrer ao disposto nos art^{os} 54^o e 55^o.

Destes artigos resulta que são interessados no procedimento:

a) os titulares de direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos lesados pela actuação administrativa, quer se trate de pessoa singulares ou coletivas;

b) as associações que tenham por fim a defesa desses interesses;

c) no caso da protecção de *interesses difusos*, são ainda interessados:

1) Os cidadãos a quem a actuação administrativa provoque ou possa previsivelmente provocar prejuízos relevantes em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o património cultural, o ambiente, o ordenamento do território e a qualidade de vida;

2) Os residentes na circunscrição em que se localize algum bem do domínio público afectado pela acção da Administração.

3) As associações dedicadas à defesa de tais interesses¹⁵.

Os interessados gozam, desde logo, do direito de iniciar o procedimento (art^o 57^o), mediante requerimento escrito¹⁶ do qual conste:

a) A designação do órgão administrativo a que se dirige;

b) A identificação do requerente, pela indicação do nome, estado, profissão e residência;

c) A exposição dos factos em que se baseia o pedido e, quando tal seja possível ao requerente, os respectivos fundamentos de direito;

d) A indicação do pedido, em termos claros e precisos;¹⁷

e) A data e a assinatura do requerente, ou de outrem, a seu rogo, se o mesmo não souber ou não puder assinar (art^o 76^o, n^o 1).

Podem suceder que, por força do pedido, se verifique que há pessoas ou entidades

âmbito daquele art^o 88^o. Também art^o 88^o, n^o 2 prevê situação distinta da regulada nos art^{os} 93^o a 98^o, ao estabelecer que “Quando o órgão administrativo entenda que qualquer das questões enunciadas no número anterior é susceptível de obstar ao conhecimento do objecto do procedimento, o interessado deve ser informado sobre o sentido previsível da decisão e seus fundamentos e pode pronunciar-se sobre a questão no prazo de dez dias”.

15 De notar, no entanto, que a capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade (art^o 53^o, n^o 2).

16 Salvo nos casos em que a lei admite o pedido verbal.

17 “Em cada requerimento não pode ser formulado mais de um pedido, salvo se se tratar de pedidos alternativos ou subsidiários” (art^o 76^o, n^o 2).

que podem vir a ser prejudicadas com a eventual decisão favorável.

Também no caso de o procedimento ser da iniciativa da Administração pode haver pessoas ou entidades prejudicadas com o procedimento.

Neste último caso, determina o artº 58º, nº 1 que “O começo do procedimento por iniciativa da Administração é comunicado às pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos actos a praticar no procedimento e que possam ser desde logo nominalmente identificadas”.¹⁸

Ora, parece-nos que este artigo deve também ser aplicado quando o procedimento for da iniciativa do interessado directo.

E, assim, ao lado dos interessados “directos” termos também no procedimento interessados “indirectos” (que são os que podem vir a ser prejudicados com uma decisão favorável ao requerente do procedimento ou com a decisão final, se a iniciativa for da Administração) a que o artº 39º do CPACM, no âmbito do recurso contencioso, chama “contra-interessados”.

O conceito de interessados, em nosso entender, abrange também os contra-interessados que deverão também ser ouvidos antes da decisão final, se forem conhecidos e tiveram intervenção pessoal no procedimento^{19 20 21}.

De notar que, tal como resulta da 1ª parte do nº 1 do artº 58º, os interessados tanto podem ser os que iniciam o procedimento, como aqueles que nele tiverem

18 Salvo nos casos nos casos em que a lei dispense a comunicação e naqueles em que a mesma possa prejudicar a natureza secreta ou confidencial da matéria, como tal classificada nos termos legais, ou a oportuna adopção das providências a que o procedimento se destina (artº 58º, nº 2).

19 Neste sentido V. Luiz Cabral de Moncada - ob. citada, pág. 429 segundo o qual a audiência prévia é um direito dos interessados no procedimento e característica da posição procedimental destes. Por interessados, todavia, não podem ser aqui entendidos todos e quaisquer sujeitos da relação jurídica procedimental mas apenas os que nele intervieram pessoalmente, só estes devendo ser ouvidos. Ir mais longe deve ficar ao critério discricionário da Administração.

20 “A obrigação de ouvir os interessados abrange também os denominados contra-interessados (cfr. *Silvio Lessona*, in “*La giustizia amministrativa*”, pág. 61), ou seja, aqueles que eventualmente se põem contra o deferimento de uma determinada pretensão deduzida pelo interessado. Trata-se de uma audição que reverte em favor do interesse público, na exacta medida em que ao procedimento será carregada uma visão dos factos eventualmente contrapostos à do interessado formando, hipoteticamente, e elementos pertinentes à formação de uma correcta e adequada vontade por parte do órgão ou agente competente para a decisão final (cfr. *Giannini*, “*La giustizia amministrativa*”, pág. 52)” - Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 279.

21 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 525 “O direito de audiência deve ser facultado aos diversos interessados obrigatórios na decisão, mesmo àqueles que, tendo podido já intervir no procedimento, não o fizeram. Pelo contrário, os interessados facultativos ou secundários, nomeadamente não tendo intervindo no procedimento, só são ouvidos se a Administração o tiver por conveniente”.

intervenção posteriormente^{22 23}.

2.2. O conceito de “interessados” no direito comparado

O conceito de “interessados” acabado de referir e consagrado no CPAM não difere muito do usado no direito comparado, podendo ser mais ou menos pormenorizadamente especificado, mas abrangendo, no essencial, aqueles que possam vir a ser afectados nos seus direitos ou interesses legalmente protegidos pela decisão que possa vir a ser tomada no procedimento.

Assim, por exemplo, o actual Código do Procedimento Administrativo português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de Janeiro, refere-se a esta matéria nos art.ºs 67º e 68º, do seguinte teor:

“Artigo 67.º

Capacidade procedimental dos particulares

1 — Os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir através de mandatário.

2 — A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimento da incapacidade.

Artigo 68.º

Legitimidade procedimental

1 — Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.

2 — Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos

22 “Quem se constitui como interessado no procedimento fá-lo em nome de direitos e interesses que podem ser concorrentes com os que lá defende quem tomou a iniciativa dele, surgindo na qualidade de contra-interessados, mas podem ser também complementares e até comuns”. - Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 270.

23 Para um estudo mais aprofundado do conceito de “interessados” v., entre outros, Mário Esteves de Oliveira e outro - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Vol. I, Almedina, Coimbra 1993, págs. 323 e segs.

relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:

- a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;*
- b) As associações e fundações representativas de tais interesses;*
- c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.*

3 – Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido.

4 – Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões”.

Em Espanha, o artº 4º da Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, considera “*interesados en el procedimiento administrativo:*

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.*

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento”.

Já do direito brasileiro, o artº 9º da Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, estabelece que são legitimados como interessados no processo administrativo:

“I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos”.

A lei italiana - Legge 241/90 Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi – estabelece no seu artº 9 que:

“1. Qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento”.

A Secção 11 do Administrative Procedure Act (434/2003) da Finlândia – considera “Party” dispõe que:

“A person has standing as a party to an administrative matter where his/her rights, interests or obligations are affected by the matter”.

O artº 6º do Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA)1 of 20 December 1968 (Status as of 1 January 2015)- SUIÇA, considera também:

“Parties are persons whose rights or obligations are intended to be affected by the ruling and other persons, organisations or authorities who have a legal remedy against the ruling”.

A Section 13 do Administrative Procedure Act Alemão (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG) de 25 de Maio de 1976 (com alterações posteriores) considera “Participants”

- 1. Those making and opposing an application,*
- 2. Those to whom the authority intends to direct or has directed the administrative act,*
- 3. Those with whom the authority intends to conclude or has concluded an agreement under public law,*
- 4. Those who have been involved in the procedure by the authority under paragraph 2.*

(2) The authority may ex officio or upon request involve as participants those whose legal interests may be affected by the result of proceedings. Where such result has a legal effect for a third party, the latter may upon request be involved in the proceedings as a participant. If the authority is aware of such third

parties, it shall inform them that proceedings have commenced. (3) A person who is to be heard, but is not a participant within the sense of paragraph 1, does not thereby become a participant.

O artº 20º do Administrative Procedure Act de Taiwan estabelece que *“the term “party “ used in this Act denotes the following persons:*

- 1. An applicant and the adverse party to an application;*
- 2. A person subject to the administrative disposition rendered by an administrative authority;*
- 3. The opposite party to an administrative contract signed with an administrative authority;*
- 4. A person for whom administrative guidance is employed;*
- 5. A person filing a petition with an administrative authority; and*
- 6. Any other person intervening into administrative procedures under this Act.*

Finalmente²⁴ a SEC. 2. do ADMINISTRATIVE PROCEDURE ACT dos Estados Unidos da América, referindo-se aos conceitos de “PERSON AND PARTY” no seu procedimento administrativo, refere o seguinte:

“Person” includes individuals, partner-ships, corporations, associations, or public or private organizations of any character other than agencies. “Party” includes any person or agency named or admitted as a party, or properly seeking and entitled as of right to be admitted as a party, in any agency proceeding; but nothing herein shall be construed to prevent an agency from admitting any person or agency as a party for limited purposes”.

2.3. Tramitação deste “sub-procedimento”:

2.3.1. Momento e formas de realização da audiência de interessados

O exercício do direito de audiência dos interessados corresponde a um sub-procedimento do procedimento administrativo e tem lugar após concluída a instrução²⁵ e antes de ser proferida a decisão final (artº 93º, nº 1 do CPAM).

24 Muitos outros exemplos poderiam ser aqui referidos, mas os indicados são já suficientes para se ter uma ideia do conceito de “interessado” no procedimento administrativo.

25 O actual CPA português aboliu a expressão “concluída a instrução”, mantendo-se, no entanto, a obrigatoriedade da audiência antes de proferida a decisão final. Parece-nos mais correcta esta formulação pois, se o interessado requerer diligências, não se pode dizer que a instrução está encerrada. E, assim, esta só pode efectivamente ser encerrada após a audiência, a que se segue a decisão final.

Significa isto que qualquer intervenção que o interessado seja chamado a realizar, ou por sua iniciativa ou por iniciativa do órgão instrutor (por exemplo, prestação de informação ou apresentação de provas ao abrigo do artº 88º, nº 2 ou pronúncia sobre qualquer questão do procedimento) é distinta do exercício do direito que nos ocupa²⁶.

Assim, a falta da realização desta audiência no momento aqui referido pode conduzir à violação do referido direito com a consequente anulação da posterior decisão²⁷.

A audiência pode ter lugar oralmente ou por escrito, decidindo o órgão instrutor, em cada caso, se esta é escrita ou oral. Não existe, portanto, obrigação legal de o órgão instrutor seguir a forma escrita ou oral, situando-se a opção no âmbito do exercício de poderes discricionários e não podendo ser impugnada contenciosamente. Naturalmente que o órgão instrutor adoptará a forma que julgar mais adequada aos fins e celeridade do procedimento, tendo em conta o interesse público e também o dos interessados no procedimento^{28 29 30}.

No entanto, concorda-se aqui com Lino Ribeiro e José Cândido Pinho³¹

26 V. nota de rodapé nº 13 supra.

27 Sobre as consequências da violação deste direito – saber se determina a nulidade ou a simples anulabilidade do acto administrativo subsequente – a doutrina divide-se. Sobre esta questão nos pronunciaremos mais adiante.

28 “A decisão de ouvir o interessado por forma escrita ou oral depende exclusivamente do instrutor que deverá ponderar o que será mais conveniente para a celeridade do procedimento atendendo à natureza da questão sendo esta decisão discricionária” – Freitas do Amaral e outros – Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª edição, 2003, pág. 189.

29 O exercício do direito por qualquer das formas, no entanto, e de acordo com o nº 3 do artº 93º, suspende a contagem dos prazos em todos os procedimentos administrativos. “Os prazos procedimentais que ficam suspensos não são, em rigor, todos mas apenas aqueles cujo cumprimento está pré-ordenado à obtenção da decisão final, designadamente o prazo geral para a tomada da decisão final, não necessariamente os prazos intercalares próprios das diligências instrumentais daquela” - Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 430.

30 Será que a escolha da forma da audiência tem de ser fundamentada? Parece-nos que o órgão instrutor deverá fundamentar resumidamente os motivos da escolha, embora pareça não resultar da lei tal obrigatoriedade. No sentido da não obrigatoriedade dessa fundamentação v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Vol. I, pág. 526. Por sua vez, Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 432, refere que “Da notificação consta a decisão que este órgão tomou, no exercício dos seus poderes discricionários, sobre a forma oral ou escrita da audiência. Esta decisão não é impugnável pois os interessados são convocados para dizerem, sem restrições, o que se lhes oferecer sobre o projecto da decisão que lhes será comunicado e não sobre a forma escrita ou oral da audiência”.

31 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau –

quando escrevem: “No entanto, o órgão deve procurar satisfazer na medida do possível e da conveniência, o desejo do interessado. Se este manifestar intenção de se defender por escrito, não será boa prática ir contra essa intencionalidade ordenando uma audiência oral e vice-versa. Julgamos mesmo que a palavra escrita (em resposta) oferece um maior leque de garantias de defesa e de exposição dos pontos de vista do respondente, na medida em que lhe é permitido uma narração mais tranquila e abundante das questões em controvérsia, quer no domínio fáctico, quer no plano jurídico”³².

2.3.2. A audiência escrita

1. Optando o órgão instrutor pela realização da audiência escrita, são notificados os interessados para, em prazo não inferior a dez dias, dizerem o que se lhes oferecer (artº 94º, nº.1)

De acordo com o artº 72º, nº 1, do CPAM, as notificações devem ser feitas pessoalmente ou por ofício, telegrama, telex, telefax, ou por telefone, consoante as possibilidades e as conveniências. No caso concreto, uma vez que a notificação deverá ser acompanhada dos elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo pode ser consultado (nº 2 do artº 94º),³³ a notificação deverá ser efectuada pessoalmente³⁴

SAFP, pág. 489.

32 Também neste último sentido e que merece a nossa concordância, refere António Francisco de Sousa – CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 291/292 refere o seguinte: “O legislador deixou a opção por uma “audiência” escrita ou oral na discricionariedade da autoridade administrativa no pressuposto de que, na perspectiva das garantias dos interessados, tal opção seria indiferente. No entanto, este pressuposto está errado no que se refere a determinadas situações que, pela sua urgência, complexidade ou especificidade, aconselhariam uma “audiência” oral, sendo certo que a “audiência” escrita é aquela que maior segurança oferece, pelo que deveria sempre manter-se como a solução-regra”.

Esta ideia parece estar também presente na “Section 14 - The 1986 Administrative Procedure Act “da Suécia, onde se refere o seguinte: “Any applicant, appellant or other party who wants to make an oral statement in a matter concerning the exercise of public power in relation to someone shall be afforded an opportunity to do so, provided that due progress of the work so permits. Otherwise, the authority decides whether the procedure will be oral. The authority should pay regard particularly to the fact that oral procedure may enable the person to cope with the matter”.

33 O artº 122º, nº 3 do actual Código de Procedimento Administrativo Português, dando relevância aos novos meios tecnológicos determina também que, no caso de haver sítio na Internet da entidade em causa onde o processo possa ser consultado, a notificação deve incluir a indicação do mesmo para efeitos de o processo poder também ser consultado pelos interessados pela via eletrónica.

34 No entanto, quando a notificação pessoal se revelar impossível ou ainda se os interessados a notificar forem desconhecidos ou em número tal que inviabilize essas formas de notificação, é feita notificação

2. Questão que aqui se coloca é a de saber se devem ser notificados para o exercício deste direito apenas os interessados que intervieram no procedimento ou quaisquer outros que, tendo legitimidade para nele intervir, ali não tiveram qualquer intervenção.

Na verdade, de acordo com o artº 58º, nº 2 do CPAM o começo do procedimento por iniciativa da Administração é comunicado às pessoas cujos direitos ou interesses legalmente protegidos possam ser lesados pelos actos a praticar no procedimento e que possam ser desde logo nominalmente identificadas. Por outro lado, deve adoptar-se o mesmo procedimento quando a iniciativa possa ser de particulares. De qualquer modo, também nada impede que qualquer interessado, desde que demonstre a sua legitimidade, possa intervir por sua iniciativa no procedimento.

Ora, pode suceder que estes interessados, apesar de terem conhecimento do procedimento, acabem por não ter qualquer intervenção no mesmo. Será que deverão ser notificados para o exercício do direito de audiência?

Inclinamo-nos no sentido afirmativo já que, embora esses interessados não tenham tido anterior intervenção no procedimento, podem desejar fazê-lo nesta fase em que a instrução está feita ou em que podem ser requeridas novas diligências. Por outro lado, podem agora desejar formular alegações no sentido da defesa da posição da Administração se a decisão favorável afectar direitos ou

editais, afixando-se editais nos locais de estilo e publicando-se anúncios em dois dos jornais mais lidos do Território, um em língua portuguesa, outro em língua chinesa (artº 72º, nº 2 do CPAM).

35 Quando o número de interessados a ouvir seja de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável, deve proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada (artº 92º, alínea c) do CPAM). Neste sentido se determina também no artº 124º, nº 1, alínea d) do CPA português.

Já o artº 11º a) do Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA) of 20 December 1968 (Status as of 1 January 2015) da Suíça, estabelece que, sendo o número de interessados superior a 20, o órgão instrutor pode determinar que os mesmos constituam um ou mais representantes. No caso de essa representação não ter lugar em prazo razoável o órgão instrutor pode nomear um ou mais representantes dos interessados.

Por sua vez, o parágrafo 44º a (1) do Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG (General Administrative Procedure Act 1991 – AVG) austríaco determina que, sendo o número de interessados superior a cem, o órgão instrutor deve proceder a notificação edital, devendo o edital conter determinadas menções referidas no nº 2.

Também o Administrative Procedure Act de Taiwan de 30.12.2015, determina no seu artº 27º que, existindo elevado número de interessados no procedimento, estes devem eleger de entre eles, de um a cinco representantes que intervirão em seu nome no procedimento; no caso de não

interesses seus legalmente protegidos³⁷.

3. De acordo com o nº 2 do artº 94º a notificação deverá ser acompanhada dos elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos *os aspectos relevantes* para a decisão, nas matérias de facto e de direito, mas já o nº 1 do anterior artº 93º dizia também que os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

Estas duas normas suscitam também algumas questões, nomeadamente as de saber se devem ser notificadas todas as peças que constituem o processo e se é exigível que a administração elabore projecto de decisão a notificar aos interessados.

Relativamente à 1ª questão, resulta do teor literal da norma que não é exigível a notificação integral de todas as peças apresentadas no decurso do procedimento. Na verdade, quando o legislador assim o deseja costuma utilizar a expressão “*comunicação integral do conteúdo do processo*”³⁸.

Por outro lado, como referem Santos Botelho e outros,³⁹ esta solução representa vantagens para a Administração na medida em que em muitos casos, esta remessa seria onerosa para a Administração, e, por outro lado, acaba por

ter lugar essa eleição, pode o órgão instrutor designar um ou mais repre - sentantes que passarão intervir no procedimento em representação de todos os interessados.

36 Em matéria de notificação para o exercício deste direito, o Administrative Procedure Act de Taiwan, na redação de 30.12.2015, é mais pormenorizado, estabelecendo o seu artº 55º o seguinte: “*Before holding a hearing, the administrative authority shall serve upon the party and any other known affected person a written notice, giving therein the following details, and shall cause the notice to be published if necessary: 1. Subject matter of and grounds for the hearing; 2. Name or trade name and the domicile or residence, office or business location of the party; 3. Date and location of the hearing; 4. Basic procedure of the hearing; 5. That the party may appoint an agent; 6. The rights to which the party is entitled under article 61 hereof; 7. Date and location of preliminary hearing, if any, intended to be held; 8. The manner in which failure to appear before the hearing will be dealt with; and 9. The name of the authority holding the hearing*”. Pormenorizado é também em matéria desta notificação o Administrative Procedure Act (Act. Nº. 88º of 1993) do Japão - v. o seu artº 15º.

37 V. sobre esta questão as referências doutrinárias constantes das notas de rodapé nºs 18 e 19 supra.

38 No artº 55º, nº 1 do CPACM, para referir a remessa de todo o processo ao tribunal, o legislador diz o seguinte: “*1. Com a contestação, ou dentro do respectivo prazo, a entidade recorrida é obrigada a remeter ao tribunal o original do processo administrativo e todos os demais documentos relativos à matéria do recurso para ficarem apensos aos autos como processo instrutor*”.

39 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 403.

beneficiar os particulares que poderiam ficar a braços com um grande número de papéis de difícil decifração, não lhes sendo fácil distinguir quais os elementos relevantes⁴⁰.

Deste modo, a remessa com a notificação apenas dos elementos considerados relevantes pela Administração para decisão, em matéria de facto e de direito, facilita a resposta dos interessados, sendo certo que o que não pode é haver lugar a omissão de elementos relevantes para a decisão⁴¹.

De qualquer forma, os interessados podem consultar o processo na forma integral, já que uma das informações que a notificação também deve conter é a da indicação das horas e do local onde o processo pode ser consultado⁴².

Relativamente à 2ª questão cabe dizer o seguinte:

O artº 94º, nº 2, determina que “*A notificação fornece os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo pode ser consultado*”⁴³.

Perante preceito literalmente idêntico do CPA português, foi discutida na doutrina a questão de saber se o órgão administrativo deveria ou estava obrigado a elaborar e comunicar projecto de decisão, a fim de os interessados sobre ele se pronunciarem.

Assim, por exemplo, Freitas do Amaral e outros defendiam que a Administração Pública teria de elaborar um projecto de decisão comunicando-o ao interessado para sobre ele se pronunciar^{44 45}.

40 Sobre estes elementos relevantes dizem Freitas do Amaral e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, pág. 192: “*Os aspectos relevantes para a decisão que a Administração tenciona tomar têm de ser indicados com clareza sob pena de a formalidade essencial da audiência do interessado não se verificar: por isso a posição da Administração tem de ser fundamentada*”.

41 Sobre a questão v. ainda Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado, Fundação Macau –SAFP, págs. 491/492.

42 Este direito, aliás, está expressamente consagrado no artº 64º, nº 1, do seguinte teor: “*Os interessados têm o direito de consultar o processo que não contenha documentos classificados, ou que revelem segredo comercial ou industrial ou segredo relativo à propriedade literária, artística ou científica*”.

43 Sobre o conteúdo da notificação e elementos que a devem acompanhar v. Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, págs. 432/433 e Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFP, págs.490/492.

44 Código do Procedimento Administrativo, 2ª edição, págs. 162/163.

45 De notar, no entanto, que na 4ª edição -2003 desta obra, os mesmos autores terão abandonado este entendimento ao escreverem que “*Concluída a instrução, o órgão instrutor (ou na sua falta o órgão competente para a decisão final) informa o interessado do sentido provável da decisão, e respectivas razões*”, não fazendo referência a qualquer projecto de decisão.

Por sua vez, Santos Botelho e outros⁴⁶, Mário Esteves de Oliveira e outros,⁴⁷ e Pedro Machete⁴⁸, pronunciavam-se no sentido de a Administração não estar obrigada a elaborar projecto de decisão destinado a ser comunicado aos interessados. Isto porque, o legislador apenas referia a necessidade de informar os interessados sobre o sentido provável da decisão e de lhe fornecer os elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito. Se fosse intenção do legislador exigir aquele projecto tê-lo ia dito, certamente.

Também Lino Ribeiro e José Cândido Pinho⁴⁹, comentando o artº 89º do anterior CPAM (equivalente ao artº 93º do actual CPAM) referem que em nenhum ponto do código se comete ao órgão instrutor o ónus de elaboração de projecto de decisão e sua comunicação aos interessados. Por outro lado, isso violaria os mais sãos e modernos princípios orientadores da actividade administrativa transparente.

Sobre esta questão, no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 27/09/2011 - Processo nº 61/11.7YFLSB, e no sentido da não exigência de projecto de decisão, ficou escrito o seguinte:

“O direito de audiência consubstancia-se, pois, no direito do interessado a conhecer, previamente à decisão, o sentido provável desta, e a poder expor sobre ele o seu ponto de vista, direito que tem apoio no nº 5 do art. 267º da Constituição (que estabelece o direito de “participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito”).

Para poder exercer o seu direito, o interessado deverá ser notificado dos “elementos de facto e de direito relevantes para a decisão”, pois sem esses elementos seria impossível ao interessado apresentar os seus argumentos.

Tal não significa, porém, que a administração tenha de comunicar ao interessado a fundamentação de facto e de direito do sentido provável da decisão, como a recorrente pretende. No fundo, a sua pretensão é a de ter acesso ao projecto de decisão, para lhe opor as suas razões.

Mas tal pretensão excede manifestamente o teor e o sentido da lei, que

46 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 382.

47 “Por nós, entendemos que não, que o órgão instrutor não tem que fazer opções oficiais (que até podiam ser diversas das da instância decisória) sobre a decisão para que os factos apurados e as normas tidas como aplicáveis apontam - sem embargo, naturalmente, de esse “projecto” poder estar aí implícito” - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 528.

48 A audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica Editora, págs. págs. 496-501.

49 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau - SAFF, pág. 485.

somente quis evitar a prolação de “decisões-surpresa” para o interessado, atribuindo-lhe o direito de se pronunciar, previamente à decisão, sobre o sentido que a Administração considera provável (e que aliás não vincula a própria Administração). Mário Esteves de Oliveira, Pedro Costa Gonçalves e J. Pacheco de Amorim, *Código de Procedimento Administrativo Comentado*, 2ª ed., pp. 455 e 458. O conhecimento do sentido provável da decisão constitui já um notável reforço das garantias dos administrados, permitindo-lhes intervir antes da decisão, de forma a poder influenciá-la. Porém, o conhecimento (e o direito de impugnação) da fundamentação da decisão a proferir envolveria uma verdadeira intromissão do interessado no próprio processo de decisão, o que descaracterizaria o poder decisório da Administração e excederia as garantias constitucionais (o já citado art. 267, nº 5, da Constituição).”

No entanto, o legislador português viria a seguir o entendimento da necessidade do projecto e sua comunicação aos interessados ao estabelecer expressamente no artº 122º, nº 2 do actual CPA que “A notificação fornece o projeto de decisão e demais elementos necessários para que os interessados possam conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, em matéria de facto e de direito, indicando também as horas e o local onde o processo pode ser consultado”⁵⁰.

Pela nossa parte, e relativamente ao direito da RAEM, acompanhamos os que entendem não exigir a lei (artºs 93º e 94º do CPAM) a elaboração de projecto de decisão. A lei é bem clara, omitindo tal referência e mencionando claramente o que deve ser comunicado aos interessados: o sentido provável da decisão (bastando dizer que é intenção da Administração indeferir a pretensão do interessados ou interessados) e os elementos necessários para que os interessados fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão.

4. Notificados nos termos e para os efeitos do disposto no artº 94º, os interessados podem tomar duas opções:

- Ou se conformam com o sentido da decisão que lhes foi comunicada e que, em princípio, é no sentido do indeferimento da sua pretensão, ou no sentido do deferimento parcial ou condicionado, pois, se fosse em sentido totalmente

50 Aliás, e no âmbito do procedimento tributário, o artº 60º, nºs 4 e 5 da Lei Geral Tributária Portuguesa, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro havia também já estabelecido o seguinte: “4- O direito de audição deve ser exercido no prazo a fixar pela administração tributária em carta registada a enviar para esse efeito para o domicílio fiscal do contribuinte.

5- Em qualquer das circunstâncias referidas no n.º 1, para efeitos do exercício do direito de audição, deve a administração tributária comunicar ao sujeito passivo o projeto da decisão e sua fundamentação”.

favorável, não haveria necessidade da realização da audiência (v. a alínea b) do artº 97º); neste caso, existindo apenas um interessado (ou vários, mas nenhum desejando exercer o seu direito) segue-se a decisão final sem mais diligências.

- Ou se pronunciam sobre as questões que constituem objecto do procedimento produzindo as respectivas alegações, podendo também requerer diligências complementares e juntar documentos, tendo em vista inverter o sentido da decisão.

Conforme salienta Carla Vicente⁵¹ “O direito a ser ouvido tem uma dimensão funcional que se traduz na contribuição do particular para o apuramento dos factos relevantes mas tem também uma dimensão garantística. Na primeira valoriza-se o facto de os particulares carregarem para o procedimento as informações necessárias à decisão com vista à sua instrução completa, através de um procedimento dialogante, favorecendo-se igualmente a legitimação das decisões. Na última concretiza-se a participação dos interessados enquanto indivíduos portadores de interesses próprios que importa salvaguardar no procedimento, permitindo-lhes que transmitam o seu ponto de vista sobre o caso em apreço, de modo a não os reduzir a meros objectos da actividade administrativa.

Em qualquer das suas dimensões trata-se de um meio de que os particulares dispõem para desde logo controlar e influenciar a actividade da Administração comunitária numa fase em que a decisão ainda não está tomada.”

Igualmente Agustin Gordillo,⁵² salienta que o direito a ser ouvido pressupõe:

- a) A publicidade do procedimento, manifestada na possibilidade de o interessado em causa conhecer o expediente administrativo.
- b) A oportunidade de exprimir as suas razões antes de ser praticado o acto final.
- c) A consideração por parte da Administração de tais razões.
- d) Obrigação de decidir expressamente as petições.
- e) Obrigação de fundamentar as decisões analisando os pontos propostos pelos interessados.
- f) Direito ao patrocínio judiciário.
- g) Direito a oferecer e a produzir prova.
- h) Direito a que toda a prova pertinentemente oferecida venha a ser produzida.
- i) Que tal produção de prova seja efectuada antes da decisão final.

51 “A Audiência dos Interessados no (s) Procedimento (s) Administrativo (s) Comunitário (s) in <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/8384audiencia.pdf>.

52 Introducion al derecho administrativo; Teoria general del derecho administrativo, págs. 679 e 682, (citado “in” Santos Botelho e outros, ob. cit. pág. 379).

j) Direito a controlar a produção de prova”.

Desejando então o interessado exercer o seu direito, poderá fazê-lo no prazo que lhe for fixado e pelo órgão instrutor e que nunca será inferior a 10 dias, contados a partir da data da notificação e de acordo com os artºs 74º e 75º, devendo ser tidos em conta na respectiva fixação a complexidade do procedimento, a sua urgência e o interesse público, por exemplo.

Os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento (artº 94º, nº 5), ou seja sobre tudo o que se passou e averiguou ou devia ter passado e averiguado e sobre tudo o que deve ser tomado em conta na decisão final, desde que se trate de questão do seu interesse, não podendo, portanto, o órgão instrutor cingi-los a determinadas questões⁵³.

Se algum dos interessados suscitar questões novas ou no decurso das diligências requeridas por algum deles surgirem questões que possam determinar inversão da decisão comunicada, deverão os interessados ser de novo ouvidos^{54 55}.

5. Estabelece o artº 94º, nº 2, como acima referido, que os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos⁵⁶.

A questão que aqui se coloca é a de saber se o órgão instrutor está obrigado a deferir as diligências requeridas ou se pode não as realizar (ou não aceitar os

53 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra, 1993, Vol. I, pág. 527.

54 Neste sentido v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 529, Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 409, Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 440 e Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFF, págs. 486/487.

55 Neste sentido v. também o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de Portugal, de 01/27/2000-P000641999, no qual se escreveu: “*No caso de a intervenção do interessado ou a realização de novas diligências de prova, produzirem uma modificação dos elementos preexistentes no procedimento, deve ter lugar nova audição do órgão consultivo se a novidade dos elementos for substancialmente relevante*”.

56 No que se refere a diligências complementares (quer a audição tenha lugar pela forma escrita, quer pela forma oral), o legislador da RAEM omitiu um artigo dedicado a essa matéria (tanto na versão inicial do CPA, como na que foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro de 1999) e que constava do artº 104º (hoje 125º) do CPA Português. Parece-nos que seria desejável a inclusão desse artigo a seguir ao artº 97º, de modo a vincar melhor o direito do interessado. Sobre esta fase v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 537/538.

documentos) por entender que as mesmas são irrelevantes para a decisão.

Concordamos aqui com a doutrina que considera que tais diligências poderão ser indeferidas, ficando essa decisão na discricionariedade do órgão instrutor⁵⁷.

Na verdade, se é certo que, de acordo com o artº 59º os órgãos administrativos, mesmo que o procedimento seja instaurado por iniciativa dos interessados, podem proceder às diligências que considerem convenientes para a instrução, ainda que sobre matérias não mencionadas nos requerimentos ou nas respostas dos interessados, também é certo que o artº 60º lhes impõe o dever de providenciar pelo rápido e eficaz andamento do procedimento, quer recusando e evitando tudo o que for impertinente ou dilatatório⁵⁸. Sendo assim, se o órgão instrutor entender que um documento junto ou uma diligência requerida não relevam para a decisão, pode recusar a realização da diligência ou a junção do documento⁵⁹.

6. Ao contrário do que sucede no caso da audiência oral em que, como veremos, a mesma pode ser adiada verificando-se o disposto no artº 95º, nº 3, o artº 94º nada refere sobre a possibilidade da concessão de novo prazo para o efeito.

Sobre esta questão Mário Esteves de Oliveira e outros⁶⁰ escreveram o seguinte: “*Não se adoptou para a audiência escrita a possibilidade de adiamento*”

57 Neste aspecto particular, Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau - SAFP, pág. 492 referem que “*estas diligências e os documentos apresentados não-de ter a marca da pertinência podendo o órgão instrutor recusar fundamentadamente umas e outras, a coberto do artº 57º - actual artº 60º*”. No mesmo sentido v. António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 294, Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 440 e Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 529 e 540, referindo estes últimos que estamos aqui perante uma questão de “*liberdade probatória*” sujeita ao regime próprio aplicável a estas matérias.

58 Trata-se, ao fim e ao cabo, de um princípio também vigente em processo civil, estabelecendo o artº 6º, nº 1 do respectivo Código que “*Incumbe ao juiz, sem prejuízo do ónus da iniciativa das partes, providenciar pelo andamento regular e célere do processo, ordenando as diligências necessárias ao normal prosseguimento da acção e recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório*”. No âmbito do processo administrativo, o artº 65º, nº 2. do CPACM diz também que “*O juiz ou o relator devem limitar a produção de prova aos factos que considerem relevantes para a decisão da causa e sejam susceptíveis de prova pelos meios requeridos*”.

59 Neste sentido o artº 38º -2º da Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999 que regula o processo administrativo na Administração Pública Federal, estabelece também que podem ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

60 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 528.

da data marcada, que se estabeleceu em relação à audiência oral, no n.º3 do art.º 102.º. Mas deve valer o mesmo princípio e anotações que aí propomos”.

À primeira vista esta questão parece não ter razão de ser.

Na verdade, a audiência oral constitui um acto localizado no tempo em que, se o interessado não puder comparecer, fica comprometido o seu direito. Por isso, é justo e razoável que, em caso de falta fundamentada seja marcada outra data com para o mesmo fim. No caso da audiência escrita, o interessado tem um prazo maior ou menor para preparar a sua resposta, pelo que não faria sentido qualquer outro prazo, para além do inicialmente fixado.

No entanto, a questão não é despicienda, já que o interessado pode ter estado impossibilitado de preparar a sua resposta no prazo que lhe foi concedido. Ora, se for apresentada justificação aceitável – por exemplo justo impedimento –, parece que nada impede que seja concedido novo prazo para o exercício do direito, sob pena de desigualdade relativamente à audiência oral em que se admite o adiamento da diligência em casos justificados.

2.3.3. A audiência oral

1. Tendo o órgão instrutor optado pela realização de audiência oral, o interessado ou interessados são convocados para comparência em dia e local designado, com uma antecipação de, pelo menos, oito dias.

Temos aqui uma situação paralela à da audiência escrita que é a da concessão de prazo para a preparação da audiência por parte do interessado.

Assim, enquanto na audiência escrita é concedido um prazo não inferior a 10 dias contados da notificação, na audiência oral a diligência deve ser marcada de modo a que o interessado, a partir da notificação, possa dispor no mínimo de oito dias para preparação da audiência.

A convocação pode ser efectuada pelas formas previstas nos n.ºs 1 e 2 do art.º 72.º (pessoalmente ou por ofício, telegrama, telex, telefax, ou por telefone, consoante as possibilidades e as conveniências ou ainda, se qualquer das referidas formas de notificação pessoal se revelar impossível ou ainda se os interessados a notificar forem desconhecidos ou em número tal que inviabilize essas formas de notificação, é feita notificação edital, afixando-se editais nos locais de estilo e publicando-se anúncios em dois dos jornais mais lidos do Território, um em língua portuguesa, outro em língua chinesa)⁶¹.

61 O actual Código do Procedimento Administrativo Português permite também a notificação por correio eletrónico ou notificação eletrónica automaticamente gerada por sistema incorporado em sítio eletrónico pertencente ao serviço do órgão competente ou ao balcão único eletrónico, por edital, quando seja esta a forma de notificação prescrita por lei ou regulamento ou quando os notificandos forem incertos ou de paradeiro desconhecido e por anúncio, quando os notificandos

No entanto, embora o artº 95º o não refira, também neste caso aos interessados tem de ser dado a conhecer o sentido provável da decisão (artº 93º, nº 1) devendo a notificação ser acompanhada dos elementos necessários para que fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito e indicando-se também as horas e o local onde o processo pode ser consultado (nº 2 do artº 94º)⁶². Deste modo, ainda que se adopte uma forma de notificação como, por exemplo, o telefone ou telefax, sempre necessário é enviar também os documentos referidos em separado, pelo que melhor é adoptar uma forma de notificação que permita a remessa em simultâneo da notificação e demais elementos.

2. Notificada a data da realização da audiência, tal como determina o nº 1 do artº 95º, esta não pode ser adiada por falta de comparência dos interessados, salvo se for apresentada justificação da falta até ao momento fixado para a audiência (nº 3). Deste modo, se o interessado souber já antecipadamente da sua impossibilidade de comparência na data designada, deve justificar a falta e pedir o adiamento da diligência. Se o motivo justificativo da falta ocorrer no dia da diligência deve ser a mesma ser justificada até ao momento da realização desta.

Questão que se coloca é a de saber se esta disposição é imperativa não admitindo em qualquer caso justificação da falta em momento posterior ao da data designada para a audiência.

Freitas do Amaral e outros⁶³ referem sobre esta matéria que, neste caso, a Administração não está impedida de fixar nova data para a audiência. No entanto, apresentada antes ou posteriormente, a justificação para a falta tem de ser razoável e ponderada atendendo à possibilidade de o interessado exercer o direito de participação sem prejuízo da celeridade do procedimento.

No mesmo sentido se pronunciam Lino Ribeiro e José Cândido Pinho⁶⁴ quando escrevem que pode ocorrer motivo de força maior – por exemplo doença súbita do interessado ou familiar próximo no dia da diligência e impossibilidade de comunicação ao órgão instrutor – que justifique a marcação de nova data para

fõrem em número superior a 50 (artº 112º, nº 1, alíneas c), d) e e)).

62 Neste sentido também Mário Esteves de Oliveira e outro - Ob. Citada., pág 531 quando escrevem: *“A convocação dos interessados para a audiência oral - por notificação, é óbvio, quando são conhecidos e identificados - está sujeita, embora o artigo não o explicita, aos requisitos referidos no nº 2 do art-º 101º -.”* equivalente ao nº 2 do artº 94 do CPAM. Neste sentido v. também Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau –SAFP, pág. 494.

63 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, 4ª edição, 2003, pág. 193.

64 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau –SAFP, pág. 496.

a audiência⁶⁵.

Concordamos com este entendimento, sob pena de o direito não poder exercido^{66 67}.

3. Do artº 95º nada resulta relativamente à tramitação da audiência oral, limitando-se os nºs 2 e 4, respectivamente, a referir que nela podem⁶⁸ ser apreciadas todas as questões com interesse para a decisão, nas matérias de facto e de direito e que da mesma é lavrada acta, da qual consta o extracto das alegações feitas pelos interessados.

Verifica-se, assim, que ao contrário do que sucede noutros sistemas jurídicos,⁶⁹ a audiência oral não está regulamentada, talvez porque o legislador

65 Um outro exemplo de justificação posterior aceitável para o adiamento seria o caso de o interessado ter tido um acidente no momento em que se dirigia para a audiência, não podendo a falta ser apresentada, por exemplo, por aquele ter sido conduzido ao hospital.

66 Ainda sobre esta questão António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 292, diz-nos também o seguinte: *“Em certas circunstâncias de urgência e de força maior será de admitir que o interessado não possa justificar a sua ausência até ao momento de realização da audiência, suscitando-se então a questão de saber se, mesmo contra a lei, pode ou deve ser marcada nova audiência. A resposta a esta questão passará sempre por uma atenta análise da situação em concreto, da relevância dos bens em perigo, devendo imperar a justiça e/ou a equidade da solução. Será o caso, por exemplo, de um pai que no momento em que se deve dirigir para a audiência tem de prestar socorro a um seu filho gravemente acidentado. Repugnaria não admitir a possibilidade de nova audiência em tal situação e noutras idênticas”*.

67 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 531, referem, no entanto, que a falta de comparência dos interessados regularmente convocados só obriga a adiar a audiência, quando o respectivo interessado apresentar, antes da mesma se realizar (ou logo a seguir à cessação do evento impeditivo, se este se verificar in itinere), justificação da respectiva falta - como resulta do nº 3 deste artº^{102º}. Noutras circunstâncias, o adiamento depende da decisão livre do órgão instrutor; ou, então, de decisão sua subordinada à do órgão decisório.

68 Sobre estes termo *“podem”* diz António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág.292 *“O artº 102.º, n.º 2, do CPA, determina que na audiência “podem” ser apreciadas todas as questões com interesse para a decisão, nas matérias de facto e de direito. Trata-se de uma redacção infeliz, que formalmente atribui um poder discricionário que verdadeiramente não existe. Como regra geral, o “podem” deve ser substituído por “devem”, porque assim o exigem o interesse público de uma decisão final correcta e justa, e as garantias do interessado. Com o devido respeito, o termo está bem utilizado. Na verdade, na audiência só são ouvidos os interessados e são eles que estabelecem o que querem tratar. Logo, não existe aqui nenhum dever de apreciação de todas as questões com interesse para a decisão, cabendo a escolha das questões aos interessados. O órgão não tem aqui intervenção, tal como resulta do nº 4 do artº 95º (equivalente ao nº 2 do artº 102º do CPA português) onde se diz que da acta, deve constar o extracto das alegações feitas pelos interessados. Ora, sendo a acta o registo do que se passa na diligência, se o órgão também tivesse intervenção relevante, também tal deveria constar da acta.*

69 Por exemplo, o Administrative Procedure Act de Taiwan, na redacção de 30.12.2015, regula esta

entendeu que, atenta a sua natureza, essa regulamentação não se justificaria⁷⁰.

Assim, “*não há um ritualismo definido que importe observar na audiência oral. O mais comum é que o órgão dê a palavra ao interessado para se pronunciar sobre as questões com interesse para a decisão. E como aquele está já de posse de todos os elementos que repute de interessantes essa é a ocasião para sustentar a sua tese*”,⁷¹ podendo, eventualmente, discordar da matéria de facto ou contrapor diferente solução jurídica.

O órgão instrutor, por sua vez, tem um papel meramente passivo, independente e de condução da diligência, matéria que pode ser relevante quando sejam muitos os interessados, sendo, nesses casos, necessário estabelecer a ordem de audiência e, eventualmente intervir se a exposição estiver a afastar-se da matéria relevante para a decisão. Pode também ser necessária a suspensão da audiência e a sua continuação noutra dia, o que também aquele terá de decidir.

Em nosso entender, e relativamente à matéria da decisão, o órgão instrutor apenas poderá fazer esclarecimentos suscitados pelos interessados ao abrigo do artº 9º, nº 1, alínea a).

Ao contrário do que sucede no regime da Suiça⁷² em que se permite e encorajam as partes no sentido de acordo sobre o conteúdo da decisão, nomeando-se mesmo como mediadora uma entidade independente, e suspendendo-se o procedimento para tentativa de acordo, nem no artº 95º nem no artº 94º, nem qualquer outra norma do CPAM está prevista situação semelhante⁷³.

matéria com muito pormenor nos seus artºs 54º a 66º, dizendo como se inicia a diligência, quais os direitos dos interessados, os poderes do órgão administrativo, etc. Do mesmo modo, os artºs 19º a 25º do Administrative Procedure Act (Act. Nº. 88º of 1993) do Japão, regulam esta matéria, estabelecendo quem a ela preside, seus poderes, direitos dos interessados, possibilidade de adiamento e suspensão da audiência, consequências da falta injustificada de alguns interessados, conclusão da audição, etc.

70 E, efectivamente, essa audiência é completamente distinta dos casos de Taiwan e Japão, em que os interessados podem produzir provas, colocar questões às entidades administrativas, às testemunhas e aos demais interessados e tendo também a entidade administrativa uma posição activa na direcção da audiência (ao contrário do que sucede na RAEM e também em Portugal cujo regime é idêntico, mesmo no novo CPA).

71 Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAEP, págs. 494.

72 V. artº 33 b do Federal Act on Administrative Procedure (Administrative Procedure Act, APA) of 20 December 1968 (Status as of 1 January 2015)

73 O artº 57º do CPA de Portugal prevê acordos endoprocedimentais, estabelecendo o seguinte:
 “1— *No âmbito da discricionariiedade procedimental, o órgão competente para a decisão final e os interessados podem, por escrito, acordar termos do procedimento.*
 2— *Os acordos referidos no número anterior têm efeito vinculativo e o seu objeto pode, designadamente, consistir na organização de audiências orais para exercício do contraditório*

4. Não resulta do artº 95º, mas tem de entender-se, até por uma questão de igualdade com os interessados ouvidos por escrito, que os interessados ouvidos oralmente podem também, tal como aqueles, juntar documentos e requerer diligências complementares⁷⁴ 75.

Por outro lado, e embora a audiência seja realizada presencialmente⁷⁶ e o interessado se expresse oralmente, o mesmo pode juntar alegações escritas na audiência.

Estas alegações, todavia, e de acordo com a parte final do nº 4 do artº 95, podem também ser juntas depois da audiência.

Comentando o artº 102º, nº 4 do CPA português (anterior ao actualmente em vigor), equivalente àquele nº 4 do artº 95º, dizem Mário Esteves de Oliveira e outros⁷⁷ dizem-nos o seguinte: “*A faculdade de o interessado apresentar alegações escritas posteriormente à realização da audiência justifica-se por se poder chegar à conclusão que não ficaram convenientemente esclarecidos os pontos de vista expendidos na audiência oral mas é uma faculdade que parece um corpo estranho no sistema da lei, nomeadamente, transformando a audiência oral numa audiência escrita que, ainda por cima, é consentida para além do prazo legal, sem necessidade de justificativo e à revelia da decisão do órgão instrutor*”.

entre os interessados que pretendam uma certa decisão e aqueles que se lhe oponham.

3— Durante o procedimento, o órgão competente para a decisão final e os interessados também podem celebrar contrato para determinar, no todo ou em parte, o conteúdo discricionário do ato administrativo a praticar no termo do procedimento.”

74 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 532, Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 403, António Francisco de Sousa – CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 292., Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFP, pág. 495 e Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 435.

75 Como já acima referimos, apesar desta faculdade, o legislador de Macau, ao contrário do CPA de Portugal, não consagra nesta parte do direito de audiência qualquer artigo relativamente a diligências complementares, à semelhança do que acontecia com o artº 104º (actual artº 125º) do CPA português, do seguinte teor: “*Após a audiência, podem ser efectuadas, oficiosamente ou a pedido dos interessados, as diligências complementares que se mostrem convenientes.*” Este direito resulta da aplicação do nº 3 do artº 94º, aplicável à audiência escrita e nos termos do qual “*Na resposta, os interessados podem pronunciar-se sobre as questões que constituem objecto do procedimento, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos*”.

76 Artº 123º, nº 1 do CPA português permite também a realização desta audiência por teleconferência, quando tal se justifique e existindo os meios necessários para o efeito.

77 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 532.

É a informalidade a comandar em absoluto esta fase do procedimento, se a Administração *optar pela audiência oral. O que, ou significa um favor legislativo desta forma de audiência ou, então, deve essa informalidade considerar-se também aplicável à audiência escrita, por não se verem razões para distinguir nesta parte, pelo menos em geral, entre uma e outra*”.

Com o devido respeito, a junção de alegações depois da audiência, não pode ser arbitrária, pelo que discordamos do afirmado por estes autores na parte final transcrita.

Na verdade, se é certo que como referem os mesmos autores⁷⁸ que “É bom que se tenha *previsto expressamente a existência de uma fase posterior à audiência dos interessados, pois esta pode ter trazido ao procedimento factos, questões e provas que nele não tivessem sido ainda (adequadamente) consideradas pelo instrutor para efeitos do artº101º, nº2 e 102º, nº1*, das duas uma: ou estamos apenas perante meras alegações, ou perante requerimento de diligências complementares.

Ora, se o interessado pretende ainda e apenas juntar alegações escritas após a audiência, sem requerer novas diligências, pode fazê-lo, mas tem de manifestar essa intenção perante o órgão instrutor que, para o efeito, lhe deve conceder prazo, ou tem de considerar-se o prazo supletivo legal (no caso 15 dias após a audiência (artº 73º, nº 2 do CPAM).

Diferente é o caso de ele requerer diligências suplementares⁷⁹.

Neste caso, não há razão para alegações escritas após a audiência, pois após a realização das diligências requeridas ou outras realizadas oficiosamente, haverá lugar a nova audiência, a qual até poderá revestir a forma escrita⁸⁰.

78 Ob. Citada pág. 537.

79 Como bem refere Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 435, o fim da audiência não encerra a possibilidade de o interessado juntar elementos novos ao processo, nem de a Administração lhe juntar oficiosamente outros elementos. Porém, isto implica que na audiência tenham sido requeridas diligências complementares, o que não sucede se apenas houver lugar a alegações escritas. Quando muito, admitimos que nessas alegações – apresentadas depois da audiência mas sujeitas a prazo, conforme acima referido – possam ser apresentados novos factos que o órgão instrutor julgue relevantes e deseje investigar.

80 Parece assim, não fazer sentido a afirmação daqueles autores segundo a qual aquela faculdade “*Parece um corpo estranho no sistema da lei, nomeadamente, transformando a audiência oral numa audiência escrita que, ainda por cima, é consentida para além do prazo legal, sem necessidade de justificativo e à revelia da decisão do órgão instrutor*”, já que estas alegações terão de ser apresentadas em prazo fixado ou no prazo legal e só se não tiverem sido requeridas diligências complementares.

2.4. A inexistência da audiência⁸¹

Logo na parte inicial do artº 93º, ao referir “*Salvo o disposto nos artigos 96.º e 97.º*” o legislador deixou claro que poderiam existir casos em que a audiência não teria lugar.

Tais casos estão previstos nos citados artigos, consagrando-se, no primeiro, os de inadmissibilidade legal e no segundo os de dispensa por opção do órgão instrutor.⁸²

Os casos de inexistência são distintos do de dispensa, na medida em que no primeiro caso é o próprio legislador a determinar que não haverá audiência, enquanto no segundo pode ou não ter lugar, gozando a Administração de discricionariedade nesta matéria. No dizer de Mário Esteves de Oliveira e outros,⁸³ ocorre no primeiro caso uma dispensa legal da audiência, enquanto no segundo tem lugar uma dispensa administrativa.

Começemos então por apreciar os casos referidos no artº 96º.

1. Desde logo, o legislador não permite a realização da audiência quando a decisão seja urgente. No entanto, como referem Mário Esteves de Oliveira e outros⁸⁴ as excepções ao direito de audiência admitidas neste nº 1 só valem como regra geral, na medida em que há procedimentos (os sancionatórios de natureza disciplinar ou outros) em que não pode ser dispensada a audiência.

Por outro lado, por muito mediata que se julgue ser a ligação do direito geral de audiência às garantias fundamentais, deve entender-se que, como concretização ou afirmação de um valor constitucional, ele só pode ser negado, mesmo em processos menos melindrosos do que os disciplinares, quando não haja outras

81 “*As causas de inexistência de audiência dos interessados, a que se refere o n.º 1 do artigo 103º do CPA, são objectivas e relevam do exercício de um poder administrativo estritamente vinculado quanto aos respectivos pressupostos, mesmo quando envolva um juízo de previsão sobre a utilidade do procedimento ou o preenchimento de um conceito indeterminado (alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 103º)*” - v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal de 14/02/2002 - P001422001.

82 Não se compreende muito bem a razão da existência de dois artigos sobre esta matéria que representam apenas a transcrição “*ipsis verbis*” do artº 92º do anterior CPAM e quando nada acrescentam a este. Por outro lado, a epígrafe “inexistência de audiência” não é correcta, tal como não era no CPA português, uma vez que o que está em causa é a inadmissibilidade legal da mesma. Pelo que melhor ficaria na epígrafe “*Inadmissibilidade legal*”. Já o texto está correcto ao afirmar que “*não há lugar audiência*”, nos casos enunciados e porque a lei o não permite. O actual CPA português, não contém hoje casos de inadmissibilidade legal de audiência, mas apenas dispensa por iniciativa do órgão instrutor, estando, no entanto, sujeita a controlo contencioso esta opção (artº 124º).

83 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 535.

84 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 533.

medidas (provisórias) que permitam à Administração precaver-se contra as razões de urgência ou contra a potencial inutilidade ou impossibilidade da decisão⁸⁵.

De qualquer forma, a questão que logo se suscita é o que seja uma decisão urgente.

Aqui a urgência nada tem a ver com a celeridade do procedimento⁸⁶ a qual visa, designadamente, a prontidão e eficácia da acção administrativa, nem com a intenção de a Administração pretender pôr termo rápido ao mesmo.

O que aqui está em causa é a urgência na satisfação da necessidade pública que com a decisão a tomar no procedimento se pretende alcançar. (Por ex. encerramento de estabelecimento industrial ditado pela gravidade da situação em termos de saúde pública e ambiental – questão reportada no Acórdão do STA de 29.10.1997 – Processo nº 031308 ou demolição imediata de prédio em ruínas por representar perigo para os transeuntes).

Sobre essa decisão urgente, no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13.10.2004 – Processo: 01218/02 (Pleno da SCA) ficou escrito que a situação de urgência que justifica a não audiência dos interessados, nos termos da alínea a), do nº 1, do artº. 103º do C.P.A. tem natureza excepcional, só ocorrendo quando haja de prosseguir determinada finalidade pública em que o factor tempo se apresente como elemento determinante e constitutivo e seja impossível cumprir-la através da observância dos procedimentos normais.

Essa urgência, porém, terá de resultar objectivamente da própria decisão e deverá estar ligada a imperativos indeclináveis, só ela habilitando a Administração

85 Talvez por isso, o novo CPA português não consagre hoje a dispensa legal da audiência, podendo esta ser sempre realizada, embora essa possibilidade fique ao critério da Administração, o qual, naturalmente pode ser sindicado contenciosamente (v. o artº 124º do actual CPA português). Pronunciando-se sobre esta questão diz-nos Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 436, o seguinte: “Agora a audiência existe sempre, salvo nos casos em que a lei dá à Administração o poder discricionário de a dispensar. Daqui resulta que a omissão da audiência é sempre violação de uma formalidade essencial do acto, a não ser que tenha sido dispensada mediante uma decisão administrativa que deve ser obviamente fundamentada e notificada e está sujeita a impugnação graciosa e contenciosa. A obrigação de audiência existe sempre. Pode é ser dispensada mas o título adequado para tal dispensa é sempre um acto administrativo de dispensa sujeito ao regime geral que lhe cabe”.

86 “E também não são razões ligadas com a necessidade de cumprimento do prazo legal de conclusão do processo ou com a necessidade de prevenir o aparecimento de actos tácitos -pelo menos, nos casos em que tais efeitos têm contra-interessados -, que podem ser invocadas para justificar o preenchimento do pressuposto da urgência da decisão. Para prevenir ou remediar essas situações, a Administração dispõe, com efeito, de poderes situados no âmbito do princípio da informalidade e da celeridade, mas não pode, obviamente, sacrificar posições e direitos procedimentais dos interessados, com o cariz deste”. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 534.

a praticar um determinado acto sem audiência do interessado⁸⁷.

Também ficou escrito no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13.12.2001 – Processo: 041533 (Pleno da Secção do CA) que a inexistência da audiência prévia do interessado por urgência da decisão pressupõe que a decisão seja objectivamente urgente, o que resultará da natureza da própria decisão, e que o órgão da Administração que a vai proferir, sem audiência do interessado, justifique essa urgência.

Por outras palavras ainda o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Subsecção do CA), de 06/12/1997 – Processo: 041616 diz-nos que a urgência deverá ser concebida como uma noção circunstancial, com base em factos concretos, que legitimem o abandono de um procedimento “normal”, para se adoptar um procedimento “*excepcional*” e onde o factor tempo se apresenta como elemento determinante e constitutivo. A decisão que a Administração entenda dever tomar, sobre a dispensa da audiência deverá ser devidamente fundamentada, mediante a identificação do específico interesse público a prosseguir com a decisão, tido por incompatível com a observância do princípio da audiência.

Como salientam Santos Botelho e outros⁸⁸ o termo “*urgente*” veicula um conceito indeterminado que tem de ser preenchido com referência a valores e depois de devidamente ponderadas as circunstâncias de cada caso.

Desde modo, embora não seja possível afastar elementos de valoração subjectiva, traduzida na apreciação das condicionantes de cada caso, a decisão que a Administração entenda dever tomar terá de ser devidamente fundamentada mediante a clara enunciação do específico interesse público a prosseguir com a decisão e tido por incompatível com a observância da audiência do interessado.

E, assim, na fundamentação relativa aos casos de decisão urgente devem ser indicados os factos que revelam essa urgência e também aqueles impedem a realização da audiência no prazo mínimo da lei – bem como a eventual ponderação da sua substituição por outras medidas provisórias.

Em conclusão “*A urgência da decisão é, portanto, aferida em relação à situação objectiva, real, que a decisão procedimental se destina a regular; não em relação à urgência procedimental, que esta não justifica (em regra, pelo menos) a preterição de formalidades essenciais do procedimento.*”

Por todas estas vertentes, que são legalmente vinculadas, o juízo sobre a

87 Sobre casos de urgência para efeito de não realização da audiência v. os Acórdãos do STA (2ª Subsecção do CA), de 06.04.02 – Processo nº 135/02 e de 22.1.02 – Processo nº 45155.

88 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 406.

urgência da decisão pode ser objecto de fiscalização contenciosa”⁸⁹ 90.

2. Outro fundamento para a não realização da audiência é o de “*razoavelmente se prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade da decisão*”⁹¹ 92 93.

Também nestes casos o órgão instrutor goza de discricionariedade na apreciação dos factos susceptíveis de integração no conceito de “*razoável previsão do comprometimento da execução ou utilidade da decisão*”.

Assim, cabe-lhe verificar se existem factos comprometedores dessa utilidade ou possibilidade execução, caso em que não terá lugar a audiência. Na dúvida, deverá esta ter lugar, recorrendo a Administração, se necessário e em vez da negação do direito, a medidas provisórias de acordo com o artº 83º.

89 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 535.

90 Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág. 129, consideram que só haverá urgência para este efeito se a decisão final tiver que ser tomada em prazo incompatível com a duração mínima da audiência dos interessados, que é de oito dias (artº. 102º, 1 CPA).

91 Com este fundamento o artº 58º, nº 2 determina também que não há lugar à comunicação do início do procedimento quando a mesma possa prejudicar a natureza secreta ou confidencial da matéria, como tal classificada nos termos legais, ou a oportuna adopção das providências a que o procedimento se destina.

92 O Acórdão do TSI da RAEM, de 24/04/2003 - Processo nº 30/2001 (no mesmo sentido v. os Acórdãos do mesmo Tribunal, de 24/04/2003 - Processo nº 41/2001 e de 24/04/2003 - Processo nº 107/2001), considerou não ser aplicável o direito de audiência no caso do art.º 14.º, n.º 2, al. b), do Decreto-Lei n.º 55/95/M, de 31 de Outubro, o qual consagra uma medida de polícia, já que visa intervir no exercício de actividades individuais susceptíveis de fazerem perigar interesses gerais que se prendem mais concretamente com a manutenção da ordem pública e segurança de Macau, que podem ser postos em perigo com a entrada e permanência de não residentes. Assim, não há lugar à audiência do particular visado, sob pena de se frustrar os fins que presidem à adopção da medida e a utilidade da mesma (cfr. o art.º 96.º, al. b), do Código do Procedimento Administrativo), restando, pois, ao visado, se assim entender, exercer o seu contraditório subsequente através de meios impugnatórios quer administrativos quer contenciosos legalmente admissíveis, nem há lugar à comunicação ao visado do começo do respectivo procedimento administrativo (por força do n.º 2 do art.º 58.º do mesmo Código), por essa comunicação poder prejudicar a oportuna adopção da providência de interdição de entrada, dada a natureza e o alcance desta como uma medida de polícia.

93 “*A declaração de inexistência do direito de audição, nos termos previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 103º do CPA, exige, segundo um juízo de prognose, que o cumprimento da formalidade implique, com grande probabilidade, a própria inutilização do procedimento - por não poder ser concluído em tempo útil -, ou a impossibilidade de executar a decisão - por não possuir já qualquer efeito prático*”- v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal de 14/02/2002 - P001422001.

O despacho a reconhecer a inexistência da audiência tem de ser fundamentado e mencionar os factos concretos nos quais a Administração se baseia para assim decidir, invocando qual o prejuízo resultante da realização da audiência, sob pena de vício de procedimento por falta de audiência.

3. O terceiro caso em que a lei prevê em que não haverá lugar à audiência é o de o número de interessados a ouvir ser de tal forma elevado que a audiência se torne impraticável. Nestes casos, no entanto, deve proceder-se a consulta pública, quando possível, pela forma mais adequada^{94 95}.

Ora, também aqui a Administração tem uma tarefa complexa de fundamentação, já que é difícil saber quando é que a audiência é impraticável, por existência de elevado número de interessados.

É que, por um lado, esta norma não estabelece qualquer valor quantitativo que permita concluir quando é que estamos perante número de interessados é elevado; ⁹⁶ por outro, mesmo sendo muitos os interessados, também não se diz quando é que a audiência é impraticável.

No entanto, parece que a lei está aqui a pensar nos designados “actos de massas” em que ocorre a intervenção de um grande número de interessados no procedimento. Caberá nestes casos à Administração verificar da impossibilidade ou da grande dificuldade em conceder o direito de audiência nos moldes regulados no CPA, procedendo antes a uma consulta pública.

Na ponderação deste fundamento da não realização da audiência, e de

94 Esta norma, equivalente ao artº 124º, nº 1, alínea d) do actual CPA português, suscitou a Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 438, o seguinte comentário: “*O mesmo se diga da consulta pública substitutiva da audiência a ser levada a cabo apenas quando possível, pela forma mais adequada. Esta norma, que constava do anterior código e devia ter sido eliminada, a ser interpretada à letra, arrisca-se a um claro veridicto de inconstitucionalidade pois estamos perante um direito fundamental cujo exercício não pode ficar dependente de tão ampla e irrestrita discricionariedade*”.

95 A propósito da expressão “*quando possível*”, que constava também da alínea c) do n.º 1 do artigo 103º do CPA português (actual artº 124º, nº 1, alínea d), que mantém a mesma expressão), João Caupers - Introdução ao Direito Administrativo, 9ª edição, pág.168, refere o seguinte: “*Não conseguimos imaginar em que situações a consulta pública, sucedânea de uma inviável audiência dos interessados, é, ela própria, impossível*”.

96 O artº 3º do Decreto-Lei nº 215/95, de 22 de Agosto estabelecia, no entanto, o seguinte: “*No procedimento de concurso regulado pelo Decreto-Lei n.º 498/88, de 30 de Dezembro, não há lugar à audiência dos interessados, regulada pelos artigos 100.º a 105.º do Código do Procedimento Administrativo, no caso de o número de candidatos ser superior a 20*”. Na data da sua publicação, porém, o artº 103º, nº 1 do CPA português não continha qualquer norma idêntica à do artº 96º, nº 1, alínea c) do CPAM, tendo essa alínea c) sido apenas aditada pelo Decreto -Lei nº 6/96, de 31 de Janeiro.

acordo com a jurisprudência do STA, a Administração deverá ter em conta, nomeadamente, razões de morosidade, de custo razoável em meios humanos e materiais e de agravamento complexo do procedimento decisório, em face da interdependência e multiplicidade das questões que possam ser levantadas por um número elevado de candidatos⁹⁷.

A praticabilidade da audiência, legalmente aferida pelo «número de interessados» a ouvir, reporta-se ao procedimento singular que esteja em causa, pois só essas características dele permitirão dizer se a formalidade é, ou não, de observância obrigatória⁹⁸.

Optando o órgão instrutor pela consulta pública, esta deverá, por analogia com o referido no artº108º para a apreciação pública dos regulamentos, ser anunciada no Boletim Oficial de Macau⁹⁹.

2.5. A dispensa da audiência

A dispensa (administrativa) da audiência consta do artº 97º, que a prevê nos seguintes casos:

- a) Se os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento sobre as questões que importem à decisão e sobre as provas produzidas;
- b) Se os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão favorável aos interessados.

Ao contrário da dispensa legal que a lei designa por “inexistência da audiência” (artº 96º) e em que a mesma não tem lugar porque a lei assim o estipula, na dispensa administrativa, o termo “pode” permite a dispensa, mas também a não impõe, cabendo no prudente critério do instrutor decidir se devem ou não ser ouvidos os interessados. Se entender que ocorrem as situações previstas no

97 Sobre esta questão v. os Acórdãos do STA, 1ª Subsecção, de 03.11.2010 - Processo: 0363/09 e de 11.07.02 - Processo: 0201/02.

98 Neste sentido v. o Acórdão do STA, de 21.05.2008, 1ª Subsecção - Processo 054/08.

99 Sobre esta dispensa de audiência legal v. o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República de Portugal de 14/02/2002 - P001422001 no qual se refere que “*A impraticabilidade da audiência dos interessados nos procedimentos de massa, a que se refere a alínea c) do n.º 1 do artigo 103º do CPA, não resulta de um mero princípio de economia processual, mas antes da efectiva impossibilidade de o órgão instrutor reconsiderar individualmente a situação relativa de cada um dos opositores, caso se venha a cumprir a formalidade, pelo que não é de excluir que a mesma entidade, por identidade de razão, e com base no segmento final da mesma disposição, venha a prescindir também da consulta pública. O conceito indeterminado constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 103º do CPA (número elevado de interessados), sendo meramente descritivo, é susceptível de controlo judicial, dado que a sua subsunção à situação de facto não carece de operações de valoração extra-legal*”.

preceito pode dispensar a audiência.

Esta norma, no entanto, suscita na doutrina e na jurisprudência algumas questões. Começemos por analisar o 1º caso.

1. Desde logo, o fundamento para esta dispensa ou a da referida na alínea b), é a inutilidade que resultaria da diligência. Com efeito, se o interessado já se pronunciou sobre as questões que interessam à decisão e às provas produzidas, a audiência seria acto inútil, pois que aquele iria certamente repetir a sua anterior argumentação.

Isto implica que o órgão instrutor tem de verificar qual a intervenção que o interessado teve no procedimento, nomeadamente se a sua pronúncia focou todas as questões jurídicas e apreciou as provas consideradas relevantes para a decisão final, antes de decidir pela dispensa^{100 101}.

Um dos casos em que a doutrina portuguesa divergia sobre a dispensa da audiência era o da audiência antes do acto de adjudicação nos procedimentos de escolha dos co-contratantes da Administração Pública.

Assim, Mário Esteves de Oliveira e outros¹⁰² entendiam ser de dispensar a audiência no procedimento de concurso de adjudicação, até porque este é um dos casos em que convém reduzir ao mínimo o contacto entre os concorrentes e a entidade instrutora.

Já Santos Botelho e outros¹⁰³, bem como José Maria Ferreira de Almeida¹⁰⁴ e Bernardo Diniz de Ayala¹⁰⁵, se inclinavam em sentido contrário, o mesmo

100 “No caso de a entidade recorrida nada dizer no procedimento sobre os pressupostos da dispensa da audiência, como é exigência legal para a aplicação da referida norma, e se verifica que os interessados não foram ouvidos, há incumprimento do dever que impende sobre a Administração e ofensa do artigo 100º do CPA”.- Acórdão do STA (Pleno da Secção do CA), de 19.06.2001 - Processo: 039128. V. também o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Subsecção do CA), de 04/07/2005 – Processo nº 01339/03.

101 Como se escreveu no Acórdão do tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 15.03.2012-Processo nº 189/2011 “Uma mera possibilidade da inutilidade da audiência do interessado não justifica a sua não realização, tem de haver uma certeza concreta na medida em que a audição nada vai afectar a decisão a tomar”.

102 Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 523/524.

103 Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 407.

104 Dicionário Jurídico da Administração Pública”, Vol. VI, págs. 486/487.

105 “A Tutela Contenciosa dos Particulares em Procedimentos de Formação de Contratos da Administração Pública - Cadernos de Justiça Administrativa”, nº 14, págs. 3 e segs.

sucedendo com Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos¹⁰⁶ que escrevem o seguinte: “*A decisão final do procedimento é a adjudicação e não a exclusão de um concorrente ou de uma proposta, mas a decisão de exclusão compromete a continuação do interessado no procedimento; assim sendo, tem que ser precedida de audiência dos interessados, sob pena de violação do art.º 267.º, 5.º CRP*”. Portanto, estes autores vão mais longe, entendendo que o direito de audiência, nestes casos, deve mesmo ter lugar antes da decisão final, estando em causa acto lesivo.

2. O 2º caso de possibilidade de dispensa administrativa da audiência tem lugar quando os elementos do procedimento conduzirem a uma decisão favorável ao interessado.

Isto suscita algumas questões sendo uma delas, desde logo, a de saber o que deve entender-se por uma “decisão favorável ao interessado”.

Comentando preceito equivalente do anterior CPA Português (artº 103º, nº 2, alínea b)), diz António Francisco de Sousa¹⁰⁷ “*O legislador terá partido de um conceito irreal de “decisão favorável aos interessados”. Este tipo de decisões não existe ou são casos raros. Normalmente, o que designamos por “decisões favoráveis aos interessados” são apenas decisões que não são essencialmente lesivas para os interessados. Geralmente, a decisão é apenas mais ou menos favorável para o cidadão.*¹⁰⁸ *A Administração é elevada, pelo artº 103.º, n.º 2, alínea. b), do CPA, à posição de juiz dos interesses do cidadão, sem sequer o ter ouvido, por sua decisão discricionária”.*

Efectivamente, a decisão tanto pode ser totalmente favorável, como totalmente desfavorável, podendo ainda existir decisão parcialmente favorável ou condicionada¹⁰⁹.

Portanto, a dificuldade está em saber o que visa o preceito.

Ora, tanto a doutrina como a jurisprudência portuguesas defendiam que só a decisão totalmente favorável constituía fundamento para a dispensa¹¹⁰.

106 Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág. 133.

107 CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, pág. 293.

108 Não nos aprece que assim seja. Se um interessado pede o licenciamento de um estabelecimento e o mesmo lhe é concedido tal como foi pedido, não vemos como é que se pode afirmar que a decisão não lhe é totalmente favorável, não chocando, portanto, pois seria pura perda de tempo, que o mesmo não seja ouvido antes da decisão.

109 Encontramos um caso de decisão condicionada no Acórdão do STA (1ª Subsecção do CA), de 04.07.2005 - Processo nº 01339/03 (deferimento de pedido de loteamento sob diversas condições, designadamente a cedência gratuita de parcelas de terreno).

110 Neste sentido v, por exemplo, os Acórdãos do STA (1ª Subsecção do CA), de 04.07.2005 - Processo nº 01339/03 e de 17.01.02-Processo nº 46482, e do Pleno da SCA, de 19.06.01 (Pleno)-

O legislador português veio dar razão a este entendimento uma vez que no artº 124º, nº 1, alínea f) do actual CPA veio consagrar que “*O responsável pela direcção do procedimento pode não proceder à audiência dos interessados quando:*

f) Os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão inteiramente favorável aos interessados”.

3. A dispensa administrativa coloca ainda outras questões a que de imediato nos referiremos.

Por um lado, sendo vários os interessados, pode suceder que alguns tenham de ser ouvidos. E, pode até suceder que existam interessados com interesses contraditórios o que significa que, se estes suscitarem questões novas ou apresentarem novos factos ou requererem diligências, terão depois, os que não foram antes ouvidos por se verificar o requisito da dispensa, de ser notificados para o exercício da audiência.

O mesmo sucederá, no caso de a decisão ser favorável a alguns interessados e desfavorável a outros.

Se aqueles que exerceram o direito suscitarem questões novas ou apresentarem novos factos ou requererem diligências, terão os outros, aos quais a decisão seria favorável, de ser ouvidos.

Outra questão tem a ver com a discordância que o órgão decisor possa ter com a do sentido da decisão do instrutor e que levou este a dispensar a audiência, por entender que a decisão do procedimento deveria ser totalmente favorável ao interessado. Na verdade, o órgão decisor pode entender que a decisão a proferir pode ser a do indeferimento total da pretensão, do indeferimento parcial, ou deferimento condicionado. Nestes casos, deverá o interessado ser notificado para o exercício da audiência, sendo-lhe comunicado o sentido provável desta decisão.

A dispensa administrativa (tal como a legal), e como já acima se referiu, depende da verificação dos requisitos enunciados nos artºs 96º e 97º.

O órgão instrutor deverá ter o particular cuidado de fundamentar a decisão de dispensa, sob pena de se considerar violado o direito de audiência, com a consequente anulação da decisão que vier a ser proferida e de todos os actos subsequentes¹¹¹.

Mas será que esta dispensa tem de ser notificada aos interessados com a

Processo nº 39128.

Na doutrina v., por exemplo, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág. 129, Santos Botelho e outros – Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, pág. 407, Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 536.

111 Naturalmente que, no caso de dispensa por decisão favorável ao interessado, a fundamentação será quase desnecessária, bastando a mera referência ao facto de a decisão ser favorável, o que tornaria a diligência inútil e dilatória.

respectiva fundamentação, ou deve a mesma constar apenas da decisão final do procedimento?

Luiz Cabral de Moncada¹¹² parece entender que a dispensa terá de ser notificada ao interessado, embora depois a fundamentação tenha de constar da decisão final.

Com o devido respeito, entendemos que a lei não impõe notificação autónoma da dispensa da audiência, nem ela faria sentido, uma vez que o interessado não pode reagir contra ela, quer por via administrativa, quer contenciosa, porque não estamos perante acto destacável do procedimento. E também não faria sentido notificar a dispensa sem a respectiva fundamentação, pelo que a mesma seria um acto inútil.

Deste modo, quando for notificado da decisão final, o interessado verá se a decisão de dispensa está legalmente fundamentada, caso em que a impugnará com a decisão final.

Lino Ribeiro e José Cândido Pinho¹¹³ referem que a tanto a inexistência, como a dispensa de audiência, se aplicam indistintamente às hipóteses de audiência escrita ou oral, devendo a fundamentação de tal dispensa ser notificada aos interessados. Ora, com o devido respeito, nesta matéria não há que distinguir entre audiência escrita ou oral, pois cabendo ao instrutor a escolha da forma, esta escolha só tem lugar, havendo audiência. Sendo ela dispensada, a mesma nem é escrita, nem oral, é inexistente.

Finalmente, diremos que estas normas não são aplicáveis em procedimentos especiais em que o direito de audiência seja regulado de forma mais favorável aos interessados, como é o caso dos procedimentos disciplinares ou sancionatórios de infracções administrativas.

Com efeito, no primeiro caso, esse exercício está regulamentado nos art.ºs 329º e segs. do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro, constituindo nulidade insuprível a falta de audiência do arguido em artigos de acusação, nos quais as infracções sejam suficientemente individualizadas e referidas aos preceitos legais infringidos, bem como a omissão de quaisquer diligências essenciais para a descoberta da verdade e também a falta de audiência, na fase de defesa, das testemunhas indicadas pelo arguido (art.º 298º, n.ºs 1 e 2 do ETAPM).¹¹⁴

No segundo caso, o Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro de 1999, que

112 Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág. 438. Este autor refere o seguinte: “*A fundamentação da dispensa faz-se na decisão final, como diz o n.º 2, e não na decisão que o notifica da dispensa, por razões de simplicidade procedimental e informalidade*”.

113 Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau – SAFF, pág. 500.

114 Para estudo mais desenvolvido sobre esta questão Luísa Neto – O direito à audiência no procedimento disciplinar - Anotação ao Acórdão. do STA de 11.12.1996 – Processo n.º 029 875, “in” Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 8, págs. 8/12.

veio definir o regime geral das infracções administrativas e o respectivo procedimento, estabelece também no seu artº 11º, nº 2 que “*Sob pena de nulidade da decisão sancionatória, são assegurados ao infractor os direitos de audiência e de defesa*”.

2.6. Outros casos em que não é admissível ou pode ser dispensada a audiência

Apesar do disposto nos artºs 96º e 97º, podem configurar-se outras situações em que não tem lugar ou pode ser dispensada a audiência e que a doutrina e jurisprudência salientam.

1. Desde logo, temos os casos em que o interessado apresenta um requerimento que a Administração logo indefere, sem que tenha havido instrução,^{115 116} por desnecessária, nomeadamente por a questão ser meramente de direito ou o interessado ter feito acompanhar o requerimento dos elementos de facto necessários à decisão^{117 118}.

Compreende-se este entendimento na medida em que a posição do

115 “*O conceito de “instrução” para efeitos do disposto no artº. 100º, nº. 1 do CPA, integra toda a actividade administrativa destinada a captar os factos e interesses relevantes para a decisão final, nela se incluindo informações, pareceres, apresentação ou produção de provas, realização de diligências, vistorias, exames e avaliações necessárias à prolação de tal decisão*”. – Acórdão do STA (Pleno da Secção de CA), de 21.05.1998 – Processo nº 040692. Em sentido idêntico v. ainda os Acórdão do Pleno da mesma Secção, de 17.12.1997 – Processo nº 036001, de 05.05.2001 – Processo nº 041247 e de 17.05.2001- Processo nº 040860.

116 “*Não há instrução, e portanto, a obrigatoriedade de cumprimento do art. 100º do CPA, se o parecer, informação ou proposta que precederam o acto impugnado formarem com este um todo funcional, carecendo essa actividade preliminar de dimensão instrutória, e resumindo-se ela ao enunciado de uma solução que o autor do acto poderia, por si só e sem mais, aplicar ao requerimento em apreço*”. - Acórdão do STA (3ª Subsecção do CA), de 20.11.2002- Processo nº 047678.

117 “*Não é violado o direito de audiência referido no nº. 1 do artº. 108º do Código do Procedimento Administrativo, quando a decisão final, embora tomada com prévia audiência do interessado, não tenha sido precedida de instrução, baseando-se apenas no requerimento provas e parecer com aquele juntos, o que equivale à situação prevista no artº. 103º, nº. 2 alínea a) do Código do Procedimento Administrativo*”. - Acórdão do STA (2ª Subsecção do CA), de 16.02.94 - Processo: 032033. Em sentido idêntico v. ainda os Acórdãos do mesmo Tribunal (2ª Subsecção do CA) de 28.03.1995 - Processo: 036804 e de 15.02.1996 (1ª Subsecção do CA) - Processo nº 033612 (este acórdão, todavia, seria revogado pelo Acórdão do Pleno da mesma Secção de 18.02.1998, por se ter entendido a necessidade de existência de instrução).

118 Sobre esta matéria v. os Acórdãos do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 26.11.2015-Processo nº436/2013, de 06.12.2012 - Processo nº 163/2012, de 28.06.2012 – Processo nº 458/2011 e de 24.05.2012 - Processo nº 545/2011.

interessado ficou logo definida no seu requerimento e é sobre ele que tem de incidir a decisão, uma vez que nenhuma diligência foi realizada que permitisse posição diversa da apresentada no requerimento. Deste modo, a situação é equiparável à de audiência anterior sobre todos os aspectos relevantes para a decisão (artº 97º, alínea a)).

Este entendimento, no entanto, é rejeitado por Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado Matos,¹¹⁹ com fundamento em que o artº. 267.º, nº 5 da CRP não permite tal restrição à participação dos interessados na formação das decisões que lhes digam respeito. Por outro lado, ainda que nesses casos não seja discernível uma fase procedimental instrutória *a se* traduzida em actos materiais ou imateriais com projecção externa, qualquer acto administrativo implica pelo menos uma actividade mínima de averiguação dos seus pressupostos de facto e de direito (ou seja, uma instrução em sentido funcional), ainda que consistente em puras operações intelectivas do autor do acto; do ponto de vista das funções objectivas e subjectivas da audiência dos interessados nada justifica *a priori* a sua exclusão nestes casos.

Pela nossa parte, concordamos inteiramente com a tese do STA. Na verdade, o direito de audiência nestes casos iria reconduzir-se a uma mera reafirmação de pontos de vista já anteriormente expressos, uma vez que não existem elementos novos de facto ou de direito¹²⁰.

2. Como regra, também não há lugar à audiência prévia nos procedimentos de 2º grau.

Sobre esta matéria, Freitas do Amaral¹²¹ diz-nos que os procedimentos decisórios podem ser de 1º grau ou de 2º grau, conforme visem preparar a prática de um acto primário¹²² ou de um acto secundário. Assim, por exemplo, todos procedimentos de reclamação ou de recurso hierárquico ou tutelar são

119 Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, pág.127.

120 No entanto, se a entidade decisora apreciar na decisão final uma questão de direito sobre a qual o interessado não se tenha pronunciado, parece que deverá ter lugar a audiência. Para melhor estudo desta questão v. Diogo Leite de Campos e outros - Lei Geral Tributária, Anotada e Comentada, 4ª edição, págs. 504/505. Estes autores discordam, assim, do entendimento do STA segundo a qual só haverá lugar à audiência se tiver havido instrução.

121 Direito Administrativo, Vol. III (Lições 1989), pág. 188.

122 São “*actos primários*” aqueles que versam pela primeira vez sobre uma determinada situação da vida, como, por exemplo, a nomeação de um funcionário ou a expropriação de um terreno privado. Por sua vez, constituem “*actos secundários*” aqueles que versam sobre um acto primário anteriormente praticado, como por exemplo, a revogação de uma acto anterior ou a sua suspensão - Freitas do Amaral - Direito Administrativo, Vol. III (Lições 1989), pág. 125/126.

procedimentos decisórios de 2º grau.

Então, nos procedimentos de 2º grau em que existe apenas uma reapreciação da decisão já tomada no procedimento de 1º grau, não são aplicáveis, por regra, as normas relativas ao direito de audiência.

Na verdade, como se escreveu no Acórdão do STA (2ª Subsecção do CA), de 09.06.1998 - Processo nº 039004 “ *Nos procedimentos de 2º grau só haverá lugar a audiência do interessado quando o acto secundário se baseie em matéria de facto nova que não conste do procedimento do 1º grau e a decisão for desfavorável ao particular* ”.

Isto porque, como também se observa no Acórdão de 15.10.1998 (1ª Subsecção) - Processo nº 36508 “ *O princípio da participação dos administrados na formação das decisões, designadamente através da sua audiência prévia, nos termos dos artºs 8º e 100º do CPA, é um princípio geral do procedimento decisório comum ou de 1º grau, mas não é um trâmite próprio dos procedimentos impugnatórios ou de 2º grau, nos quais a audição dos administrados se reconduz aos contra-interessados (artº.171º do CPA), e não aos peticionantes do procedimento* ”.

O que ficou escrito aplica-se relativamente aos procedimentos decisórios de 2º grau na RAEM. Com efeito estes procedimentos têm regras próprias (v. artºs 145º a 165º), sendo certo que não existe qualquer norma remissiva para os preceitos relativos ao direito de audiência.

Por outro lado, os prazos normais para o exercício da reclamação e do recurso são relativamente curtos (15 dias para a reclamação - artº 152º e 30 dias para o recurso - artº 162º), o que permite concluir que também pela fixação desses prazos o legislador pretendeu afastar o direito de audição nestes procedimentos¹²³.

Ressalva-se aqui o caso previsto no artº 162º, nº 2, em que o prazo de recurso é elevado até ao máximo de noventa dias quando haja lugar à realização de nova instrução ou de diligências complementares. Ora, havendo lugar a nova instrução ou diligências complementares, aplicando a doutrina dos acórdãos referidos, tem de haver lugar ao direito de audiência, salvo se a decisão for favorável ao interessado e não existirem contra-interessados prejudicados com a nova decisão¹²⁴.

123 Em Portugal, porém, a nível do direito tributário, o direito de audiência (designado por direito de audição) é também obrigatório nos procedimentos de 2º grau, tal como resulta do disposto no artº 60º, nº 1, alínea b) da Lei Geral Tributária, do seguinte teor: “ *1- A participação dos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito pode efetuar-se, sempre que a lei não prescrever em sentido diverso, por qualquer das seguintes formas: b) Direito de audição antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições* ”.

124 A violação do direito de audiência em procedimento de 2º grau, porém, não projecta efeitos anulatórios sobre o acto primário, antes conduzindo à anulação da decisão proferida no

3. O CPAM, de acordo com o seu artº 2º, aplica-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Território que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas. Deste modo, também as normas relativas ao direito de audiência dos interessados são aplicáveis a todos os procedimentos administrativos, incluindo aos especiais.

Todavia, quando o direito de audiência estiver também regulado em processos especiais, serão as normas ali previstas as aplicáveis se oferecerem aos interessados maiores garantias, não se aplicando, por isso, as normas dos artºs 94º a 97º do CPAM. É o caso já acima referido do procedimento em matéria disciplinar, em que nesta matéria são aplicáveis as normas do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro^{125 126 127}.

2.7. Consequências da preterição do direito de audiência

1. A violação do direito de audiência pode resultar de vários comportamentos do órgão instrutor ou da própria entidade decisora.

Assim, e desde logo, haverá violação do referido direito se os interessados (ou alguns deles) não forem notificados para o respectivo exercício, sem ocorrência de fundamento para dispensa legal de dispensa ou administrativa¹²⁸.

procedimento de 2º grau (Acórdão do STA – SCT- de 15.10.2008 - Processo nº 542/08). Em sentido idêntico v. o Acórdão de 16.06.04 - Processo nº 01877/03. Embora reportados a direito tributário, estes arestos têm inteira aplicação em matéria administrativa “*stricto sensu*”.

125 “*Tendo o processo disciplinar norma própria, o artº. 59 do E.D., sobre a audiência do arguido, não se justifica a repetição de tal audiência quando ela já foi realizada e em condições de maior garantia para o recorrente. Por isso, o próprio C.P.A. dispensa tal audiência quando os interessados já se tiverem pronunciado no procedimento*”. - Acórdão do STA (2ª Subsecção do STA), de 19/04/1994- Processo nº 032074.

126 Neste sentido se escreveu também no Acórdão do Tribunal de Última Instância da RAEM, de 13/09/2006 – Processo nº 22/2006, segundo o qual “*O direito de audiência do interessado a que se refere o artigo 93.º, n.º 1 do Código de Procedimento Administrativo, e que tem lugar concluída a instrução e antes de ser tomada a decisão final, não se aplica no processo disciplinar*”. Em idêntico sentido v. o Acórdão do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 17.11.2005-Processo nº 323/2004.

127 Sobre esta questão v. também Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, págs. 404/405 e Pedro Machete - A audiência dos interessados no procedimento administrativo, Universidade Católica Editora, págs. 324 e 326.

128 A não realização da audiência, só por si, não constitui violação do direito, já que os interessados



Ocorrerá também essa violação se o órgão instrutor invocar a existência de causa legal para a não realização da audiência, não fundamentando essa causa ou fazendo-o insuficientemente ou sem que essa causa ocorra efectivamente. Por exemplo, o órgão instrutor entende não ter lugar a audiência porque se está a esgotar o prazo para a decisão, quando a urgência não é de natureza procedimental, mas objectiva, tendo a ver com a urgência das necessidades que a decisão visa satisfazer (por exemplo, encerramento de um estabelecimento por razões urgentes de saúde pública). Ou quando invoca prejuízo pela realização da audiência, quando tal motivo não ocorre, ou pelo menos não ocorre relativamente a alguns interessados que deveriam, por isso ser ouvidos.

Ou ainda, no caso de dispensa administrativa, quando invocada a desnecessidade da audiência por os interessados se terem pronunciado sobre todas as questões relevantes, se verificar que, afinal, havia questões relevantes sobre as quais eles, ou alguns deles, ainda não se tinham pronunciado. Ou ainda quando seja dispensada a audiência, mas a decisão tenha sido apenas parcialmente favorável ou condicionada.

Poderá ainda apontar-se a violação do direito quando um interessado não notificado que tenha conhecimento do procedimento e legitimidade para nele intervir, se apresente a pretender exercer esse direito, sendo-lhe o mesmo recusado¹²⁹.

Mas, mesmo tendo tido lugar a audiência, deve considerar-se violado o respectivo direito se o interessado requereu a junção de documentos ou a realização de diligências que seriam úteis para a decisão e que foram recusadas.

E, do mesmo modo, assim acontecerá se o interessado invocou factos ou argumentação jurídica para a decisão que não foram nestes apreciados. Isto porque, conforme acertadamente referem Mário Esteves de Oliveira e outros¹³⁰ *“O direito de audiência é também, sob pena de se lhe retirar grande parte do seu significado prático, o direito a ver ponderadas na decisão final as razões, a “causa de pedir”, suscitadas por cada interessado e contra-interessado. Nem*

podem ser notificados e nada requerer. A violação consiste sim, em não ser dada oportunidade para o exercício do direito. Se o interessado nada disser, e não houver outros interessados, passa-se à fase da decisão. Neste sentido o artº 82º, nº 3 da Ley 39/2015, de 1 de Octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de Espanha, dispõe expressamente que *“Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite”*.

129 No sentido de que os interessados não notificados que souberem da existência de um prazo de audiência podem ir ao procedimento exercer o seu direito v. Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 529.

130 Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 520.

que seja para as repudiar”.

2. Verificando-se então a violação do direito, cabe apreciar quais as consequências jurídicas dessa violação, já que dúvidas não restam de que estamos perante um vício de natureza procedimental traduzido na omissão de uma formalidade essencial do mesmo.

A doutrina não é unânime sobre esta matéria, entendendo alguns autores que estamos perante uma nulidade, outros perante acto meramente anulável, o que é relevante, uma vez que sendo o acto nulo não está sujeito a prazo e é de conhecimento oficioso, enquanto que, se for meramente anulável, depende da sua invocação e esta está sujeita a prazo (v. os artºs 123º a 125º do CPAM). Assim, aqueles autores que entendem o direito de audiência como direito análogo aos direitos, liberdades e garantias fundamentais, a sanção correspondente a essa invalidade seria a da nulidade do acto administrativo praticado com ofensa do direito de audição de acordo com o disposto no CPA (artºs 122º e 124º do CPAM)¹³¹.

Já para outros autores, estando embora em causa um direito reconhecido constitucionalmente, não se pode concluir que estamos perante direito análogo aos direitos fundamentais. Deste modo, a violação da lei por preterição de formalidade essencial conduz apenas à verificação do vício da anulabilidade, com as consequências referidas no CPA (v. artºs 122º e 124º do CPAM)¹³².

131 Defendendo este ponto de vista v. Sérvulo Correia - O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento, “in” *Cadernos de Ciência de Legislação*, nºs 9/10, Janeiro-Junho de 1994, pp. 156-157; Vasco Pereira da Silva - Em Busca do Acto Administrativo Perdido, 1996, pp. 426 e segs.; Marcelo Rebelo de Sousa - Regime do Acto Administrativo, in *Direito e Justiça*, vol. VI, 1992, p. 45; Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos – *Direito Administrativo Geral*, Vol. III, D. Quixote, págs. 130 e 163 e David Duarte - Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório, 1996, pp. 143 e segs. Defendendo a nulidade V. também Luiz Cabral de Moncada - *Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra Editora, Novembro de 2015, pág.425/426. Este autor, no entanto, admite que *“o regime da nulidade que cabe à preterição da audiência prévia será especial, como que a meio caminho entre o tradicional regime da nulidade que não admite a sanção do acto administrativo e o regime mais suave da anulabilidade na medida em que casos existirão em que, apesar da omissão da audiência prévia, o interessado foi suficientemente ouvido durante o procedimento. Nestes casos deve admitir-se que a omissão da audiência possa ser sanada pela demonstração, cujo ónus caberá à Administração, da participação adequada do interessado no desenvolvimento do procedimento”.*

132 Defendendo este ponto de vista v. Freitas do Amaral - Fases do procedimento decisório de 1.º grau, “in” *Direito e Justiça*, Vol. VI, 1992, p. 32; Pedro Machete - *A Audiência dos Interessados no Procedimento Administrativo*, Universidade Católica Editora, 1995, pp. 511 e segs. e *O direito de ser ouvido no âmbito de nos procedimentos especiais - Comentário ao Acórdão do*

Poderemos ainda encontrar uma outra corrente que defende que em certos casos especiais a preterição da audiência gera nulidade. Assim sucederá, por exemplo, com os processos disciplinares ou com as decisões que condenem em multas administrativas^{133 134}.

3. A nível da jurisprudência existe unanimidade no sentido de que a preterição do direito de audiência, em regra, determina a anulabilidade do acto.

Assim, no Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 594/2008, de 26 de Janeiro (Diário da República n.º 17/2009, Série II de 2009-01-26), ficou escrito o seguinte:

“A audição do interessado tem, assim, a natureza de princípio constitucional cuja efectivação como regra se impõe que seja adoptada pelo legislador ordinário, não podendo a sua dispensa deixar de estar sujeita aos princípios da necessidade e da proporcionalidade, ínsitos no princípio do Estado de direito democrático (cf. artigo 2.º da CRP). Nesta perspectiva, o direito de audição corresponde a uma formalidade essencial do procedimento administrativo, funcionalizado para a formação das decisões e deliberações administrativas, com a participação dos interessados. Mas, atribuir-se ao direito de audição, na conformação do

Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 30.10.1996, P. 38 064, “in” “Cadernos de Justiça Administrativa”, CJA, n.º 2, pág.45/52; Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo, Anotado, Comentado, Jurisprudência, 3.ª edição actualizada e aumentada, pág.352, Maria Lídia Carvalho Soares, - Código do Procedimento Administrativo ao Cidadão, pág.108 e Lino Ribeiro e José Cândido Pinho – Código do Procedimento Administrativo de Macau Anotado e Comentado, Fundação Macau - SAFF, pág.489.

133 Neste sentido v. Luísa Neto - O direito à audiência no procedimento Disciplinar – Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da 1ª Secção) de 11.12.1996, Processo n.º 29.875 “in” “Cadernos de Justiça Administrativa”, n.º 8, a pág. 8/12; Pedro Machete - O direito de ser ouvido no âmbito de nos procedimentos especiais - Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1ª Secção) de 30.10.1996, P. 38 064, “in” “Cadernos de Justiça Administrativa”, CJA, n.º 2, pág.45/52 e Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 512/522. Estes últimos autores propugnam mesmo que nos casos em que existe uma garantia constitucional para o procedimento, esta deverá ser extensível a todos os procedimentos sancionatórios, como por exemplo a aplicação de multas a concessionários e demais relações de poder que comportem a aplicação de sanções. O mesmo para sanções aplicadas por ordens, associações e Câmaras profissionais.

134 O Tribunal de Última Instância da RAEM exprimiu também esta posição, nomeadamente no seu Acórdão de 18.07.2001- Processo n.º 8/2001, classificando como nulidade a preterição da audiência em procedimento disciplinar. Por outro lado, considerou inaplicáveis nestes procedimentos disciplinares, as disposições do CPAM e matéria do direito de audiência - neste sentido v. os Acórdãos de 13.11.2013 - Processo n.º 23/2013 e de 13.09.2006 - Processo n.º 39/2004.

procedimento a que o legislador ordinário se encontra obrigado, uma função essencial, e, até, quando previsto, a natureza de uma formalidade essencial, não consequência, necessariamente, que o preceito constitucional o tenha como elemento essencial do acto, até, porque o acto é evento posterior do procedimento a que respeita a audição, ou, sequer, que o mesmo artigo obrigue o legislador ordinário a atribuir-lhe tal natureza cuja falta haja de ser sancionada com a nulidade, nos termos do artigo 133.º, n.º 1, do CPA, em vez de o ser, apenas, mediante a sanção regra que o legislador ordinário adoptou para sancionar a ilegalidade dos actos administrativos - a anulabilidade (artigo 135.º do CPA).

O que vem de dizer-se não impede que, em certos casos, se reconheça ao direito de participação, sob a forma de direito de audição, uma natureza especial tal que demande que a sua violação seja sancionada com o estigma da nulidade própria da afectação do núcleo essencial dos direitos fundamentais (cf. artigo 133.º, n.º 2, alínea d), do CPA).

Será o caso do direito de audiência e de defesa, nos procedimentos contra-ordenacionais e quaisquer processos sancionatórios (artigo 32.º, n.º 10, da CRP) e nos processos disciplinares (artigo 269.º, n.º 3, da CRP).

Mas, aqui, a configuração como verdadeiro direito subjectivo fundamental não se funda, directamente, no referido artigo 267.º, n.º 5, da Constituição, mas em outros preceitos constitucionais, prendendo-se, directamente, não com o interesse da participação dos interessados na formação das decisões ou deliberações administrativas, no processamento da actividade administrativa, compaginante da melhor realização do interesse público e dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, mas com a fixação das condições, necessárias e indispensáveis, à garantia ou à realização “dos direitos fundamentais”, impondo-se, então, como um postulado da dignidade da pessoa humana ou por um direito fundamental material em que ela se concretize (cf. José Carlos Vieira de Andrade, *O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, 1991, pp. 197 e segs.)

Temos, assim, de concluir que o sancionamento da falta do direito de audição, a que se refere o artigo 100.º do Código de Procedimento Administrativo, com a anulabilidade, nos termos do artigo 135.º, do mesmo código, não viola o disposto no artigo 267.º, n.º 5, da Constituição, nem qualquer outra norma ou princípio constitucional.

Em sentido idêntico e uniforme se tem também pronunciado o STA de Portugal (quer na Secção de Contencioso Administrativo, quer na Secção de Contencioso Tributário), tendo ficado escrito o seguinte no Acórdão de 11.09/2008 (1ª Subsecção do CA) - Processo nº 0112/07:

“Na verdade, a jurisprudência deste STA sempre considerou que a inobservância da audiência de interessados, quando exigível, ou seja, fora dos casos previstos no art. 103º do CPA, constitui um vício formal gerador de anulabilidade do acto (cfr., a título exemplificativo, o Ac. de 03.12.94 – A.D. 403, pág. 781).



E esta orientação jurisprudencial assenta na ideia de que esta formalidade não incorpora um direito fundamental de participação, mas apenas um princípio estruturante do processamento da actividade administrativa, pelo que a sua inobservância não constitui ofensa ao conteúdo essencial de um direito fundamental, tal como se prevê no citado art.133º, nº 2, al. d) do CPA, gerando, assim, a anulabilidade do acto e não a sua nulidade”^{135 136}.

E, do mesmo modo, o Tribunal de Última Instância da RAEM, tem também entendido que a preterição de tal direito constitui preterição de formalidade essencial geradora de anulabilidade, salvo nos casos de procedimentos disciplinares em que tal vício assume a forma da nulidade^{137 138}.

E bem se compreende que assim seja, pois se trata de omissão de uma formalidade prevista em lei ordinária, pelo que nem sequer seria defensável considerar aqui o direito de audiência como direito análogo aos direitos fundamentais consagrados na Lei Básica da RAEM, como defendem os autores acima referidos relativamente à Constituição Portuguesa.

Na verdade, a preterição só poderia considerar-se nulidade se estivessemos perante acto que ofendesse o conteúdo essencial de um direito fundamental (artº 122º, nº 2, alínea d) do CPAM). Ora, de acordo com o Acórdão do TUI de 16/11/2005 - Processo nº 22/2005:

“II – Os direitos previstos no Capítulo III da Lei Básica e aqueles que os complementem, previstos noutras locais da Lei Básica, devem ser considerados direitos fundamentais, para os efeitos previstos na alínea d) do n.º 2 do art.º 122.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

III – Os atos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental, sancionados com nulidade pela alínea d) do n.º 2 do art. 122.º do CPA, são aqueles atos que afetem decisivamente, de maneira desproporcionada, o núcleo essencial de um direito fundamental”.

Deste modo, não estando aquele direito de audiência incluído no catálogo dos

135 Em sentido idêntico v. também, entre muitos outros, os Acórdãos de 12.07.05 (2ª Subsecção) - Processo nº 01586/03 , de 11/04/2015 (1ª Secção do CA)- Processo nº 0724/15 e de 17.05-05 (2ª Subsecção do CA)-Processo nº 0691/02.

136 Neste sentido v. também o Parecer do Conselho Consultivo da PGR de Portugal de 06/30/2005 -P000662005.

137 No sentido de que o direito de audiência constitui uma formalidade essencial do procedimento que não pode ser afastada, salvo nos casos previsto nos artºs 96º e 97º do CPAM, v. os Acórdãos do Tribunal de Última Instância da RAEM, de 25/07/2012- Processo nº 50/2012 e de 22/05/2013-Processo nº 28/2013. V. também o Acórdão de 18.07.2001-Processo nº 8/2001 no qual se configura a preterição como nulidade no procedimento disciplinar.

138 Neste sentido v. também os Acórdãos do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 27.06.2013 - Processo nº 643/2012 , de 10.11.2011 – Processo nº 770/2010.

Direitos e deveres fundamentais dos residentes da Lei Básica, não pode ser considerado um direito fundamental cuja violação se enquadre na citada norma.

4. A questão que, finalmente, se coloca nesta matéria é a de saber se, perante a referida preterição do direito de audiência, o acto tem de ser sempre anulado, ou por outras palavras e como a doutrina e a jurisprudência designam a questão, se pode haver lugar ao proveitamento do acto. Nesta matéria, o recente Acórdão do TUI da RAEM, de 22.06.2016 - Processo nº 20/06, afirmando entendimento já anteriormente seguido pelo mesmo Tribunal (e por grande parte da doutrina e da Jurisprudência portuguesas) veio dizer o seguinte:

“Sempre que, no exercício de poderes vinculados por parte da Administração, o tribunal conclua, através de um juízo de prognose póstuma, que a decisão administrativa tomada era a única concretamente possível, a falta de audiência do interessado, prevista no artigo 93.º, n.º 1, do Código do Procedimento Administrativo, degrada-se em formalidade não essencial do procedimento administrativo”¹³⁹.

Este entendimento está claramente fundamentado no Acórdão do STA de Portugal (1ª Secção), de 11/04/2015 - Processo: 0724/15, onde se escreveu o seguinte: “Com efeito, o direito de participação dos interessados mostra-se constitucionalmente estatuído, mas tal não impede que o mesmo não venha a produzir efeitos invalidantes, se se demonstrar que o novo acto a proferir o venha a se r com o mesmo conteúdo, designadamente quando estamos no âmbito do exercício de poderes vinculados.

Ora, quer a doutrina, quer a jurisprudência têm vindo a acolher o princípio do aproveitamento do acto, princípio este que assenta no entendimento de que não se justifica a anulação de um acto administrativo que foi praticado no exercício de poderes vinculados e está de acordo com os pressupostos fixados na lei –, nos termos do qual se admite que a falta de audiência dos interessados, quando obrigatória, possa não conduzir à anulação do acto final do procedimento.

Essa omissão nem sempre conduzirá à anulação, «designadamente não a justificando nos casos em que se apure no processo contencioso que, se ela tivesse sido realizada, o interessado não teria possibilidade de apresentar elementos novos nem deixou de pronunciar-se sobre questões relevantes para determinar o conteúdo da decisão final, ou acabou por ter oportunidade de pronunciar-se, em procedimento de segundo grau (reclamação graciosa ou recurso hierárquico), sobre questões sobre as quais foi indevidamente omitida a audiência no procedimento de primeiro grau» (Diogo Leite de Campos, Benjamim Silva Rodrigues e Jorge Lopes de Sousa, *Lei Geral Tributária Anotada e Comentada*, Encontro da Escrita, 4ª edição, anotação 15 ao art. 60º, págs.

139 Em sentido idêntico v. os Acórdãos do mesmo Tribunal, de 25.07.2012 - Processo nº 48/2012 e de 25.04.2012 – Processo nº 11/2012 e do Tribunal de Segunda Instância da RAEM, de 19.03.2015- processo nº 818/2013 e de 07.07.2011- Processo nº 801/2009.

515 e segs).

E assim se tem formado uma consistente jurisprudência no sentido de que os vícios de forma não impõem, necessariamente, a anulação do acto a que respeitam, e que as formalidades procedimentais essenciais se podem degradar em não essenciais se, apesar delas, foi dada, em concreto, satisfação aos interesses que a lei tinha em vista ao prevê-las. Consequentemente, e tendo em conta que a audiência prévia dos interessados não é um mero rito procedimental, a formalidade em causa (essencial) só se podia degradar em não essencial (não invalidante da decisão) se essa audiência não tivesse a mínima probabilidade de influenciar a decisão tomada, e se se impusesse, por isso, o aproveitamento do acto”¹⁴⁰.

A nível da doutrina, este entendimento, no entanto, suscita críticas. Assim, Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos,¹⁴¹ dizem o seguinte: “Mas esta orientação é altamente discutível: primeiro, porque a garantia constitucional da participação dos interessados na formação das decisões que lhes digam respeito não se resume à instrução procedimental; segundo, porque, em ordem a concluir pelo carácter não viciado do acto em causa, o tribunal vai na prática ter que reinstaurar o procedimento administrativo em substituição da administração, violando o princípio da separação de poderes; terceiro, porque para atingir o mesmo desiderato o tribunal vai ter que averiguar da existência de vícios que não foram alegados pelas partes (na medida em que estes constituem obstáculos à salvaguarda do acto), violando assim o princípio do dispositivo”.^{142 143}

140 Em sentido idêntico, entre muitos outros, v. os Acórdãos do STA de 03/03/2004 - Processo nº 1240/02, de 10/11/2010 – Processo nº 671/10, de 11/05/2011- Processo nº 833/10, de 29.01.2009-Processo nº 0651/09, de 05.02.2004 (1ª Subsecção do CA)-Processo nº 01944/03 (1ª Subsecção do CA) e de 23.05.2006 (Pleno da SCA)–Processo nº 01618/2002.

141 Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, págs.129/130.

142 Para melhor estudo desta matéria v. ainda Santos Botelho e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, 4ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, págs. 383/386; António Francisco de Sousa - CPA Anotado e Comentado, Quid juris, 2009, págs. 288, 354 e 401; Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, págs. 525/526; Ana Celeste Carvalho - Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo “in” Estudos de Homenagem a Rui Machete, Almedina, 2015, págs. 9-44; Pedro Machete - Os limites do aproveitamento do acto administrativo, “in” Cadernos de Justiça Administrativa nº 101, Set./Out. 2013, pp. 64-67; Natália Torquete Moura - Reflexões sobre o princípio do aproveitamento do ato administrativo procedimentalmente viciado “in” O Direito 145º (2013), I-II, págs. 207-250; Luiz Cabral de Moncada - Novo Código de Procedimento Administrativo Anotado, Coimbra Editora, Novembro de 2015, págs. 582/584 e 425/426 e Inês Ramalho - O princípio do aproveitamento do acto administrativo “in” <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1004-2427.pdf>.

143 O artº 163º, nº 5 do actual CPA português, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro, consagra hoje expressamente o aproveitamento do acto administrativo anulável, nos seguintes

Pela nossa parte e tal como já entendíamos no STA, continuamos a defender que, nos casos em que mesmo, realizando-se a audição, a decisão não pudesse ser outra, a sua falta não deve conduzir à anulação da decisão pois que isso representaria pura perda de tempo, já que a Administração teria de proferir decisão idêntica só que em fase mais tardia, sem benefício nem para o interessado, nem para o interesse público. Este entendimento aplica-se também ao ordenamento jurídico da RAEM, sendo ele adoptado pelos seus Tribunais Superiores, como se referiu acima.

2.8. Meios de reacção à preterição do direito de audiência ou impedimento do seu exercício

Em nosso entender, o interessado só com a notificação da decisão final se pode aperceber da violação do direito de audiência.

Como já se referiu, esta violação pode resultar da omissão pura e simples da notificação para o seu exercício, mas pode resultar também da deficiente ou errada fundamentação para a sua dispensa ou ainda da falta de apreciação na decisão das suas alegações. Não existindo obrigação de notificação separada da dispensa de audiência, só após a notificação da decisão final o interessado pode verificar se a eventual dispensa preencheu ou não os requisitos legais.

No caso de entender ter ocorrido violação do seu direito, o interessado pode reagir pela via administrativa ou pela via judicial.

Assim, pode reclamar ao abrigo do disposto nos artºs 148º e segs. do CPAM. No caso de indeferimento da reclamação pode haver lugar a recurso hierárquico ao abrigo dos artºs 153º e segs. do CPA.

Todavia, o interessado pode recorrer judicialmente da decisão final desfavorável e invocar a violação do referido direito (artºs 20º e segs. do CPAC).

termos:

“5 — Não se produz o efeito anulatório quando:

- a) O conteúdo do ato anulável não possa ser outro, por o ato ser de conteúdo vinculado ou a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível;*
- b) O fim visado pela exigência procedimental ou formal preterida tenha sido alcançado por outra via;*
- c) Se comprove, sem margem para dúvidas, que, mesmo sem o vício, o ato teria sido praticado com o mesmo conteúdo”.*

2.9. O exercício do direito de audiência nos regulamentos administrativos

Como é sabido, os regulamentos administrativos são decisões dos órgãos da administração pública que, ao abrigo de normas de direito público, visam produzir efeitos jurídicos em situações gerais e abstractas, nisso se distinguindo dos actos administrativos, os quais constituem “*decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta*” (artº 110º do CPAM)¹⁴⁴.

Esses regulamentos podem classificar-se de acordo com vários critérios, nomeadamente critério da dependência face à lei, critério do objecto e projecção da eficácia do regulamento.

Deste modo, temos regulamentos complementares ou de execução, regulamentos independentes ou autónomos, regulamentos de funcionamento, regulamentos de polícia, regulamentos internos e regulamentos externos¹⁴⁵.

O CPAM, à semelhança do que sucedia com o anterior CPA de Portugal, não define regulamento mas a ele se refere nos artºs 105º a 109º, como adiante veremos¹⁴⁶.

Também relativamente aos regulamentos administrativos a lei prevê e incentiva a participação dos cidadãos na sua formação.

A) No sistema jurídico de Portugal

1. No CPA aprovado pelo Decreto-Lei nº 442/91, de 15 de Novembro, esta matéria estava regulada nos artºs 115º a 118º dos quais resultava, em resumo, o seguinte:

– Os interessados podiam apresentar aos órgãos competentes petições em que solicitassem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, as quais deviam ser fundamentadas, sem o que a Administração não tomaria conhecimento delas, devendo ser informados do destino dado às suas petições,

144 O artº 148º do actual CPA de Portugal define actos administrativos como “as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

145 Sobre esta matéria, entre outros, V. Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos - Direito Administrativo Geral, Vol. III, D. Quixote, págs.238 e segs. e João Caupers – Introdução ao Direito Administrativo, 9ª edição, Âncora editora, págs. 225 e segs.

146 O artº 135º do actual CPA de Portugal define regulamentos administrativos como sendo “as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”.

bem como dos fundamentos da posição tomada em relação a elas.

– Tratando-se de regulamento impondo deveres, sujeições ou encargos, e quando a isso se não opusessem razões de interesse público, as quais seriam sempre fundamentadas, o órgão com competência regulamentar devia ouvir, em regra, sobre o respetivo projeto, nos termos definidos em legislação própria, as entidades representativas dos interesses afetados, caso existissem.

– Quando a natureza da matéria o permitisse, o órgão competente devia, em regra, nos termos a definir na legislação referida no artigo anterior, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual seria, para o efeito, publicado na 2ª série do *Diário da República* ou no jornal oficial da entidade em causa, podendo os interessados formular por escrito as suas sugestões.

Temos assim que, embora não estando em causa um interesse individual e concreto, se permite também aos cidadãos a participação na elaboração dos regulamentos administrativos.

2.O novo CPA, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de Janeiro, veio regulamentar a mesma matéria nos seus artºs 97º a 101º, dos quais destacamos, por mais inovadores, os artºs 100º e 101º, do seguinte teor:

“Artigo 100.º

Audiência dos interessados

1 – Tratando-se de regulamento que contenha disposições que afetem de modo direto e imediato direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos, o responsável pela direção do procedimento submete o projeto de regulamento por prazo razoável, mas não inferior a 30 dias, a audiência dos interessados que como tal se tenham constituído no procedimento.

2 – A audiência dos interessados pode ser escrita ou oral e processa-se, salvo quanto aos prazos, nos termos dos artigos 122.º e 123.º

3 – O responsável pela direção do procedimento pode não proceder à audiência quando:

- a) A emissão do regulamento seja urgente;
- b) Seja razoavelmente de prever que a diligência possa comprometer a execução ou a utilidade do regulamento;
- c) O número de interessados seja de tal forma elevado que a audiência se torne incompatível, devendo nesse caso proceder -se a consulta pública;
- d) Os interessados já se tenham pronunciado no procedimento sobre as questões que importam à decisão.

4 – Nas situações previstas no número anterior, a decisão final deve indicar os fundamentos da não realização da audiência.

5 – A realização da audiência suspende a contagem dos prazos do procedimento administrativo.

Artigo 101.º

Consulta pública

1 – No caso previsto na alínea *c*) do n.º 3 do artigo anterior ou quando a natureza da matéria o justifique, o órgão competente deve submeter o projeto de regulamento a consulta pública, para recolha de sugestões, procedendo, para o efeito, à sua publicação na 2.ª série do *Diário da República* ou na publicação oficial da entidade pública, e na Internet, no sítio institucional da entidade em causa, com a visibilidade adequada à sua compreensão.

2 – Os interessados devem dirigir, por escrito, as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, no prazo de 30 dias, a contar da data da publicação do projeto de regulamento.

3 – No preâmbulo do regulamento, é feita menção de que o respetivo projeto foi objeto de consulta pública, quando tenha sido o caso.”

B) No sistema jurídico da RAEM

O CPAM regula esta matéria nos seus artºs 105º a 108º, como referimos acima e em moldes semelhantes aos do CPA de Portugal anteriormente vigente.

Deste modo, os interessados podem apresentar aos órgãos competentes pedidos em que solicitem a elaboração, modificação ou revogação de regulamentos, todo o projecto de regulamento é acompanhado de uma exposição de motivos, da qual consta obrigatoriamente a indicação das normas legais e regulamentares vigentes sobre a matéria, bem como dos estudos, pareceres, informações e demais elementos que tenham servido de base à sua elaboração e quando a natureza da matéria o permitir, o órgão competente deve, em regra, submeter a apreciação pública, para recolha de sugestões, o projecto de regulamento, o qual é, para o efeito, publicado no Boletim Oficial de Macau.

Os interessados devem dirigir por escrito as suas sugestões ao órgão com competência regulamentar, dentro do prazo de trinta dias contados da data da publicação do projecto de regulamento, mencionando-se no preâmbulo do regulamento que o respetivo projecto foi objecto de apreciação pública, quando tenha sido o caso.

2.10. O direito de audiência no direito tributário

A) No sistema jurídico de Portugal¹⁴⁷

1. Até à entrada em vigor da Lei Geral Tributária, aprovada pelo Decreto-Lei nº 398/98, de 17 de Dezembro, não existia no direito tributário português qualquer norma de âmbito genérico consagrando o direito de audiência prévia.

Seria esta Lei a consagrar no seu artº 60º este direito, nos seguintes termos¹⁴⁸:

“1 - A participação dos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito pode efectuar-se,¹⁴⁹ sempre que a lei não prescrever em sentido diverso, por qualquer das seguintes formas:

- a) Direito de audição antes da liquidação;
- b) Direito de audição antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições;
- c) Direito de audição antes da revogação de qualquer benefício ou acto administrativo em matéria fiscal;
- d) Direito de audição antes da decisão de aplicação de métodos indirectos;
- e) Direito de audição antes da conclusão do relatório da inspecção tributária.

147 Sobre esta matéria, entre outros, José Luís Saldanha Sanches - *Audição - Participação - Fundamentação: a co-responsabilização do sujeito passivo na decisão tributária, em colaboração com João Taborda da Gama, Estudos em Homenagem ao Doutor José Xavier de Basto*, Coimbra: Coimbra, 2006, 217-304, Diogo Leite de Campos e outros - *Lei Geral Tributária - Anotada e Comentada*, 4ª edição, 2012, págs. 501/529, Felipe de Castro Santos – *Algumas Notas Soltas Acerca do Direito de Audição Prévia do Contribuinte no Procedimento Tributário - Faculdade de Direito da Universidade do Porto “in” Internet*, Lima Guerreiro - *Lei Geral Tributária Anotada – Editora Rei dos Livros*, págs. 275/281, Daniel Martins Geraldo Taborda - *O direito de audição no procedimento tributário – Fiscalidade n.º 25 Janeiro/Março 2006*, Pedro Machete - *A Audição Prévia do Contribuinte “in” Problemas Fundamentais Direito Tributário*, Lisboa 1999, págs. 229/335, Casalta Nabais - *Direito Fiscal 5ª edição*, págs.371/372, Jorge Lopes de Sousa – *CPPT Anotado e Comentado*, 6ª edição 2011, Vol. I, págs. 424/448, Lúcio Pimentel Lourenço - *O Conceito de Contribuinte Tributário*, Livros do Brasil 2010, págs. 219/220 e 223/224 e João Torão - *Código de Procedimento e de Processo Tributário - Anotado e Comentado, Edição Digital*, Fevereiro de 2016, págs. 437 e segs.

148 Redacção originária.

149 A expressão “*pode efectuar-se*” refere-se às formas seguidamente indicadas no artigo pelas quais a audição pode realizada e não a qualquer faculdade de a Administração Tributária poder ou não permitir o exercício de tal direito. É que, como veremos, o direito de participação dos contribuintes pode ter lugar por outras formas, que não apenas as referidas neste artigo.

2 - É dispensada a audição no caso de a liquidação se efectuar com base na declaração do contribuinte ou a decisão do pedido, reclamação, recurso ou petição lhe for favorável.

3 - O direito de audição deve ser exercido no prazo a fixar pela administração tributária em carta registada a enviar para esse efeito para o domicílio fiscal do contribuinte.

4 - Em qualquer das circunstâncias referidas no n.º 1, para efeitos do exercício do direito de audição, deve a administração tributária comunicar ao sujeito passivo o projecto da decisão e sua fundamentação.

5 - O prazo do exercício oralmente ou por escrito do direito de audição, não pode ser inferior a 8 nem superior a 15 dias.

6 - Os elementos novos suscitados na audição dos contribuintes são tidos obrigatoriamente em conta na fundamentação da decisão”.

No entanto, a jurisprudência veio entendendo que, em matéria tributária, era também aplicável o disposto sobre a mesma matéria no CPA, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro, uma vez que a Administração Tributária se enquadrava no seu âmbito de aplicação (art.º 2.º)¹⁵⁰.

Assim, no Acórdão do STA, de 11.10. 2010 - Processo n.º 0671/10, ficou escrito, para além do mais, o seguinte:

“A questão que constituiu, assim, o objecto do presente recurso é, pois, a de se saber se, antes da entrada em vigor da LGT, que ocorreu em 1/1/1999 (artigo 6.º do DL 398/98, de 17 de Dezembro), era, ou não, exigível tal notificação e, em caso afirmativo, se concretizou, de alguma forma, o direito de participação da interessada no procedimento em causa.

Vejamos.

A Constituição da República Portuguesa, no n.º 4 do artigo 267.º da CRP (na redacção de 1989, a que corresponde o n.º 5 do mesmo artigo nas redacções posteriores), exige que o processamento da actividade administrativa assegure a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito.

Nesta norma constitucional não se concretiza, porém, a forma como deve ser assegurada tal participação.

Quando a impugnante, ora recorrida, foi notificada das liquidações adicionais aqui impugnadas, em 1998, estavam em vigor o CPT e o CPA.

O artigo 100.º do CPA é uma concretização desse direito de

150 Neste sentido, entre outros, v. os Acórdãos do STA, de 30.10.2002 - Processo n.º 0780/02, de 10.11.10 - Processo n.º 0671/10, de 25.01.2000 - Processo n.º 021244, de 30.11.2005 - Processo n.º 0622/05 e de 11.02.2005 - Processo n.º 0518/05.

participação, estabelecendo que, concluída a instrução, e salvo o disposto no artigo 103.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta.

Como se afirma no acórdão deste STA de 11/1/2006, proferido no recurso n.º 584/05, «No entanto, a C.R.P. não exige que o direito de participação que assegura seja concretizado precisamente através de uma comunicação prévia do sentido provável da decisão final, sendo a fórmula constitucional compatível com outras formas de participação dos particulares nos procedimentos administrativos, desde que possibilitem a estes influenciar o sentido da decisão final.

O C.P.T. enunciou, na alínea c) do art. 19.º, o direito de audição como uma das garantias dos contribuintes, ao lado dos direitos de reclamação, impugnação e oposição.

Na concretização destes direitos, efectuada no art. 23.º, faz-se referência ao direito de audição apenas relativamente ao processo contra-ordenacional – alínea e) – concretizando-se a forma do exercício desse direito através de uma notificação para exercício do direito de defesa (arts.199.º e 200.º do C.P.T.).

No entanto, esta referência expressa ao direito de audição para estes processos e não também para os procedimentos de liquidação dos tributos não significa que o C.P.T. e as leis tributárias não assegurassem, através de outras vias, o direito de participação dos cidadãos na formação das decisões.

Na verdade, nos casos em que o processo de liquidação se inicia com base nas declarações dos contribuintes, o que é regra (art. 76.º, n.ºs 1 e 2, do C.P.T.), essa participação é assegurada imediatamente, não havendo necessidade de qualquer outra intervenção daqueles no procedimento, se a liquidação se vier a efectuar com base nos dados que constam dessas declarações.

Por outro lado, nos casos em que a administração tributária faz alterações ao teor das declarações, são, na maior parte dos casos, asseguradas formas de participação dos cidadãos no procedimento tributário, através da notificação das correcções efectuadas, que conferem aos contribuintes a possibilidade de requererem a revisão ou impugnam administrativamente tais actos, podendo manifestar aí as suas posições, antes de ser praticado o acto final do procedimento, que é o que concretiza a liquidação do tributo (arts. 84.º do C.P.T., art. 67.º do C.I.R.S. e arts. 53.º, 54.º e 112.º do C.I.R.C., entre outras normas) – neste sentido, pode ver-se o acórdão deste Supremo Tribunal Administrativo de 29-11-2000, proferido no recurso n.º 25214).

Para além disso, o C.P.A., publicado após a entrada em vigor do

C.P.T., estabelece, no seu art. 2.º, n.º 5, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de Janeiro, que as suas normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, entendimento este que já era defensável à face da redacção inicial – neste sentido, pode ver-se Freitas do Amaral, João Caupers, João Martins Claro, João Raposo, Pedro Siza Vieira e Vasco Pereira da Silva, em Código do Procedimento Administrativo Anotado, 1.ª edição, pág. 30).

Uma dessas normas que concretizam preceitos constitucionais, é o art.º 100.º do C.P.A., pelo que ele terá passado a ser potencialmente aplicável no procedimento tributário.

No entanto, a jurisprudência uniforme deste Supremo Tribunal Administrativo, concretizada em vários arestos da Secção do Contencioso Administrativo, tem sido no sentido de que as suas normas só são aplicáveis quando não há normas procedimentais especiais sobre as matérias nelas reguladas – neste sentido, podem ver-se os seguintes acórdãos da Secção do Contencioso Administrativo, relativos à prevalência das normas que asseguram o direito de audição do arguido em procedimento disciplinar sobre o regime previsto no C.P.A. de 28-9-95, proferido no recurso n.º 33172, publicado em Apêndice ao Diário da República de 27-1-98, página 7069; de 1-4-98, proferido no recurso n.º 41646; de 17-3-99, proferido no recurso n.º 41560; de 5-4-2000, proferido no recurso n.º 38210).

Assim, conclui-se que, após a entrada em vigor do C.P.A. e até à vigência da L.G.T. (que contém normas especiais sobre a matéria no seu art. 60.º), a participação dos interessados no procedimento tributário não podia deixar de ser assegurada, seja através de formas especiais, seja nos termos do C.P.A., sem prejuízo dos casos de dispensa ou inexistência deste direito previstos no seu art. 103.º e do próprio condicionalismo em que o art. 100.º prevê tal direito de audiência.»

No caso em apreço, não existia norma que se estabelecesse um regime especial de participação do contribuinte na formação da decisão.

Na verdade, as correcções determinadas pela administração tributária derivaram de inexactidões e omissões constatadas através de exame dos elementos da sua escrita, situação esta enquadrável nos artigos 16.º e 99.º do CIRC.

Nestas situações, não se previa na legislação vigente em 1998 qualquer intervenção do contribuinte entre o momento em que eram apurados os elementos necessários para efectuar a liquidação e o momento da concretização desta, estabelecendo-se apenas no artigo 19.º, alínea b) do CPT, entre as garantias dos contribuintes, a obrigatoriedade da notificação de todos os actos praticados em matéria tributária que afectassem os seus

direitos e interesses.

Por isso, não havendo um regime especial de exercício do direito de audiência, seria necessário assegurá-lo nos termos do artigo 100.º do C.P.A.

Não tendo sido assegurado o exercício do direito de audiência, as liquidações impugnadas enfermam de vício procedimental, por violação deste artigo 100.º, que é susceptível de ter reflexos na decisão final.

Alega a recorrente que tal participação se operou, contudo, desde logo através do procedimento inspectivo, na reclamação graciosa e agora também na impugnação judicial.

Mas o facto de terem sido ouvidos, no decurso do processo inspectivo, o técnico de contas da impugnante, o seu director financeiro e os responsáveis pelo sector de pessoal e por uma das secções de produção, e a impugnante ter tido a possibilidade de reclamar graciosamente e poder impugnar judicialmente as liquidações, não torna não essencial o vício de violação daquele direito.

Na verdade, como se acentua no aresto do STA de 11/1/2006, supra citado e aqui seguido, «o direito que é concedido pelo no n.º 5 do art. 267.º da C.R.P. e está concretizado nos arts. 100.º e seguintes do C.P.A., é um direito de participação na formação da decisão e não um direito de impugnar, administrativa ou judicialmente, decisões já elaboradas.

Trata-se, assim, de um direito cumulável com o direito de impugnação de actos lesivos, pelo que o facto de este existir não retira operância àquele vício procedimental.»

2. Existindo então regulamentação específica do direito de audiência prévia no direito tributário, são as normas deste regime as aplicáveis e não as do CPA

2.1. O citado artº 60º tem actualmente a seguinte redacção:

“1 - A participação dos contribuintes na formação das decisões que lhes digam respeito pode efetuar-se, sempre que a lei não prescrever em sentido diverso, por qualquer das seguintes formas: *(De acordo com o n.º 2 do art.º 13º da Lei n.º 16-A/2002 de 31 de maio, o disposto no n.º 1 do presente artigo tem carácter interpretativo):*

- a) Direito de audição antes da liquidação;
- b) Direito de audição antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições;
- c) Direito de audição antes da revogação de qualquer benefício ou ato administrativo em matéria fiscal;
- d) Direito de audição antes da decisão de aplicação de métodos

indiretos, quando não haja lugar a relatório de inspeção; *(Redação dada pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2005 –v. o seu artº 79º. A nova redação da alínea desta alínea, tem natureza interpretativa, de acordo com o nº 2 do artº 40º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro.)*

e) Direito de audição antes da conclusão do relatório da inspeção tributária.

2 - É dispensada a audição:

a) No caso de a liquidação se efetuar com base na declaração do contribuinte ou a decisão do pedido, reclamação, recurso ou petição lhe seja favorável;

b) No caso de a liquidação se efetuar oficiosamente, com base em valores objetivos previstos na lei, desde que o contribuinte tenha sido notificado para apresentação da declaração em falta, sem que o tenha feito. *(Este número tem redação dada pelo artº 89º da Lei nº 53-A/2006, de 29 de Dezembro que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2007 – v. o seu artº 142º)*

3 - Tendo o contribuinte sido anteriormente ouvido em qualquer das fases do procedimento a que se referem as alíneas b) a e) do n.º 1, é dispensada a sua audição antes da liquidação, salvo em caso de invocação de factos novos sobre os quais se não tenha pronunciado. *(Este número foi aditado pelo artº 13º da Lei nº 16-A/2002, de 31 de maio que entrou em vigor em 5 de junho seguinte).*

4 - O direito de audição deve ser exercido no prazo a fixar pela administração tributária em carta registada a enviar para esse efeito para o domicílio fiscal do contribuinte. *(Anterior nº 3)*

5 - Em qualquer das circunstâncias referidas no n.º 1, para efeitos do exercício do direito de audição, deve a administração tributária comunicar ao sujeito passivo o projeto da decisão e sua fundamentação. *(Anterior nº 4)*

6 - O prazo do exercício oralmente ou por escrito do direito de audição é de 15 dias, podendo a administração tributária alargar este prazo até o máximo de 25 dias em função da complexidade da matéria. *(Este número tem redação dada pelo artº 220º da Lei nº 66-B/2012, de 31 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 21013 – v. o seu artº 265º)- anterior nº 5*

7 - Os elementos novos suscitados na audição dos contribuintes são tidos obrigatoriamente em conta na fundamentação da decisão. *(Anterior nº 6).*

2.2. Este direito, embora integrando-se no direito de participação é específico, não se bastando com a mera colaboração com a administração tributária na prestação de informações ou de entrega de documentos e tem

o seu momento próprio que é após a realização da instrução¹⁵¹ e antes de proferida a decisão final do procedimento¹⁵².

No exercício deste direito o interessado pode pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de facto e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos, tal como resluta do n.º 2 do art.º 121.º do CPA, aqui subsidiariamente aplicável (art.º 2.º, alínea c) da LGT).

De acordo com o n.º 1, o direito de audição, salvo se existir norma em contrário,¹⁵³ pode efetuar-se¹⁵⁴:

151 Pode, no entanto, por força da participação do interessado, que pode oferecer novas provas, ser a instrução complementada, após o que se procederá a nova audição.

152 Pela sua síntese e oportunidade, transcrevemos do Acórdão do STA, de 23.05.2012 - Processo n.º 0489/12 a seguinte passagem, elucidativa do direito de audiência prévia no procedimento tributário: *“Como se sabe, o direito à audiência que o artigo 60.º da Lei Geral Tributária consagra sob a epígrafe de “princípio da participação” constitui uma concretização do direito de participação dos cidadãos na formação das decisões proferidas em procedimentos tributários que lhes digam respeito, garantido pelo artigo 267.º n.º 5 da Constituição da República, e que visa assegurar-lhes uma tutela preventiva contra lesões dos seus direitos ou interesses legítimos, razão pela qual deve ser assegurado o exercício desse direito antes, designadamente, do “indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições”. Trata-se, em suma, do direito que assiste aos contribuintes interessados de serem ouvidos num determinado procedimento tributário, antes de ser proferida a decisão, com vista a garantir a observância de princípios que regem a actividade procedimental no plano da relação jurídica tributária e que impõem a participação e a transparência procedimental, pilares fundamentais de um Estado de direito.*

Deste modo, sempre que se esteja na presença de um procedimento tributário há que permitir a participação dos cidadãos nas decisões que lhes digam respeito, de modo a que possam contribuir para um cabal esclarecimento dos factos e para uma mais adequada e justa decisão, sob pena de preterição de uma formalidade legal conducente à anulabilidade da decisão (a menos que seja manifesto que a decisão só podia, em abstracto, ter o conteúdo que teve em concreto, sabido que os vícios de forma não impõem, necessariamente, a anulação do acto, pois as formalidades procedimentais essenciais degradam-se em não essenciais se, apesar delas, foi dada satisfação aos interesses que a lei tinha em vista ao prevê-las).”

153 Casos a que nos referiremos adiante e que podem resultar de disposição expressa ou até indirectamente pela fixação de prazo para a decisão que inviabilize o direito de audição.

154 É de salientar aqui a diferente redação do art.º 121.º, n.º 1 do CPA, segundo o qual *“Sem prejuízo do disposto no artigo 124.º, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes de ser tomada a decisão final, devendo ser informados, nomeadamente, sobre o sentido provável desta”* e a deste artigo que refere apenas que *“a participação dos contribuintes pode efetuar-se”*. Esta diferente redação, uma vez que o direito de audição constitui um direito constitucionalmente reconhecido (art.º 267.º, n.º 5 da CRP) e tem de se exercido nos casos previstos na lei, significa apenas que o direito poderá ser exercido pelas formas indicadas quando a forma de participação estipulada na lei não for outra, como adiante veremos, e não que ele pode ou ter lugar de acordo com a vontade discricionária da Administração Tributária

- a) Antes da liquidação.
- b) Antes do indeferimento total ou parcial dos pedidos, reclamações, recursos ou petições.
- c) Antes da revogação de qualquer benefício ou ato administrativo em matéria fiscal.
- d) Antes da decisão de aplicação de métodos indiretos, quando não haja lugar a relatório de inspeção. *(Redação dada pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro, que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2005 – v. o seu artº 79º. A nova redação da alínea desta alínea tem natureza interpretativa, de acordo com o nº 2 do artº 40º da Lei nº 55-B/2004, de 30 de Dezembro.)*
- e) Antes da conclusão do relatório da inspeção tributária.

2.3. No entanto, este artigo permite a dispensa da audição:

- a) No caso de a liquidação se efetuar com base na declaração do contribuinte ou a decisão do pedido, reclamação, recurso ou petição lhe seja favorável;
- b) No caso de a liquidação se efetuar oficiosamente, com base em valores objetivos previstos na lei, desde que o contribuinte tenha sido notificado para apresentação da declaração em falta, sem que o tenha feito.
- c) Tendo o contribuinte sido anteriormente ouvido em qualquer das fases do procedimento a que se referem as alíneas b) a e) do n.º 1, é dispensada a sua audição antes da liquidação, salvo em caso de invocação de factos novos sobre os quais se não tenha pronunciado^{155 156}.

Relativamente aos casos referidos na alínea a) supra, compreende-se que, se a liquidação se efetuar com base na declaração do contribuinte, havendo apenas que aplicar a lei aos factos, de nada adiantaria a audição, pois não se vê o que poderia o contribuinte acrescentar sobre a matéria. Já no caso de dispensa com fundamento em decisão favorável, a questão não é tão líquida, havendo que apurar o que se entende por decisão favorável. Na verdade, a decisão pode ser só parcialmente favorável. Assim, se o interessado reclamar de um acto de liquidação e se pretender dar-se-lhe razão só em parte, tem de ser ouvido antes da decisão. Do mesmo modo, se apenas for parcialmente deferido um pedido de isenção, quando era pedida isenção na

155 Estes casos de dispensa de audiência correspondem ao que dispõe o artº 124º do CPA. No entanto, embora a audiência possa ser dispensada nestes casos, nada impede que a entidade competente a possa determinar.

156 Tem também sido considerado motivo de dispensa a urgência da decisão, quando o prazo legal desta seja inferior ao fixado para o exercício do direito de audição. Neste sentido, entre outros, v. os Acórdãos do STA (2ª Secção), de 23.05.2010-Processo nº 0489/2012 e de 09.05.2012 - Processo nº 0446/2012.

totalidade.

Também se compreende a dispensa referida na alínea b) supra. Com efeito, de acordo com o artº 89º da LGT:

“1. A aplicação de métodos indiretos com fundamentos em a matéria tributável ser significativamente inferior à que resultaria da aplicação de indicadores objetivos de atividade de base técnico-científica só pode efetuar-se, para efeitos da alínea c) do artigo 87.º, em caso de o sujeito passivo não apresentar na declaração em que a liquidação se baseia razões justificativas desse afastamento, desde que tenham decorrido mais de três anos sobre o início da sua atividade.

2. Os indicadores objetivos de base técnico-científica referidos no número anterior são definidos anualmente, nos termos da lei, pelo Ministro das Finanças, após audição das associações empresariais e profissionais, e podem consistir em margens de lucro ou rentabilidade que, tendo em conta a localização e dimensão da atividade, sejam manifestamente inferiores às normais do exercício da atividade e possam, por isso, constituir fatores distorsivos da concorrência”.

Ora, se o contribuinte foi notificado para apresentação da declaração em falta, sem que o tenha feito, a autoridade tributária e aduaneira fica legalmente vinculada à aplicação dos indicadores objetivos, pelo que a audição de nada adiantaria¹⁵⁷.

Quanto aos casos referidos na alínea c) supra, também faz sentido não haver lugar a audição se é de presumir que a mesma nada adiantaria, pois o interessado teve oportunidade de se pronunciar anteriormente e não existe “duplo direito de audição”.

Diferentemente se passa, no entanto, se a autoridade tributária e aduaneira invocar novos factos, ou mesmo nova fundamentação jurídica. Nestes casos, o interessado tem de ser novamente ouvido para se pronunciar sobre a matéria nova.

2.4. O direito de audiência pode ser exercido oralmente¹⁵⁸ ou por

157 Estes indicadores, porém, nunca chegaram a ser publicados e o legislador terá desistido da sua aplicação, naturalmente pela complexidade da sua fixação, tal como resulta da redação dada ao artº 45º nº 2 da pela Lei nº 82 - E/2014, de 31.12, que aboliu a expressão “ou de utilização de métodos indiretos por motivo da aplicação à situação tributária do sujeito passivo dos indicadores objetivos da atividade previstos na presente lei”. O mesmo sucedeu com a nova redação dada aos artºs artº 31º do CIRS (Lei nº 82-E/2014, de 31.12) e 86º-B do Código IRC (aditado pelo artº 3º da Lei nº 2/2014, de 16 de Janeiro), que passaram a prever coeficientes diversos dos indicadores objectivos da actividade.

158 Caso em que da audiência é lavrada ata da qual consta o extrato das alegações feitas pelo

escrito, constituindo essa opção ato discricionário da autoridade tributária e aduaneira. Em cada caso, a AT deverá verificar qual a melhor forma desse exercício, sendo certo que a forma escrita assegura melhores garantias aos interessados.

Terminada a instrução, a entidade competente escolherá a forma de exercício do direito e notificará o interessado do projecto de decisão e respectiva fundamentação, por carta registada a enviar para esse efeito para o seu domicílio fiscal para o exercer em prazo a fixar entre 15 a 25 dias, dependendo da complexidade da matéria (n.ºs 4 e 6).

E, tal como sucede no procedimento administrativo e já atrás ficou referido, o interessado pode apresentar novos factos, requerer diligências e alegar.

Quando assim suceder, a Administração tributária tem de se pronunciar sobre os novos factos e, em caso de diligências, realizadas elas, haverá lugar a nova audição sobre o projecto que vier a ser adoptado.

3. Para além deste preceito geral sobre direito de audiência prévia, outras normas tributárias a ele se referem consagrando regime diverso, quer dispensando a audiência, quer consagrando prazo mais alargado para o exercício do direito, quer estabelecendo forma diversa de participação dos interessados.

3.1. Assim, por exemplo, o n.º 7 do art.º 95.º-C do CPPT, relativamente ao procedimento de correção de erros da administração tributária estabelece expressamente que “*O indeferimento do pedido não está sujeito a audiência prévia*”.¹⁵⁹

Do mesmo modo, o n.º 5 art.º 63.º- B da LGT (Acesso a informações e documentos bancários), estabelece expressamente que “*Os atos praticados ao abrigo da competência definida no n.º 1 são suscetíveis de recurso judicial com efeito meramente devolutivo e, sem prejuízo do disposto no n.º 13, os atos previstos no n.º 2 dependem da audiência prévia do familiar ou terceiro e são suscetíveis de recurso judicial com efeito suspensivo, por parte destes*”¹⁶⁰.

interessado, podendo este juntar alegações escritas, durante a diligência ou posteriormente (art.º 123.º, n.º 4 do CPA). Aliás, também o art.º 45.º, n.º 3 do CPPT determina que “*No caso de audiência oral, as declarações do contribuinte serão reduzidas a termo*”.

159 Já o art.º 68.º, n.º 13 da LGT estabelece que “*Antes da prestação da informação vinculativa e quando o entender conveniente, a administração tributária procede à audiência do requerente, ficando suspensos os prazos previstos nos n.ºs 2 e 4*”.

160 Estabelecendo o n.º 13 que “*Nos casos abrangidos pela alínea h) do n.º 1, não há lugar a notificação dos interessados nem a audiência prévia do familiar ou terceiro quando o pedido*

E o artº 63º nº 7, alínea do mesmo diploma, exige que nos casos de acesso direto com audição prévia obrigatória do sujeito passivo ou de familiares ou terceiros que se encontrem numa relação especial com o contribuinte, a notificação das instituições de crédito, sociedades financeiras e demais entidades, para efeitos de permitirem o acesso a elementos cobertos pelo sigilo a que estejam vinculados quando a administração tributária exija fundamentadamente a sua derrogação, deve ser também acompanhada de cópia da notificação dirigida para o efeito de assegurar a referida audição prévia.

Por sua vez, o artº 63º, nº 5 do CPPT determina que *“O direito de audição prévia é exercido no prazo de 30 dias a contar da notificação do projeto de aplicação da disposição antiabuso ao contribuinte”*¹⁶¹.

Também o facto de a lei conceder prazo para a decisão inferior ao mínimo previsto para o exercício do direito de audiência tem sido interpretado no sentido de ser dispensado o exercício daquele direito, atenta a urgência da decisão.

Assim, no Acórdão do STA, de 23.05.2012 - Processo nº 0489/12, ficou escrito, para além do mais, o seguinte: *“No caso vertente, o curtíssimo prazo concedido à administração tributária para a decisão do pedido,¹⁶² conjugado com a obrigatoriedade de o executado apresentar imediatamente toda a prova*

de informações tenha carácter urgente ou essa audição ou notificação possa prejudicar as investigações em curso no Estado ou jurisdição requerente das informações e tal seja expressamente solicitado por este Estado ou jurisdição”.

161 Estabelecendo, assim, prazo mais alargado do que o nº 6 do artº 60º da LGT determina.

162 No caso concreto estava em causa a prestação de garantia, estabelecendo o nº 4 do artº 170º do CPPT que *“O pedido de dispensa de garantia será resolvido no prazo de 10 dias após a sua apresentação”*, enquanto, como vimos, o prazo mínimo previsto no artº 60º da LGT para o direito de audiência é de 15 dias. Temos dúvidas sobre este entendimento e, por isso, fundamentámos no STA casos idênticos invocando pura e simplesmente a inadmissibilidade legal do exercício de tal direito da execução fiscal. Neste sentido v. a nossa declaração de voto aposta no Acórdão no STA, de 09.05.2012 - Processo nº 0446/12.

A admitir-se tal direito, o mesmo não pode ser afastado com a argumentação invocada, tendo aqui aplicação o entendimento de Mário Esteves de Oliveira e outros, já atrás referido segundo o qual *“E também não são razões ligadas com a necessidade de cumprimento do prazo legal de conclusão do processo ou com a necessidade de prevenir o aparecimento de actos tácitos - pelo menos, nos casos em que tais efeitos têm contra-interessados -, que podem ser invocadas para justificar o preenchimento do pressuposto da urgência da decisão. Para prevenir ou remediar essas situações, a Administração dispõe, com efeito, de poderes situados no âmbito do princípio da informalidade e da celeridade, mas não pode, obviamente, sacrificar posições e direitos procedimentais dos interessados, com o cariz deste”*.- Mário Esteves de Oliveira e outros - Código do Procedimento Administrativo Anotado, Almedina, Coimbra 1993, Vol. I, pág. 534.

no requerimento onde formula a sua pretensão, denuncia objectivamente o carácter urgente deste procedimento tributário, onde o tempo constitui um elemento determinante na finalidade pública que se visa prosseguir, de obviar ao sumiço de bens que possam garantir o pagamento integral da dívida exequenda, assim se justificando a não observância da formalidade prescrita no artigo 60.º da LGT, ao abrigo do disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 103.º do CPA, face à aplicação subsidiária das normas do CPA ao procedimento tributário”.^{163 164}

3.2. Estando em causa neste direito a participação do interessado em decisão que lhe diz respeito, e antes de esta ser proferida, assim se distinguindo de outros direitos como o de reclamação, recurso hierárquico ou impugnação judicial em que a decisão foi já proferida e estes meios visam a alteração daquela decisão, como se escreveu no Acórdão do STA, de 11.10.2010 - Processo n.º 0671/10, já acima parcialmente transcrito, essa forma de participação pode ser diversa da prevista no transcrito art.º 60.º.

Com efeito, ali ficou escrito, para além do mais, o seguinte: “*Como se afirma no acórdão deste STA de 11/1/2006, proferido no recurso n.º 584/05, «No entanto, a C.R.P. não exige que o direito de participação que assegura seja concretizado precisamente através de uma comunicação prévia do sentido provável da decisão final, sendo a fórmula constitucional compatível com outras formas de participação dos particulares nos procedimentos administrativos, desde que possibilitem a estes influenciar o sentido da decisão final.*

O C.P.T. enunciou, na alínea c) do art. 19.º, o direito de audição como uma das garantias dos contribuintes, ao lado dos direitos de reclamação, impugnação e oposição.

Na concretização destes direitos, efectuada no art. 23.º, faz-se referência ao direito de audição apenas relativamente ao processo contraordenacional – alínea e) – concretizando-se a forma do exercício desse direito através de uma notificação para exercício do direito de defesa (arts. 199.º e 200.º do C.P.T.).

No entanto, esta referência expressa ao direito de audição para estes processos e não também para os procedimentos de liquidação dos tributos

163 Este entendimento ficou também expresso, entre outros, nos Acórdãos do mesmo tribunal e Secção, de 09.05.2012 - Processo n.º 0446/12 no qual discordámos da fundamentação, conforme declaração de voto aí aposta.

164 No sentido da admissibilidade do exercício do direito de audiência em situação semelhante v., porém, o Acórdão do mesmo Tribunal e Secção de 14.12.2011 - Processo n.º 01072/11.

não significa que o C.P.T. e as leis tributárias não assegurassem, através de outras vias, o direito de participação dos cidadãos na formação das decisões”.

E, no Acórdão do Pleno da mesma Secção daquele Tribunal, de 24.03.2010 - Processo nº 01055/2009, ficou também escrito, para além do mais, o seguinte: “*A Constituição da República Portuguesa impõe, no seu artigo 267.º, n.º 5, que o processamento da actividade administrativa assegure “a participação dos cidadãos na formação das decisões e deliberações que lhes disserem respeito”.*

Ora, o dito artigo 60.º da Lei Geral Tributária veio regular especialmente o exercício do direito de audição no procedimento tributário, ocorrendo tal exercício, todavia e apenas, “sempre que a lei não prescrever em sentido diverso”, ou seja, “estará afastada a aplicação do regime deste artigo quando a lei estabelece uma forma especial de participação dos interessados na formação das decisões que lhe dizem respeito”.

E, como resulta do transcrito artigo 4.º, o contribuinte tem intervenção no procedimento da fixação da matéria colectável, directamente por si, ou através de um seu representante, na comissão de avaliação – pelo que não se vislumbra neste entendimento da lei a violação de alguma norma ou princípio constitucional, mormente do supra aludido princípio constitucional da participação dos cidadãos nas decisões administrativas.

Cf. tudo o que vem de ser dito, quase textualmente, no acórdão do Pleno desta Secção do Supremo Tribunal Administrativo, de 19.11.2008, proferido no recurso n.º 837/07, o qual, por sua vez segue de perto o acórdão, que cita, também do Pleno desta Secção, de 14-7-2008, proferido no recurso n.º 616/07”.

Desta doutrina resulta então que, em direito tributário, a concretização do direito de participação tem lugar não só pela forma prevista no artº 60º transcrito, como por outras formas previstas na lei. E, estando prevista em lei especial outra forma, não há que cumprir o disposto nesta norma. Deste modo, podemos também considerar como participação - com dispensa do cumprimento deste artº 60º - a participação do contribuinte ou representante seu no procedimento de avaliação a que se refere o artº 91º da LGT, bem como a participação do mesmo, também por si ou por perito por si designado, nos procedimentos de segunda avaliação cadastral de prédios rústicos (artº 74º, nº 1 do CIMI), e de segunda avaliação de prédios urbanos (artº 76º, nº 2 do CIMI)¹⁶⁵ ou ainda no procedimento de avaliação a que se refere o artº

165 De notar que também o artº 14º, nº 1 do CIMT determina que “*Quando houver de proceder-se à avaliação de bens imóveis, à discriminação ou à destrinça de valores patrimoniais tributários de prédios já inscritos na matriz, todas as diligências, procedimentos e critérios de avaliação*

4º do Regulamento da Contribuição Especial aprovado pelo Decreto-Lei nº 43/98, de 3 de Março.

A razão para a não observância nestes casos do disposto no artº 60º está expressa no Acórdão do STA, de 19.05.2011 - Processo nº 01053/09, nos seguintes termos:¹⁶⁶ “*Como se vê, à face do regime previsto neste artigo, o contribuinte tem intervenção no procedimento de fixação da matéria colectável através da participação, por si ou seu representante, na comissão de avaliação.*”

Por outro lado, uma vez determinada a matéria colectável, constituída pela diferença de valores referida no art. 2.º, o cálculo da Contribuição Especial é efectuado através da aplicação da taxa adequada prevista no art. 10º, não havendo possibilidade legal de ser utilizado como valor da matéria colectável qualquer outro valor.

Nestas condições, como bem se constata no acórdão recorrido, a intervenção do contribuinte antes da liquidação seria completamente inócua, pois dela nunca poderia resultar a alteração da matéria colectável.

Designadamente a ponderação dos elementos atinentes à avaliação que refere a Recorrente terá de ser efectuada no âmbito da avaliação, em que são ponderáveis, além dos factores especialmente indicados, «quaisquer outros elementos susceptíveis de influírem no valor dos prédios [alínea g) do n.º 2 do art.6.º].

Neste contexto, prevendo-se uma forma de intervenção do contribuinte na formação da decisão através da participação na comissão de avaliação e não havendo qualquer utilidade em admitir uma nova intervenção antes da liquidação, por não poder ser alterado o valor sobre que deve incidir a taxa, é de concluir que a única forma de participação dos interessados na formação da decisão que se prevê é a que é assegurada ao contribuinte na comissão de avaliação, pois vigora no procedimento tributário um princípio geral de proibição de prática de actos inúteis, que aflora no n.º 1 do art. 57.º da LGT.

4. Para terminar esta parte, diremos ainda que o referido artº 60º não é aplicável em matéria sancionatória, na medida em que o Regime Geral das

serão os estabelecidos no CIMI”, pelo que também nestes casos não será de aplicar o artº 60º da LGT.

166 Embora, em concreto, o acórdão se refira a avaliação para efeitos da contribuição especial a que se refere o Decreto-Lei nº 43/98, de 3 de Março, esta doutrina é transponível para todos os casos de avaliação que indicámos, em que o contribuinte está presente por si ou por representante e em que o resultado serve de base à liquidação sem possibilidade de alteração, cabendo depois ao interessado o direito de impugnar a liquidação apurada com base nessa avaliação.

Infracções Tributárias, aprovado pela Lei nº 15/2001, de 5 de Junho, consagra regime próprio de participação permitindo a apresentação da defesa pelo interessado que pode requerer diligências, apresentar provas e invocar a seu favor o que julgar por conveniente (v. artºs 70º a 72º do referido diploma).

Por sua vez, apesar de não estarmos perante procedimento administrativo, tal artigo aplica-se antes de ser decretada a reversão contra o responsável subsidiário, tal como resulta do artº 23º, nº4 da LGT¹⁶⁷.

B) No sistema jurídico da RAEM

1. No sistema jurídico da RAEM não existe ainda hoje qualquer norma geral consagrando o direito de audiência prévia no direito tributário.

Por isso, temos de entender que desde a entrada em vigor do Código do Procedimento Administrativo de Macau, aprovado pelo Decreto-Lei nº 35/94/M, de 18 de Julho, se aplicam subsidiariamente as normas previstas no CPA.

Na verdade, o artº 2º, nº 1 daquele diploma (CPAM) dispunha expressamente que as suas disposições eram aplicáveis a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade de gestão pública, estabelecessem relações com os particulares, sendo certo que a Administração Tributária se enquadra na Administração Pública.

O novo CPAM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 57/99/M, de 11 de Outubro, contém também no seu artº 2º normas relevantes nesta matéria, nomeadamente os nºs 1 e 4 a 6, respectivamente do seguinte teor:

167 Em nosso entendimento, será este o único caso em que tal será legalmente admissível em execução fiscal. No entanto, o STA, com o argumento de que estamos perante “*actos materialmente administrativos*” tem admitido também a sua aplicação nos casos de pedidos de pagamento em prestações e de dação em pagamento (para além de o ter também já admitido no caso de dispensa de garantia, como acima referido - Acórdão de 14.12.2011-Processo: 01072/11). Neste sentido, por exemplo, os Acórdãos de 10.04.2013 - Processo: 0441/13 e de 15.04.2009 - Processo nº 0130/09.

Tivemos ocasião de discordar desta doutrina, quer na declaração de voto acima referida, quer em Acórdãos do STA em que fomos Relator (v., por exemplo, os Acórdãos de 30.11.2011-Processo nº 0983/11 e de 09.12.2002-Processo nº 0864/12). É que o processo de execução fiscal - para além de não ter natureza de procedimento administrativo, mas natureza judicial - é um processo célere que não se compadece com demoras, tendo em vista a cobrança de receitas necessárias para a satisfação do interesse público. Daí que só em casos especialmente previstos na lei, como é o caso da reversão, possa admitir-se o direito de audiência prévia.

Se justificamos a concessão do direito com fundamento na natureza de acto administrativo da decisão, então há que retirar daí todas as consequências e admitir quanto a tal decisão, por exemplo, reclamação administrativa ou recurso hierárquico. É que o argumento não pode servir para justificar um direito e negar outros.

“1. As disposições deste Código aplicam-se a todos os órgãos da Administração Pública que, no desempenho da actividade administrativa de gestão pública, estabeleçam relações com os particulares, bem como aos actos em matéria administrativa praticados pelos órgãos do Território que, embora não integrados na Administração Pública, desenvolvam funções materialmente administrativas.

4. Os princípios gerais da actividade administrativa definidos no presente Código são aplicáveis a toda a actuação da Administração, ainda que meramente técnica ou de gestão privada.

5. As disposições deste Código relativas à organização e à actividade administrativas são aplicáveis a todas as actuações da Administração no domínio da gestão pública.

6. As disposições do presente Código são ainda supletivamente aplicáveis a procedimentos especiais, desde que não envolvam diminuição das garantias dos particulares.”

Temos então que, em procedimento tributário, se aplicam as normas do CPAM, nomeadamente, as relativas ao direito de audiência prévia e quando estiver em causa decisão em matéria tributária susceptível de afectar direitos ou interesses legalmente protegidos do contribuinte.

2. Todavia, existem no ordenamento jurídico tributário da RAEM formas de participação dos interessados que se aproximam do direito de audiência prévia e, por isso, dispensam o uso da forma prevista nos artºs 93º a 97º do CPAM, tal como nos casos de avaliação referidos na parte relativa ao sistema jurídico de Portugal.

Assim, por exemplo, no artº 43º, nº 2 do Regulamento do Imposto Complementar de Rendimentos prevê-se que o rendimento colectável apurado estará patente, nos prazos referidos no artigo 44.º, ao exame do respectivo contribuinte.

O contribuinte pode reclamar daquela fixação e tal reclamação tem efeito suspensivo (nº 3 do artº 44º).

Sendo certo que o contribuinte não tem intervenção na Comissão que aprecia a reclamação, a verdade é que ele tem direito a ver apreciada a sua argumentação antes da decisão definitiva, o que assegura a sua participação na formação da decisão.

Deste modo, mesmo em caso de indeferimento, não é de aplicar o CPAM, uma vez que, ainda que o contribuinte viesse a ser ouvido novamente, o valor fixado não poderia ser alterado pela Administração Tributária.

Situação semelhante ocorre com o imposto profissional, cujo artº 79º do Regulamento de Imposto Profissional permite também a impugnação da

fixação da matéria colectável com efeito suspensivo (nº 7). Ora, também neste caso o interessado (que pode ser um contribuinte ou a própria RAEM) pode apresentar elementos que podem levar à alteração da matéria fixada. Se a reclamação for indeferida segue-se a liquidação, não havendo lugar a audiência prévia, uma vez que aquela tem de ser efectuada com base na matéria fixada e a audição do interessado nada adiantaria¹⁶⁸.

Outro caso paradigmático está previsto no artº 48º do Regulamento da Contribuição Predial Urbana relativamente ao pedido de segunda avaliação de prédios urbanos.

Com efeito, ali se estabelece que o contribuinte que não se conformar com o resultado da avaliação, pode requerer, mediante modelo M/6, no prazo de 10 dias contados da notificação, segunda avaliação, expondo os fundamentos do pedido e indicando o nome e a morada do seu louvado. Neste caso, o próprio contribuinte exerce a sua participação através de perito por si designado, assim colaborando na formação da decisão – avaliação que vai servir de base à liquidação.

3. Tal como sucede no sistema jurídico de Portugal, também o direito de audiência regulado no CPAM, não se aplica às infracções tributárias, uma vez que é assegurado ao infractor o direito de defesa, permitindo-se-lhe contestar a infracção imputada, apresentar provas, requerer diligências, etc¹⁶⁹.

No âmbito da execução fiscal, continuam a aplicar-se na RAEM as normas (excepto as incompatíveis com legislação, entretanto, produzida sobre a mesma matéria) do Código das Execuções Fiscais, aprovado pelo Decreto nº 38.088, publicado no Boletim Oficial de Macau Nº 1, de 6 de Janeiro de 1951.

O respectivo artº 295º estabelece o seguinte: “*Em todas as dívidas que não possam ser cobradas dos originários devedores ou dos seus herdeiros por absoluta falta de bens demonstrada no processo por auto de diligência e haja pessoas solidária ou subsidiariamente responsáveis nos termos deste Código ou dos regulamentos aplicáveis, contra essas pessoas reverterão as execuções*”¹⁷⁰.

No entanto, ao contrário do que sucede no actual regime português, em

168 O interessado terá de exercer os seus direitos através de recurso hierárquico ou de impugnação judicial, onde poderá invocar vícios do acto de liquidação ou outras ilegalidades.

169 “*Sob pena de nulidade da decisão sancionatória, são assegurados ao infractor os direitos de audiência e de defesa*” - nº 2 do artº 11º do Decreto-Lei n.º 52/99/M, de 4 de Outubro.

170 Sobre essa responsabilidade solidária ou subsidiária v. os artºs 296º a 304º do mesmo Código.

que a reversão depende de despacho devidamente fundamentado do órgão da execução fiscal que a decreta, precedido da audiência prévia do interessado (artº 23º, nº 4 da LGT), o CEF determina no parágrafo único do mesmo artigo que *“Para os efeitos deste artigo o escrivão informará no processo quais sejam os responsáveis e a importância por que o forem, quando haja mais do que um, e fará concluso o processo ao juiz, que mandará citar os responsáveis e seguir contra eles os mais termos da execução”*¹⁷¹.

Como acima referimos, o processo de execução fiscal não tem natureza de procedimento administrativo, pelo que não são aplicáveis aqui as normas deste, constantes do CPAM, nomeadamente as relativas ao direito de audiência prévia. Deste modo, e na falta de norma expressa determinando a realização de audiência prévia no processo de execução fiscal, esta não é legalmente admissível. Resta ao revertido a defesa através da oposição à execução a que se referem os artºs 164º e segs. do mesmo diploma, podendo invocar, nomeadamente, que não é responsável solidário ou subsidiário ou que o executado originário possui bens penhoráveis.

3. As consultas sobre políticas públicas na RAEM

Embora não corresponda exactamente ao direito de audiência a que nos temos vindo a reportar, assume também relevo em Macau a legislação relativa a consultas sobre políticas públicas, cuja matéria se encontra regulada no Despacho do Chefe do Executivo nº 224/2011, de 05.08.2011. Com efeito, apesar de aqui não estarmos perante procedimento administrativo, a consulta pode ter também relevância em matéria administrativa já que, de acordo com o ponto 1.1.2 daquele Despacho *“O objectivo das Normas é regulamentar a consulta de políticas públicas, criar um bom ambiente de consulta, promover a participação do público e auscultar plenamente as suas opiniões, de forma a contribuir para uma boa governação”*. Assim

171 O artº 155º, nº 3 do Código de Procedimento e de Processo de Portugal contém um regime semelhante, e em que é dispensada a audiência dos interessados, quando o executado tenha falecido e tenha havido partilhas. Com efeito, estabelece tal norma o seguinte:

“3. Para efeito dos números anteriores, quando quem realizar a citação verificar que o executado faleceu prestará informação em que declare:

a) No caso de ter havido partilhas, os herdeiros e as suas quotas hereditárias;
b) Não tendo havido partilhas, os herdeiros, caso sejam conhecidos, e se está pendente inventário.
4. No caso da alínea a) do número anterior será mandado citar cada um dos herdeiros para pagar o que proporcionalmente lhe competir na dívida exequenda e, no da alínea b), citar-se-á, respetivamente, consoante esteja ou não a correr inventário, a cabeça de casal ou qualquer dos herdeiros para pagar; toda a dívida sob cominação de penhora em quaisquer bens de herança, fazendo-se a citação dos herdeiros incertos por editais”.

estas consultas apresentam maior abrangência permitindo a participação dos residentes no procedimento legislativo e não apenas na formação de decisões que directa e individualmente lhes digam respeito.

EX-POST CARIOU: THE DEVELOPMENT OF COPYRIGHT FAIR USE AND ITS IMPLICATIONS ON CHARACTER MERCHANDISING

Jerry I-H Hsiao*

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: In 2014, a case from the United States Second Circuit sent shock waves when it gave the broadest definition of fair use till this day in *Cariou*. Ever since the widely adopted transformative use in 1992, thirty years later, people are still asking what exactly is fair use. This paper explains the evolution of fair use and the adoption of transformative use into the fair use analysis and looks into the appropriation art cases which led to *Cariou*. After assessing *Cariou*, this paper finds that unlike the past interpretation of fair use, *Cariou* seems to be looking into two areas which were largely ignored in the past, first, the definition of market in derivative works and second, the new found focus on content of the secondary work. These are the two areas in which will cause much uncertainty in the character merchandising industry. In this paper, the author advocates that in the future application of fair use, the market is limited for reproduction rights while the content should be divided into four categories on how the secondary work has transformed the original work to see whether fair use will be allowed.

Keywords: Copyright; fair use; transformative use; character merchandising; United States.

* PhD, Queen Mary University of London.

I. Introduction

The purpose of copyright is to give authors a limit period of time to award her creation while allowing the public to benefit from that creation. However, this delicate balance is not always easy to achieve, especially when courts have to decide when can a secondary author use the original author's work without getting a license but nonetheless falls under the fair use exception and therefore constitutes no infringement. The evolution of fair use has been giving academics and practitioners much materials to debate on, and sometimes the courts seem to be oblivious to these concerns while giving their own interpretations.

In 2014, a case from the Second Circuit sent shock waves when it gave the broadest definition of fair use till this day in *Cariou*.¹ Ever since the widely adopted transformative use in 1992, thirty years later, people are still asking what exactly is fair use. This paper explains the evolution of fair use and the adoption of transformative use into the fair use analysis and looks into the appropriation art cases which led to *Cariou*. After assessing *Cariou*, this paper finds that unlike the past interpretation of fair use, *Cariou* seems to be looking into two areas which were largely ignored in the past, first, the definition of market in derivative works and second, the new found focus on content of the secondary work. These are the two areas in which will cause much uncertainty in the character merchandising industry. In this paper, the author advocates that in the future application of fair use, the market is limited for reproduction rights while the content should be divided into four categories on how the secondary work has transformed the original work to see whether fair use will be allowed.

II. Introduction to characters

Characters are the backbone of the multi-billion dollar character merchandising industry. There are generally four types of characters:²(1) Pure characters, or those characters that do “not appear in an incorporated work”;³ (2) Literary characters arising from novels or scripts with description and action creating the character; (3) Visual characters, as found in live-action movies;⁴⁴ and (4) Cartoon characters, a broader term than just animation, but used in reference

1 *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir.2013).

2 Leslie A. Kurtz, *The Independent Legal Lives of Fictional Characters*, 1986 WIS. L. REV. 429 (1986).

3 Kenneth E. Spahn, *The Legal Protection of Fictional Characters*, 9 U. MIAMI ENT. & SPORTS L.REV. 331, 340 (1992).

4 17 U.S.C §101

to all line drawings of a perceived simplicity. While pure characters have received “little or no protection” through the courts, cartoon characters “tend to receive far more protection than literary characters.”⁵ As Professor Kurtz puts it, characters are variable and elusive, having only tangible existence in the specific words, pictures, and sounds created by its author.⁶ Yet, characters are not static and may change in physical appearance, personality and mannerisms.⁷ In this article, only cartoon characters will be discussed.

Today, cartoon characters have gotten more attention and their influence have become a symbol of a nation’s global power.⁸ Cartoons are no longer confined to children and teens but as a cultural object that can be enjoyed by everyone. Thus, you can see cartoon characters such as Pokémon appearing on All Nippon Airlines (ANA) jets or faces of Hello Kitty appearing on practically anything imaginable. Thus, Sanrio, the company owing the intellectual property (IP) to Hello Kitty proclaims the company as an IP licensing company with professional designing capabilities.⁹ Similarly, in US, Mattel’s senior counsel states that Mattel, owner of Barbie® has “an intellectual property, not a doll...”¹⁰ The increased ability to manufacture and market products bearing a character’s image makes a character a more valuable commodity.¹¹ Indeed, characters have been exploited in connection with a range of merchandise and have been used in “extensive licensing programs to promote everything from children’s toys to fast-food restaurants”.¹²

A. Copyright protection for characters

With their rising importance both culturally and economically, copyright protection generally is the theory that owners can prevent the unauthorized use of a character. Copyright enables authors to control the use of their intellectual creations. Its primary purpose is to encourage creativity and the dissemination

5 Kurtz, *supra* note 2, at 451.

6 *Id.* at 430.

7 *Id.* at 431.

8 Anne Allison, *Portable Monsters and Commodity Cuteness Pokémon as Japan’s New Global Power*, 6(3) POSTCOLONIAL STUDIES 381 (2003).

9 Sanrio, *About Sanrio*, available at: <http://www.sanrio.com.tw/AboutSanrio/AboutSanrio.aspx> (last visited 19/01/2016).

10 Lisa Bannon, staff reporter of THE WALL STREET JOURNAL, WSJ Interactive Edition, January 6, 1998.

11 PHILLIP E. PAGE, *Licensing and Merchandising of Characters: Art Law Topic for AALS 1994*, 11 U. MIAMI ENT. & SPORTS L.REV. 421,422(1994).

12 See *Conan Properties v. Conans Pizza*, 752 F.2d145, 150 (5th Cir.1985).

of creative work, so that the public may benefit from the labor of authors.¹³ Copyright, unlike patents, is a relatively easy intellectual property right to be obtained, an author only needs to independently create a work and fixed on to a tangible medium of expression.¹⁴ Although the Supreme Court in *Fiest* indicated that originality is the *sine qua none* of a copyright,¹⁵ the requirement only requires a modicum of creativity, which requires an intellectual contribution instead of the long recognized “sweat of the brow.”¹⁶

However, copyright protection for characters was a debatable topic and courts have been reluctant to grant independent copyright protection for characters unless they satisfied the “story being told” test.¹⁷ It was only until *Nichols v. Universal Pictures Corp.*,¹⁸ Judge Learned Hand offered the possibility that, independent of plot, copyright could protect fictional characters if they were distinctly delineated.¹⁹ Judge Hand also noted that “[i]t follows that the less developed the characters, the less they can be copyrighted; [and] that [this] is the penalty an author must bear for making [the characters] too indistinctly.”²⁰ This is why courts have been more willing to protect characters that have a visual component than to protect more abstract characters such as literary characters.²¹

There is a reason for cartoon characters to receive copyright easier than the

13 See U.S.CONST. art. I, § 8, cl. 8.

14 See 17 U.S.C. § 102(a) (1990) (“Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device...”).

15 See *Feist Publ’ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, 340 (1991).

16 See generally *Feist*, 499 U.S. at 353-54 (“The ‘sweat of the brow’ doctrine had numerous flaws, the most glaring being that it extended copyright protection in a compilation beyond selection and arrangement—the compiler’s original contribution—to the facts themselves ... ‘Sweat of the brow’ courts thereby eschewed the most fundamental axiom of copyright law—that no one may copyright facts or ideas... Without a doubt the ‘sweat of the brow’ doctrine flouted basic copyright principles.”).

17 See *Warner Bros. Pictures, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 216 F.2d 945, 950(9th Cir.1954), *cert.denied*, 348 U.S. 971 (1955). (“a character may only be protected under copyright law if the character constitutes the story being told, but of the character is the chessman in the game of telling the story, he is not within the area of the protection afforded by copyright”).

18 45 F.2d 119 (2d Cir.1930).

19 *Id.* at 121.

20 *Id.* at 122.

21 See *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d. 751, 755 (9th Cir, 1978), *cert denied*, 439 U.S. 1132 (1979). (“When the author can add a visual image, however, the difficulty of [determining distinct delineation] is reduced”).

other types of characters. Copyright, after all, protects the expression of ideas, rather than the idea itself. The readily identifiable visual image inherent in cartoon characters makes it easier to identify these characters as “expressions” thus allowing courts with higher degree of comfort in determining copyrightability and granting protection to cartoon characters.²² A leading case in cartoon character protection is *Walt Disney Productions v. Air Pirates*,²³ where the court found that the Mickey Mouse character to be protectable apart from the stories which he appeared. The court also noted that most cases dealing with cartoon characters “have considered the character’s personality and other traits in addition to its image”.²⁴

From the discussion thus far, we can already assume that there are basically two types of cartoon characters: the first type being like Hello Kitty with an image and very limited story line or description of personality, while on the other hand, there are characters which distinctive personality and traits and a set of collection of stories like those in the Disney series. Regardless of the story or personality, character merchandising is based on the image of the character itself. In order for a person or corporation to utilize the image in the promotion of goods or services, the person or corporation intended to use the image will have to get a license from the copyright owner to avoid copyright infringement. However, the continuation of this practice seems to be doubtful in light of some of the recent cases regarding to artistic works. The Circuit Courts seem to be broadening the scope of fair use in this category, which calls into question whether the future of character merchandising will be compromised to a more fundamental question whether the current copyright system is in need of a major revision.

B. Copyright protection for characters and fair use

By granting exclusive right to an author provides an incentive to create and invest in creation, but it can also undercut the goals of copyright. However, since every artist builds upon the creativity of the past, and the creations of others are among the materials used to create new works of art.²⁵ Authors must be free to refer to, expand upon, criticize, and even poke fun at the existing work of others, the doctrine of fair use as a safeguard to limit the scope of the copyright monopoly, paving the way for the new expression of ideas.²⁶ The doctrine of fair use, often described as an “equitable

22 Spahn, *supra* note 3, at 338.

23 *Walt Disney*, 581 F.2d.

24 *Id.* at 757 n.14.

25 Kurtz, *supra* note 2, at 438.

26 Tracey T. Gonzalez, *Distinguishing the Derivative from the Transformative: Expanding Market-Based Inquiries in Fair Use Adjudications*, 21 CARDOZO ARTS & ENT L.J. 229-230 (2003)

rule of reason”²⁷ has been codified by Congress in 1976, and the doctrine is expressed in terms of four non-exclusive statutory factors to be considered in fair use analysis.²⁸ However, what is fair is fact-specific and resistant to generalization, development of the doctrine of fair use is not from deduction from principle but from concrete cases.²⁹

The statute, however, gives little guidance how to recognize fair use and judges do not share a consensus on the meaning of fair use.³⁰ Thus, the question sometimes arises whether a finding of fair use is a finding the accused use is simply not infringing, because it is not within the scope of the rights protected by copyright, or is rather a finding of fair use is a finding that, although the use within the scope of those rights, it is also within a more particular exception to them-not infringing as such but would-be-infringing-but-for the exception.³¹ In *Walt Disney Productions*,³² the Ninth Circuit denied a finding of fair use because while Disney sought only to foster “an image of innocent delightfulness,” Air Pirates centered around “a rather bawdy depiction of the Disney characters as active members of a free thinking, promiscuous, drug ingesting counterculture”³³ using Factor three, the Ninth Circuit found Air Pirates has taken more than enough to be satirized. In addition, Air Pirates was parodying on life and society in addition to parodying Disney characters. The court indicted that if Air Pirates did not focus on how the characters looked, but rather parodied their personalities, their wholesomeness and their innocence, the copying could have been justified more easily.³⁴

III. Supreme Court’s interpretation offair use

A. From commercial to transformative

Some seminal cases from Supreme Court also gave much uncertainties.

27 Kate O’Neill, *Against Dicta: A Legal Method for Rescuing Fair Use from the Right of First Publication*, 89 CAL. L.REV. 369,373(2001).

28 See 17 U.S.C. § 107 for the four factors in fair use: (1) the purpose and character of the use; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

29 Lloyd L. Weinreb, *Fair’s Fair: A Comment on the Fair Use Doctrine*, 103 HARV. L. REV. 1137, 1138 (1990).

30 Pierre N. Leval, *Toward a Fair Use Standard*, 103 HARV. L. REV. 1105, 1106 (1990).

31 Lloyd L. Weinreb, *Fair Use*, 67 FORDHAM L. REV. 1291, 1292 (1999) at note 12.

32 *Walt Disney*, 581 F2d.

33 *Id.* at 753.

34 *Id.* at 756.

In *Sony*, decided in 1984, the Court held that individual's copying of television program for later viewing was noncommercial fair use, but suggested in dicta that when the defendant's use is "commercial" there is a presumption of harm to the potential market for the plaintiff's copyrighted work under the fourth fair use factor.³⁵ A year later in *Harper & Row*, the court repeated the board Sony dictum that every commercial use is presumptively unfair and announced that the fourth factor, the factor of harm to the potential market, is "undoubtedly the single most important" of all the factors.³⁶

In 1994, the Supreme Court made its decision on fair use in *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*,³⁷ in regard to whether the commercial parody of Roy Orbison's rock ballad song *Oh, Pretty Woman* by a rap group 2 Live Crew was a fair use. Earlier, the Court of Appeals for the Sixth Circuit reversed and remanded that song's blatantly commercial purpose prevents this parody being a fair use.³⁸ However, the Supreme Court reversed, rejecting the notion that the commercial nature of the use was a definite factor. The court sees parody, like other comment and criticisms under Section 107, is to quote from existing material of the prior author's composition to create a new one, at least in part, comments on that author's work.³⁹

The Supreme Court unanimously adopted the notion of "transformative use". The court, drawing largely on an influential article in the Harvard Law Review,⁴⁰ the court stated that "[t]he central purpose" of the investigation under the first factor in Section 107 is to determine whether the use supersedes the original work or "instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with a new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is "transformative".⁴¹ The fourth factor, for the court is market substitution, not from the criticism. For the court, parody, pure and simple, is unlikely that the work will act as a substitute of the original, since the two works usually serve different market functions.⁴² The

35 See *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, at 451, 454-55 (1984).

36 See *Haper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471, U.S. 539, at 566 (1985).

37 See *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

38 See *Acuff-Rose Music, Inc., v. Campbell*, 972F.2d1429, 1439 (6th Cir.1992).

39 *Campbell*, 510 U.S. 569-570.

40 Leval, *supra* note 30, at 1111. ("I believe the answer to the question of justification turns primarily on whether, and to what extent, the challenged use is *transformative*. The use must be productive, and must employed the quoted matter in a different manner or for a different purpose from the original.").

41 *Campbell*, 510 U.S. at 579.

42 *Id.* at 570-571.

goal of transformative use, like in *Folsom v. Marsh*,⁴³ make sure fair use intends to protect the enrichment of society.

B. Transformativeness as the *sine qua none* for fair use

This ruling has overturned the emphasis of fourth factor in both *Sony* and *Harper*. Because, if the presumptive of unfairness of commercial use was really a rule, virtually all cases would be easily decided as commercial motivation is virtually ubiquitous in publishing.⁴⁴ The court further stated that transformative uses “lie at the heart of fair use doctrine’s guarantee of breathing space within the confines of copyright, and the more transformative the work, the less will be the significance of other factors, like commercialism, that may weigh against the finding of fair use”.⁴⁵ The court now refocused on the interdependence of the first and fourth factors.⁴⁶ The first factor look primarily as whether the use made of the original seeks to *transform* the taken material in to a new purpose or new message, distinct from purpose of the original. The fourth factor looks at the harm which the secondary work may do to the copyright market of the original by offering itself as a substitute (for either the original or its derivative).⁴⁷ However, the market impairment should not turn the fourth factor unless it is reasonably substantial, that the incentive to create will be impaired.⁴⁸

Professor Reese has shown in his study of appellate cases involving fair use decided between *Campbell* and the end of 2007, appellate courts have in fact been almost universally consistent in defining transformative use as a use that is for a new, different purpose, not a use that entails new expression content.⁴⁹ Thus, as the Ninth Circuit has stated “even making an exact copy of a work may be transformative so long as the copy serves a different function than the original work.”⁵⁰ The transformative use has become something close to the *sine qua none* in fair use cases.⁵¹ But transformative use has its own problems, for

43 See *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342,345(C.C.D.Mass, 1841) (No.4901).

44 44 Pierre N. Leval, *Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter’s Rescue of Fair Use*, 13(19) CARDOZO ARTS & ENT L.J.19, 21(1994).

45 *Campbell*, 510 U.S. at 579. (internal citation omitted).

46 Leval, *supra* note 44 at 22.

47 *Id.*

48 Leval, *supra* note 30, at 1125.

49 R. Anthony Reese, *Transformativeness and the Derivative Work Right*, 31 COLOUM. J. L. & ARTS 467, 485 (2008).

50 *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 508 F.3d 1146, 1165 (9th Cir. 2007).

51 HOWARD B. ABRAMS, 2 THE LAW OF COPYRIGHT § 15:42.30 (2d 1991 & Supp.2010).

example, should transformative use be applied equally to news, photographs, paintings, novels and songs, or might it be that it is more relevant to only some of these form of expression?⁵² Or restrictively, just limited to works that convey a parodic purpose?⁵³

Judge Leval left this question open as he merely stated in his article that, transformative uses may include criticizing the quoted work, exposing the character of the original author, proving a fact, or summarizing an idea argues in the original in order to defend or rebut it. They also may include parody, symbolism, aesthetic declarations, and innumerable other uses.⁵⁴ This question becomes eminent in some of the cases regarding to appropriation arts,⁵⁵ the interpretation of fair use on these artistic works could mean the similar application to character images which calls into further analysis.

IV. Fair use in appropriation arts

a) The story of the two *Koons*

Long before the much debated *Cariou*,⁵⁶ there were two cases decided by Second Circuit on appropriation art. The first case, prior to *Campbell*, in *Rogers v Koons (Koons I)*,⁵⁷ Koon involved the issue of copyright infringement in the defendant's sculpture entitled String of Puppies. Jeff Koons had appropriated a black and white photograph by Art Rogers, which depicted a couple seated on a park bench surrounded by eight puppies. Koons had instructed his artisans to copy the image in the photograph in the form of a sculpture. The appropriationist work was comprised of a newly clown-faced couple ecstatically embracing eight blue puppies which changed not only the medium and size of the original photograph

52 Matthew D. Bunker & Clay Calvert, *The Jurisprudence of Transformation: Intellectual Incoherence and Doctrinal Murkiness Twenty Years after Campbell v. Acuff-Rose Music*, 12(1) DUKE L. & TECH. REV.93, 127 (2014).

53 *Acuff-Rose*, 114 S. Ct. at 1180-81 (Kennedy, J. concurring). (A secondary work made for profit, no matter how creative, is not a fair use unless it evinces a parodic function).

54 Leval, *supra* note 30, at 1111.

55 David Evans, "Introduction: Seven Types of Appropriation" in *Appropriation* (David Evans ed) (MIT Press, 2009) at pp12-13. (Appropriation arts, as a genre of contemporary art is often an ideological critique that hijacks "dominant words and images to create insubordinate, counter messages".)

56 *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir.2013).

57 *Rogers v Koons*, 960 F2d. 301 (2d Cir.1992.), *cert.denied*, 113 S. Ct. 365 (1992).

but also change the entire feel of the original image.⁵⁸ In that case, Koons came off as a money-mad opportunist who did not even personally execute the projects he conceived. Although the defense was on “parody” fair use, this defense failed as the judge viewed “the copying was so deliberate... their piracy of a less-well known artist’s would escape being sullied by an accusation of piracy.”⁵⁹

In 2006, the Second Circuit decided *Blanch v. Koons (Koons II)*,⁶⁰ in which the defendant used a portion of an image known as the “Silk Sandals” by the plaintiff. The defendant turned the work into the “Niagara”, in a widely exhibited \$2 million, seven painting “Earthfun-Ethereal” series. Koons’ defense was still fair use, but this time the court acknowledged the use was “transformative” in that it added value to and fundamentally repurposed the original photograph.⁶¹ This time, the court found fair use in “Niagara” as a critical commentary on popular media culture. Judge Sacks concludes:

*Although it seems clear enough to use that Koons use of a slick fashion photograph enables him to satirize life as it appears when seen through the prism of slick fashion photography, we need not depend our own poorly honed artistic sensibilities... We concluded that Koons thus established a “justification for the very act of his borrowing” whether or not Koons could have created “Niagara” without reference to “Silk Sandals”, we have been given no reason to question his statement that the use of an existing image advanced his artistic purpose”.*⁶²

The decision in *Koons II* have been noted by Professor Jaszi as a significant move away from the Modernist author-worship and an early signal of a perceptible shift in how courts will increasingly understand the relationship between author and work.⁶³ It represents, in fact, a rejection of grand narrative of authorship and “author-ity”, in favor of an approach that distributes attention and concern across the full range of participants in the processes of cultural production and consumption, in other words, the birth of postmodern copyright.⁶⁴ This means, a general loosening of authors’ and owners’ authority over, works and greater space for the free play of the meaning on the part of audience members and follow-up

58 *Id.* at 303-4.

59 *Id.* at 303.

60 *Blanch v. Koons*, 467 F3d. 244 (2d Cir.2006).

61 *Id.* at 247-49.

62 *Id.* at 255.

63 Peter Jaszi, *Is There Such a Thing as Postmodern Copyright?*, 12 TUL.J.TECH.&INTELL. PROP.105, 116 (2009).

64 *Id.* at 116.

users who bring new interpretations.⁶⁵

b) *Cariou* and interpretation of transformative use

The uncertainty in transformation was reflected in the varying definitions that courts adopted in *Campbell*'s wake from the narrowest rule that transformation applies solely to parodies, to a definition that asks whether a work criticizes or comments on the original, to a broader definition that looks to whether a work's purpose is different from that of the original.⁶⁶ After the *Koons*, the same court, in *Cariou v. Prince*⁶⁷ held that Prince's unlicensed appropriation of Patrick Cariou's photographs, *Yes Rasta*, a book of classical portraits and landscape photographs that he took over the course of six years spent living among Rastafarians in Jamaica, with many what may consider to be only minor modifications, and which served similar expressive purposes, albeit in very different manners, was fair use rather than copyright infringement.

Writing for the panel, Judge Parker held that "the law does not require that a secondary use comment on the original artist or work"⁶⁸. Thus, *Cariou* took one further step by adopting a rule that a work can be transformative-even when the work serves the same purpose as the original-as long as it adds "new expression, meaning, or message" adopting *Campbell*'s language in its broadest form.⁶⁹ Although the art community at large has embraced the genre, it is rather difficult to distinguish between derivative and transformative works and judges may be likely to make distinctions based on aesthetic taste.⁷⁰ This somehow, violates the aesthetic neutrality in copyright law, as "it would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside the narrowest and most obvious limits".⁷¹

The court however, gave a rather interesting reasoning, it found what was essential to determining that purpose was not the explication of the artist but rather

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ William W. Fisher III *et al.*, *Reflections on the Hope Poster Case*, 25 HARV. J. L. & TECH. 243, 321-22 (2012).

⁶⁷ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694 (2d Cir.2013).

⁶⁸ *Cariou*, 714 F.3d at 698.

⁶⁹ *Copyright Law-Fair-Use-Second Circuit Holds That Appropriation Artwork Need Not Comment on the Original to Be Transformative-Cariou v. Prince*, 714 F.3d694 (2d Cir.2013), 127 HARV. L. REV. 1228, 1233 (2014).

⁷⁰ *Id.* at 1235.

⁷¹ *See* *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251 (1903).

“how the work in question appears to the reasonable observer.”⁷² This approach is similar to the model proposed by Professor Heymann, where she argued that the relevant question in transformativeness should be the degree of –the amount of interpretive distance that the defendant’s use of the plaintiff’s work creates.⁷³ If that distance is significant enough to create a distinct and separate discursive community around the second work, the defendant’s use is more likely to be transformative (and perhaps, fair).⁷⁴ The focus is therefore not on the author’s intent but on reader’s reactions.⁷⁵

This is a significant change, by doing so, the court change the process of finding transformative use.⁷⁶ Thus, the court found that the district court had focused the fourth factor in the wrong place.⁷⁷ The point of further factor, according to the Second Circuit, was not to determine whether the secondary use suppressed or destroyed the market of the original, “but whether the secondary use usurps the market of the original work.”⁷⁸ In order to usurp the market of the original, the court reasoned that the secondary work must hijack the likely audiences of the original work by presenting that audience with the same content as that original work.⁷⁹

c) *Cariou* and the four factors in fair use

From the sequence of cases mentioned thus far, the approach from the Supreme Court finds fair use from noncommercial use in *Sony* to factor four as the most important factor in *Haper* to *Campbell* that a new works needs to be transformative, parody and comments on the original in with the new emphasis on factor one. In the Circuit Courts, notably the Second Circuit, denies fair use in *Koons I* as a parody, to allowing fair use in *Koons II* by accepting that the new work is transformative to *Cariou*, in which works that served the same purpose will also be a fair use, as long as it is transformative without the need to be a parody or comment on the original, even if their uses are the same. Or, even if the

72 *Cariou*, 714 F3d. at 707.

73 Laura A. Heymann, *Everything is Transformative: Fair Use and Reader Response*, 31 COLUM. J. L. & ARTS. 445, 449 (2008).

74 *Id.*

75 *Id.*

76 Brockenbrough A. Lamb, *Richard Prince, Author of the Cather in the Rye: Transforming Fair Use Analysis*, 49 UNIV. RICHMOND L.REV.12931309. (2015).

77 *Cariou*, 714 F3d. at 708.

78 *Id.*

79 *Cariou*, 714 F3d. at 709.

work is essentially commercial in nature.⁸⁰ These cases spanning for almost three decades, witnessed the trend that the notion of authorship is losing its authority in copyright.⁸¹

This might sound like a good news in the digital era, in which many works are re-mixed, mash-up, not to mention the number of fan-based creations. Some of these creations, not only can they find fair use but even copyrightable under section 103 as long as it does not disturb or substitute the market of the original work. A new work can said to have new aesthesis, meaning or message because it finds a new market for the new work which will not have impact on the market of the original. This is evident in the judgement as the court spent a paragraph listing the A-list celebrities to the dinner that the gallery Gagosian hosted, emphasizing on the two million or more dollars sold on Prince's work in comparison to just over \$8,000 Cariou made from his work *Yes Rasta*.⁸² As in the court's words, Prince's work appeals to an entirely different sort of collector than that of Cariou's.⁸³ In addition, there was "nothing in the record to suggest that Cariou would every develop or license secondary uses of his work in the vein of Prince's artworks" or "that Prince's artworks had any impact on the marketing of the photographs,⁸⁴ hence, factor four was also held in Prince's favor.

In factor three the amount copied also deem to be less relevant since factor one and four have been met. The court, by citing *Campbell* stated that the law does not require that the second artist may take no more than is necessary. And again by citing *Campbell*, the secondary use "must be [permitted] to 'conjure up' at least enough of the original" to fulfill its transformative purpose.⁸⁵ The court decided that Prince used key portions of certain of Cariou's photographs, but Prince transformed those twenty-five photographs into something new and different, and as a result, factor three weights in Prince's factor.⁸⁶ The court, however, gave no standard as how they conclude that Prince's work is something new and different from Cariou's photographs. This is also the concerned raised by Judge Wallace, in his partial dissent, while admitting he is not an art critic or expert, wonders how

80 *Cariou*, 714 F3d. at 708.

81 Martha Woodmanse, *On the Author Effect: Recovering Collectivity*, 10 CARDOZO ARTS & ENT. L.279 (1992). (By "author" we mean an individual who is the sole creator of a unique "work" the originality of which warrants their protection under was of intellectual property known as "copyright" or "authors".)

82 *Cariou*, 714 F3d. at 709.

83 *Id.*

84 *Id.*

85 *Id.* at 710.

86 *Id.*

the majority of the court in its appellate role can “confidently” draw a distinction between the twenty-five works that it has constituted as fair use and the five works that do not readily lend themselves to a fair use determination.⁸⁷

d) Cases after *Cariou*

In subsequent cases, the Ninth Circuit held a similar judgement to *Cariou*, in *Seltzer v. Green Day, Inc.*⁸⁸ Plaintiff Dereck Seltzer is an artist illustrator. In 2003, he created ScreamIcon, a drawing of a screaming contorted face. Seltzer made copies of Scream Icon, including large posters and smaller prints with adhesive backs, which he sold and give away.⁸⁹ Defendant Roger Staub is a photographer and professional set-lighting and video designer, he was arranged by Performance Environment Design to create a video backdrop for Green Day, a rock band’s performance. Satub created a four minute long video and throughout the video, thecenter of the frame is dominated by an unchanging, but modified, Scream Icon. Staub used the photograph of Scream Icon, cut out the image of Scream Icon and modified it by adding a large red “spray-painted” cross over the middle of the screaming face. He also changed the contrast and color and added black streaks running down the right side of the face.⁹⁰

In finding fair use, the court acknowledges the infringing work as transformative as long as new expressive content or message is apparent. While Seltzer’s Scream Icon is meant to address themes of youth culture, skateboard culture, insider/outsider culture and an iconic reference to the culture and time of Los Angles when the image was made. Satub and the Green day video is not simply a quotation or republication but a street-art focused music video about religion.⁹¹ Hence, by citing *Cariou*, the court find the infringing work transformative even if the work makes few physical changes to the original or fails to comment on the original,⁹² while the purpose is similar, retained its function as street art in “essentially a street-art focused music video”.⁹³ In considering the fourth factor, the court favors a finding of fair use if the allegedly infringing use does not substitute

87 *Cariou*, 714 F3d. at 713-14 (Wallace J., concurring in part and dissenting in part).

88 *Seltzer v. Green Day, Inc.* 725 F3d.1170 (9th Cir.2013).

89 *Id.* at 1173.

90 *Id.* at 1174.

91 *Id.* at 1176.

92 *Id.* at 1177.

93 Kim J. Landsman, *Does Cariou v Prince Represent the Apogee or Burn-Out of Transformiveness in Fair Use Jurisprudence? A Plea for a Neo-Traditional Approach*, 24 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L. J. 321, 367 (2014).

for the original and serves a “different market functions”.⁹⁴

V. Implication of *Cariou* on character merchandising

Unlike compulsory licensing in patent, there are no prerequisites to negotiate or to compensate the owner of copyright. If one seeks to use a character without securing for a license, or to notified the copyright owner prior to the use and subsequently succeeds to defend the use via fair use under the *Cariou* standard, makes one wonder whether licensing agreements are needed after all.

As mentioned earlier, characters are divided into two different categories, those with a story line and distinct personality and those without, but in either case, characters are able to stand independent of the plot or the story it originated and to be used for some other purposes or with some other means unless the character has been in existence for a period of time in which the character has also established its connection with the copyright owner, in which trademark could serve to protect the copyright owner’s need to cease confusion for the customers. Following the current interpretation of fair use, the issues to character merchandising are becoming apparent:

1. For the first factor: it is problematic for characters to establish their market or potential customers, as characters are able to be established in both low-end and high-end markets, hence deciding whether the use is transformative will be more difficult.
2. For the second factor: it will be difficult to assess whether factor two will be satisfied if the finding of transformativeness in factor one is difficult.
3. For the third factor: the copyright of the character independent of a plot or story is the image in total, hence, the use of an image means taking the entire work.
4. Factor four: whether a taking is commercial in nature is contingent on whether the market or customer could first be defined, similar to factor one above, the murkiness of market definition will make fair use assessment more troublesome.

A. Defining the market

Although *Campbell* has overruled the emphasis over factor four in *Sony* and *Harper*, the recent Circuit court cases seem to revive the importance of the commercial nature but on different reasoning. By focusing on the market of the

⁹⁴ *Green Day*, 725 F3d.1170 at 1179.

original work, one needs one to assess how the market is defined.⁹⁵ Professor Weinreb gave an example on this question, a German translation of *Uncle Tom's Cabin* would not likely to affect the market of the book in English; but if the relevant market were for the book in any language, an effect is easy to suppose.⁹⁶ Professor Goldstein has pointed out, that courts applying the potential factor have generally inclined to identify potential markets with the market in which the work was first introduced or, at most, which closely bordering markets.⁹⁷ However, as character merchandising could cover a broad area of the licensing market, identify the market could be rather difficult.

Asides from the unclear definition of licensing market, *Cariou's* approach also blurs the line between transformative and derivative work markets.⁹⁸ Hence, "if a court finds that defendant's use of an author's work is 'transformative' because it reaches new markets that makes the work available to a new audience, that finding could risk usurping the author's derivative work right. Ultimately, those rights could hinge on a 'race to the market' for new and sometimes unanticipated uses."⁹⁹ As Professor Goldstein has illustrated, if the infringer who copies a novel verbatim violates only the right to reproduce, for he has created neither independent expression nor the new market. But, motion pictures, translations and comic strips based on the novel will all infringe the derivative right because they add new expressive elements and serve market that differ from the market in which the original was first introduced.¹⁰⁰ By distinguishing between reproductive work market and derivative work market, a copyright holder is able to extend the new and unexplored markets for the future. So in conjunction with section

95 Weinreb, *supra* note 31, at 1296.

96 *Id.*

97 Paul Goldstein, *Derivative Rights and Derivative Works in Copyright*, J. COPYRIGHT SOC'Y U.S.A. 209, 233 (1982).

98 See 17 U.S.C. § 110, "derivative work" is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications, which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work." See *Campbell*, 510 U.S. at 579, ("a transformative work is one that adds "something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, message or meaning.")

99 See *Fair Use: Hearing Before the Subcomm. on Courts, Intellectual Property, and the Internet of the H. Comm. on the Judiciary*, 113th Cong. 10 (2014) (statement of June M. Besek, Exec. Dir. of the Kernochan Center for Law, Media and the Arts and Lecturer-in-Law, Columbia Law School), available at http://judiciary.house.gov/_cache/files/83d5bf33-9587-4908-849fe63edc1b49f5/012814-testimony---besek.pdf (last visited 19/01/2016).

100 Goldstein, *supra* note 97, at 217.

103 of the Copyright Act, it may allow copyright owners to protect a “chain” of works, even though works at the end bear little or no resemblance to the original works of the chain.¹⁰¹

As stated earlier, characters are fluid in nature and characters will also grow and develop, both in its image as well as its personality. Derivative work rights fosters the development and maturity of characters for the author without the fear of being deprive the right to the future products of their work. This is also the reason why, despite the numerous fan-fiction created after the original work, some of them with originality and creativity far surpassing the original still claims to be non-commercial in nature and claim not to infringe any copyright of the original. Hence, some argued that fan fiction should fall under the fair use exception to copyright because fan fiction involves the production addition of creative labor to a character’s characteristics, it is noncommercial, and it does not act as an economic substitute for the original copyrighted work.¹⁰²

B. New purpose, new insight and new aesthetics (a focus on content?)

Another issue regarding to fair use is the new interpretation of “new purpose, new insight and new aesthetics”. As stated earlier, after the universal adoption of transformative test in fair use, courts have been looking into the purpose of the secondary use rather than the content of the secondary use. By doing so, the court avoids the need to assess secondary user’s contribution and the need to evaluate whether the use is more creative or original, to do value judgement, in which the judges are not trained to do so.¹⁰³ Like Professor Reese questioned in his article, how should a court identify the purpose that the defendant’s use is to be compared?¹⁰⁴ Is this the purpose that the author actually had in mind when creating the work, or is it the purpose that a reasonable author creating this type of work have had in mind?¹⁰⁵ However, as *Green Days* shows, even if the allegedly infringing work made few physical changes to the original and fail to comment on the original, it is fair use because “new expressive content” was added. The Circuit Courts now are looking into the content of the works and actually making comparisons between the two.

101 Mark A. Lemely, *The Economics of Improvement in Intellectual Property Law*, 75 TEX. L. REV. 989, 1018 (1997).

102 Rebecca Tushnet, *Legal Fictions: Copyright, Fan Fiction and a New Common Law*, 17 LOYOLA of LOS ANGELES ENT. L. REV. 651, 654 (1997).

103 *See* Bleistein v. Donaldson Lithographing Co., 188 U.S. 239, 251-252 (1903) (Holmes J.).

104 Reese, *supra* at note 49, at 494.

105 *Id.*

Professors Bunker and Calvert have summed up three types of methods in which court find the secondary work to add “new expression, meaning or message”.¹⁰⁶ First, new insights added by the borrower but this “new insight” must relate back to the borrowed work and provide some degree of commentary on that work.¹⁰⁷ Second type involves sufficient aesthetic alteration of the original work, without requiring new insights directed toward borrowed work, in other words, this approach requires that the new work perform some unspecified degree of “creative metamorphosis” to the original work.¹⁰⁸ *Cariou*’s case is categorized under this approach. The third type, is the use for a new purpose, in which an altered image devoid of any new elements or changes can constitute fair use if the secondary image is deployed for a very different purpose or function,¹⁰⁹ such as illustrated in *Nunez v. Caribbean International News Corp.*¹¹⁰

If courts are now assessing the actual content of the two works, this means the author basically have lost her absolute claim for derivative rights but limit to only reproduction rights. By depriving the derivativerights away from the original author could have two consequences: copyright works might be reluctant to be introduced promptly, until the copyright owner feels the work is mature enough to market; on the other hand, the practice might spurred a wave of secondary creations, like fan-based creations while believing that fair use is now easier to obtained. However, whether the court has the ability to establish whether the secondary work is more transformative than the original is questionable, as witnessed in Judge Wallace’s partial dissent in *Cariou*, as there is no standard to determine to what will consider as new purpose, new insight and new aesthetics. To Professors Bunker and Calvert, the court could not seem to articulate standard beyond a purely impressionistic sense of how much aesthetic change the court “felt” was sufficient to constitute transformation.¹¹¹

VI. Way forward for character merchandising

Compare to patent, copyright is a relatively easy form of intellectual

¹⁰⁶ Bunker, *supra* note 52, at 102-116.

¹⁰⁷ *Id.* at 106.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.* at 116.

¹¹⁰ 235 F.3d 18 (1st Cir 2000). (The case concerns photos of a beauty pageant winner named Joyce Giraud in various stages of undress and were originally taken as part of her modeling portfolio. The images, however, were considered pornographic by some people, thus, sparking a newsworthy controversy “over whether they were appropriate for a Miss Puerto Rico Universe”.)

¹¹¹ Bunker, *supra* note 52, at 108.

property right to be obtained, the courts attitudes are also favoring the easier method to find a secondary work to be fair use, instead of allowing the original author to capture the contribution by the second author. However, there are still some uncertainties for the original as well as the secondary author, because not all original authors belong to the multinational content industries like Disney. Characters can be created by young and emerging artists, or simply a fan based on his or her favorite story or on-line games. While the more liberal interpretation might favor fan-based creations from copyright infringement, on the other hand, emerging artists might be vulnerable from their characters been appropriated by more established enterprises. Since the appropriation of the character is the appropriation of the copyright in total, the current interpretation of fair use makes factor three redundant.

Since no one can invent or create any work out of vacuum, it is necessary for inventors or artists to base on the creations of the earlier work. By being the first to create does not necessary mean that the first author is able to control or create all subsequent creations. Fair use is designed to balance public's need for new creations as well as to balance the right between the original author and secondary authors. While in the past the court has been applying the fair use in favor of the original author, the courts are now in favor of the secondary author while believing that it will further serve the purpose of intellectual property clause under the Constitution. Hence, the balance approach shifts from the pro-author attitude as in *Sony* to a more pro-defendant attitude in *Cariou*.

As the court is focusing and comparing the original and secondary work now, perhaps the court should do more than using the potential customer market to decide whether the market for original work will be usurped. Since the market for character is hard to define, the focus should be on what the secondary author has done with the original work to decide whether fair use should be allowed. This also corresponds to the court' shifting focus from purpose of the use to the content of the use. This will need to be decided on a case by case basis, but in this article, some recommendations is proposed for the court to assist the court in their decision making.

A. Defining the market

The courts have been emphasizing that secondary work wouldnot usurp the market of the original or in other words, providing the same content as that of the original. The court is mainly focusing on the reproduction right here but notthe derivative market¹¹². In the earlier periods, courts will find fair use to certain uses

112 Tracey *supra* note 26, at 231.

such as criticism, comments or parody because these are unlikely the uses that the original author will be willing to grant a license. Like in *Air Pirates* case, the court did not support the use of Disney characters to comment on the counterculture but said that fair use might be granted if the comment was on the Disney characters themselves. This is dramatically different from *Cariou's* case in which Cariou made no comment on the original work but instead used the original work to comment on something else. By using original work for some other purpose that has no connection or relevance with the original work, the secondary author is reaching into the scope of original author's derivative right. So, without having to get the consent or license to use the original work but focusing on the end result of the work, the courts have further blurred the difference between transformative and derivative works.

As Judge Leval stated in his article, the more the appropriator is using the material for new transformed purposes, the less likely it is that appropriative use will be a substitute for the original, and there for the less impact it is likely to have on the protected market opportunities of the original.¹¹³ In here, Judge Leval emphasized the importance of the original but not derivative works, hence, the literal meaning is that it is the reproduction right of the author that is been protected but not derivative right. Unlike patent which has a scope of protection based on the patent claims, derivative right gave the original author too much rights which are uncertain and a chance to cash on secondary authors,¹¹⁴ and nowadays the privilege of producing " derivative works" is reserved generally for those who have obtained copyright permission.¹¹⁵ Hence, the market should be understood as the market in which the original work has appeared, without adding any new expression and that the works exactly the same as the original work, if this is the case, then no fair use should be granted *per se*.

B. Defining content

If we look back into the original article by Judge Leval which formed the basis for transformative use, the article emphasized on whether the secondary use adds value to the original, if the quoted matter is used as a raw material,

113 Leval, *supra* note 44, at 23.

114 See *Newberry's Case*, Lofft 775, 98 Eng. Rep.913 (Ch 1773) (In the 18th Century, Copyright actually encouraged the creation of popular adaptations of preexisting works, on the ground that "an abridgement preserving 'the whole' of a work 'in its' sense is 'an act of understanding,' in the nature of a new and meritorious work").

115 Peter Jaszi, *On the Author Effect: Contemporary Copyright and Collective Creativity*, 10 CARDOZO ARTS & ENT L.J.293, 304 (1992).

transformed in the creation of new information, new aesthetics, new insights and understandings-this is the very type of activity that the fair use doctrine intends to protect for the enrichment of society.¹¹⁶ The main question is of justification, does the use fulfill the objective of copyright law to stimulate creativity for public illumination?¹¹⁷ Judge Leval also listed some of the uses which might be transformative including parody, symbolism, aesthetic declarations and innumerable uses. In here, Judge Leval focuses on how the secondary author used the original work to give it a new meaning. The first fair factor calls for a careful evaluation whether the particular quotation is of the transformative type that advances knowledge and the progress of the arts or whether it merely repackages, free riding on another's creations.¹¹⁸ There is no strict interpretation that only the purpose of the use is taken into consideration but not the actual content.¹¹⁹ The only constraint in Judge Leval's article regarding transformative use is that extensive takings may impinge on the creative incentive and justification will likely be outweighed if the takings are excessive.¹²⁰

Focusing on the content means the courts is to judge whether a work is transformative subjectively, this will be more difficult than looking into the purpose, market impact or other more easily determined factors. The issue is how should the court assess the content in future cases, qualitatively or quantitatively? In *Cariou*, the court remanded five pieces back but what seems differentiate the is not the degree of transformativeness but instead an almost quantitative comparison of the third fair use factor-what has been added, looking at the proportion of the copyrighted work that was appropriated and the percentage of the secondary work that the appropriated works comprises.¹²¹

C. Qualitative assessment of content – one proposal

Instead of quantitative assessment in how much the secondary work has added to the original work, the court might adopt the use of qualitative assessment instead. If content evaluation is required, Professor Lemley has suggested to borrow the concept of patent into copyright when considering about secondary works. Professor Lemley has categorized these secondary works, or improvers

116 Leval, *Supra* note 30, at 1111.

117 *Id.*

118 *Id.* at 1116.

119 Judges often disclaim the role of art critic, but nonetheless assume it. *See e.g.* Hart v. Elec. Arts, Inc., 717 F.3d 141, 154 (3rd Cir. 2013).

120 Leval, *supra* note 30, at 1112.

121 Landsman, *supra* note 93, at 348.

into three categories: First category are the minor improvers, who advances social utility by adding to the basic invention, but does not contribute enough to justify receiving a patent in her own right on the improvement. Second category are the significant improvers, virtually all work that qualifies as a “derivative work” will qualify as at least a significant improvement, since the additional effort involved in adapting the original work to a new market will almost always include original expression contributed by the improver. This is akin to the “blocking patent”, in which the improver could not legally use the material covered by the original patent without permission, but the original patent owner similarly could not use the new material contributed by the improver. The third category are the radical improvers, in which the improver has made a major contribution to social value and hence, receives complete immunity under the “reverse doctrine of equivalents”.¹²²

Although Professor Lemley sought to give fair use to radical improvers even if there is a showing of direct market harm to the original copyright owner, he nonetheless requires the amount of the original work taken to be relatively small.¹²³ Professor Lemley also suggested that deciding whether an improvement is radical, one does not compare it to the whole of the original work, but merely to the portion of that work which has been copied. Furthermore, the term improvement “should not be read to imply a value judgement about the relative merit of the two copyrighted works, but simply to refer to the new material produced by the “improver”, in other words, if the secondary work has transformed the copied version of the original work in such a major way that the value of the secondary work comes primarily from secondary author, and not from the original author.¹²⁴

D. Qualitative assessment of content – issues with the proposal

Professor Lemley’s proposals were made before *Cariou* and *Green Days*, it is reasonable that he will not have foreseen the change of attitude by the courts. Unlike his proposal, the courts seem to be oblivious to Factor three, and the courts are now making value judgements between the works. Furthermore, Professor Lemley’s proposals did not focus on the definition of market and whether finding a substantially different market than the original work belongs to significant or radical improvement. The proposals gave some important insights into the current state of fair use. However, in the case of character merchandising, some additional changes need to be made.

In factor three, for example, since the use of the image is the taking of

¹²² Lemley, *supra* note 101, at 1019-1029.

¹²³ Lemley, *Id*, at 1078.

¹²⁴ Lemley, *Id*, at 1083.

the whole of the copyrighted work, under Professor Lemley's proposal, the use of image will not suffice fair use even if that is radical improvement, such as using the sole image to create a series of story line. Furthermore, if one should not compare the whole of the original work, but merely to the portion of that work which has been copied. This does not seem to work either for art cases like *Cariou* and *Green Days* or for character merchandising, because the use is on the whole of copyrighted work not just a portion. Furthermore, what will consider as change in a major way that the value comes primarily from the second author?

Applying this to *Cariou*'s case, has Prince transformed the work in such a major way because of what he has added or was it because his fame as an artist that sky-rocketed the value of the secondary work? If the later was the case, then this is an artistic arrogance of believing that creating expensive works for well-heeled buyers gave the artist a free pass to copy.¹²⁵ Recalling back that fair use is an equitable doctrine aiming to balance between the private interest of creation and the public's right to access and build upon the original work for further purposes. The current fair use interpretation is starting to realize the contemporary writing process which is largely collective and collaborative. Although the notion of romantic authorship might be eroding away, prohibiting authors to reach-through (borrowing the concept from patent) to all derivative works of her original work. Making fair use almost too easy to get is not the solution in the long run either.

E. Tailoring the proposal for character merchandising

For qualitative assessment for character merchandising, one needs to divide the character into several possible categories: one, a pure character image without personality or storyline, but the secondary author uses the image to develop further personality and story together with characters created by secondary author; two, a pure character image with personality or storyline but the secondary author uses the image to develop further image and personality; Third, character with personality and with a story line but the secondary author creates another personality or storyline for the character independent from the original; and fourth, the secondary author simply takes out the character from the original story or erase its personality for some independent use.

a. Use and develop the character together with character created by the second author

In this case, the character from the original author has no personality or storyline and was furthered developed by the secondary author. In addition,

¹²⁵ Landsman, *supra* note 93, at 348.

the character is one of the many characters that blend into the whole storyline. Under Professor Lemley's definition, this type of use will be considered as radical improvement because not only has the character developed in greater detail but the value does not come solely because of the original character.

b. Use and develop the character with personality and story-line

In this case, the character has been used to develop into a story with features distinct personality, this could happen when characters were created by artists but no further development was made to develop this character. Like in *Green Days*, another artist or company might see the potential of this character and took the effort to develop this character. Under this scenario, this is akin to the significant improvement.

c. Creating another personality or storyline away from the original

This scenario is mostly commonly found in fan fictions, in which the fans created sequels or storylines which is different from the original. Often, fan fictions could create sequels that is away from the original meaning or personality of the original but fulfilling the fantasy of the fans. Again, this type of creation is considered to be significant improvements.

d. Use the character for some independent uses

In this case, the secondary user ignores whether the character has a personality or any story line but simply uses the character's image for other purposes. The uses could include using the image as promotional or decoration purposes. There might be some additional aesthetic effort made or slight alterations to the character, but these changes will not satisfy the originality test and is still substantially similar to the original, these might be considered as minor improvements.

e. Applying the proposal to these four scenarios

In these four cases, the first one has transformed both the purpose as well as content of the original work and could be deemed as fair use. For the second and third cases, there is transformation to some certain degree, but nonetheless it's obvious that the secondary author has appropriated on the work of the original author. Under this scenario, there could be dispute as to whether there is transformative use and the court will likely have issues in deciding the case. Hence, like *Cariou's* case suggests, the Circuit Court remanded the remaining five pieces to district courts was probably suggesting that the parties settle the remaining issue with payment to Cariou—something approaching what a reasonable royalty would have been if

negotiated in the first place.¹²⁶ The case did indeed settle before the district court made further substantive rulings.¹²⁷ If this reasoning is correct, then is it the court trying to establish a liability rule for copyright? In this case, the blocking patent scenario could help to solve the issue since both parties will not be able to use each other's creations without infringement, by having this blocking scenario could let the secondary author has a better bargain position in negotiating for the license. Lastly, case four will likely be minor improvement in some cases, however, if the secondary user is able to use the image in ways no likely to be used for character merchandising, then fair use could still be granted, however, if the minor improvement is used in the area of ordinary character merchandising them it probably will be infringement.

VII. Conclusion

Character Merchandising is the backbone of multibillion industry and a representation of a country's soft power. Creating a robust copyright system will nurture the creation of this industry. However, this form of intellectual property right also needs to balance the needs of different parties involved. As fair use interaction is changing from pro-original author to a more pro-secondary author regime due to the easiness of publication and dissemination their work as the result of technological changes. This has significant impact on the copyright system in which works are still thought to be author-centric. The interpretation of *Cariou* and *Green Day* might seem to expand the usage of fair use but on the other hand, it is really questioning whether the current standard of finding fair use under the transformative use has been applied correctly or whether the transformative use has been too heavily relied upon. Like this paper shows, the current fair use is still full of uncertainties but as law will always find way to adapt to the evolving technologies, this paper tries to pave the way for the emergence of a post-modernist copyright and to solve the issues character merchandising might face ex-post *Cariou*.

126 Landsman, *supra* note 93, at 378.

127 *Id.*, at 379.

LIÇÕES

THE HUMAN RIGHT TO WATER: ANOTHER BUILDING BLOCK IN THE INTERNATIONAL WATER LAW EDIFICE

Paulo Canelas de Castro
Associate Professor, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: Water is critical for human survival and existence, as it is for the sustainable development that the international community has renewed as its driving goal for the years ahead. This all lends momentum to a process of global review of the legal instruments that the international community disposes of to address the momentous challenges of the contemporary global water crisis, which is one of scarcity but also of governance and appropriate management of the world's water resources.

In this context, but also in the one of attention to the needs of individual human beings and their equitable and fair access to international goods, new thinking in regard to international water law and the global governance of water resources is called for. This has already conducted the world to operate a number of strategic paradigm-shifts, such as the ones of growing emphasis on international cooperation, holistic management of water resources, their inclusion in an international agenda of sustainable development, with all that this implies in terms of attention to the values of protection of the environment, inclusiveness of all interested actors in participated, transparent processes of management of water resources as well as the recognition that there are advantages in applying economic thinking, tools and incentives in the management of water resources.

As important as these developments are, they also contributed to highlight a paradox within the existing body of international water law as well as the one

of human rights: however crucial water is for human livelihood, however basic the human need for water is, water is nowhere to be found in the International Bill of Human Rights and it is only marginally equated as human right in other international instruments devoted to the protection of human rights, for certain categories of human beings only. This realization, set against the acute horizon of the global water crisis and the process of rethinking of the international law tools for addressing the challenge of global water governance, led to the “tormented” process of legal development of the human right to water, today the human rights to water and sanitation, from only implicit rights referred to other human right to self-standing, autonomous rights, albeit also derived from prior ones. This recognition of these rights seems to have become undeniable in the last decade and is attested by numerous international legal instruments and even an inceptive practice of their implementation. Moreover, the international community, in different for a has, particularly in the last decade and a half, been endeavoring to further develop and clarify the nature and scope of these rights as well as their content and impact, particularly regarding the obligations deriving therefrom for the actors primarily bound to implement them: the States. Albeit there remain outstanding important issues and these legal developments also require maturation and testing through practice, it seems unquestionable that, with the inclusion of these legal instruments, the international law and governance edifice committed to the management of water resources has gained in diversity and also the robustness of legal and institutional responses that the magnitude of the outstanding challenges ahead and the urgent need for action in the field call render well advised.

Keywords: Climate change; cooperation; development; good governance; global water crisis; human right to water; human right to sanitation; international water law; paradigm-shifts; millennium development goals; protection of the environment; sustainable development; sustainable development goals; water management; water scarcity.

“Water is at the core of sustainable development as it is closely linked to a number of key global challenges.”
The Future We Want (Outcome document adopted at Rio+20)

“Environmental, economic and social indicators tell us that our current model of progress is unsustainable. Ours is a world of looming challenges and increasingly limited resources. Sustainable development offers the best chance to adjust our course.”

UN Secretary General Ban Ki-moon

1. Water and sustainable development

Sustainable development was explicitly popularized and contextualized by the Brundtland Commission in the document ‘*Our Common Future*’ where it was defined as “*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.*”¹ The Brundtland Commission focused on three pillars of human well-being: socio-political, economic and ecological/environmental conditions. The basic concept endorses putting in place strong measures to spur economic and social development, particularly for people in developing countries, while ensuring that environmental integrity is sustained for future generations.

Water is at the core of sustainable development and is critical for human survival, socio-economic development, and healthy ecosystems. It is vital for reducing the global burden of disease and improving the health, welfare and productivity of populations. It is central to the production and preservation of a host of benefits and services for people. Water is also at the heart of adaptation to climate change, serving as the crucial link between the climate system, human society and the environment.

However vital and fundamental to human well-beings, water is a finite and irreplaceable resource. It is only renewable if well managed. Today, more than 1.7 billion people live in river basins where depletion through use exceeds natural recharge, a trend that will see two-thirds of the world’s population living in water-stressed countries by 2025. Water challenges will increase significantly in the coming years due to the fact that population growth and rising incomes will lead to greater water consumption, as well as more waste. As countries develop and populations grow, global water demand (in terms of withdrawals) is projected to increase by 55% by 2050².

1 United Nations, *Our Common Future*, Report of the World Commission on Environment and Development, 1987.

2 WHO/UNICEF Joint Monitoring Programme (JMP) for Water Supply and Sanitation, *WHO/*

Agriculture is by far the most important consumer of water globally, accounting for 70% of water withdrawals worldwide. This figure varies considerably across countries, though. Rainfed agriculture is the predominant agricultural production system around the world. Its current productivity is, on average, little more than half the potential obtainable under optimal agricultural management. It is estimated that, by 2050, world agriculture will need to produce 60% more food globally, and 100% more in developing countries.

Industry and energy together account for 20% of water demand. Developed countries have a much larger proportion of freshwater withdrawals for industry than developing ones, where agriculture dominates. Balancing the requirements of sustainability against the conventional view of industrial mass production creates a number of difficult choices for industry. One of the biggest is globalization. The ensuing issue is how to spread the benefits of industrialization worldwide without unsustainable impacts on water.

The domestic sector accounts for 10% of total water use. Yet, worldwide, even after the momentous effort associated with the Millennium Development Goals (MDG), over 750 million people remain without access to an improved source of water and close to 2.5 billion persist without having access to improved sanitation. The UN further emphasizes that this problem of insufficient access to water results in “*about 1.5 million children under the age of five die each year and 443 million school days are lost because of water- and sanitation-related diseases*”³.

Another area of major concern is the one of cities. The urban population in developing countries will grow dramatically. It shall generate demand well beyond the capacity of already inadequate water supply and sanitation infrastructure and services. More than half the world already lives in urban areas. It is expected that by 2050 more than two-thirds of the global population of 9 billion will be living in cities. Furthermore, most of this growth will happen in developing countries. However, these countries have limited capacity to deal with this rapid change. The growth will therefore also lead to increase in the number of people living in slums, which often have very poor living conditions, including inadequate water and sanitation facilities. The sustainable development of cities shall therefore depend on the development of water resources for economic growth, social equity and environmental sustainability.

But perhaps the most important challenge to sustainable development which

UNICEF, 2014. *Progress on sanitation and drinking-water - 2014 Update*, 2014.

3 “General Assembly Declares Access to Clean Water and Sanitation Is a Human Right.” UN News Center. UN, 28 July 2010; and “Global Issues at the United Nations.” UN News Center. UN, *n.d.*.

arose in the last decades is the ongoing global ecological crisis. It is becoming a barrier to further human development. From an ecological angle, the sustainable development efforts have not been successful. Global environmental degradation has reached a critical level, with major ecosystems approaching thresholds that could trigger significant collapse. Earth's life support systems must be respected, as the very basis of the future sustainable development framework⁴.

2. Water crisis, water scarcity

In view of all these factors and prospects, there is a raising awareness that water became a global issue⁵ and that the Planet is experiencing a global water crisis, a crisis of water scarcity.

Hydrologists typically assess scarcity by looking at the population-water equation. An area is said to be experiencing “*water stress*” when annual water supplies drop below 1,700 m³ per person. When annual water supplies drop below 1,000 m³ per person, the population faces “*water scarcity*”, and below 500 m³ “*absolute scarcity*”.

Water scarcity already affects every continent. Around 1.2 billion people, or almost one-fifth of the world's population, live in areas of physical scarcity, and 500 million people are approaching this situation. By 2025, 1.8 billion people will be living in countries or regions with absolute water scarcity, and two-thirds of the world's population could be living under water stressed conditions. With the existing climate change scenario, almost half the world's population will be

4 United Nations, A/RES/66/288. *The Future We Want*. Outcome Document of the Rio+20 Conference, 2012; UNDESA, *Sustainable Development for the 21st Century Back to our Common Future*, 2012; UNESCO, *UN World Water Development Report 3*. Paris, 2009; UNISDR, *Impacts of Disasters since the 1992 Rio de Janeiro Earth Summit*, 2012; United Nations Environment Programme (UNEP), UN-HABITAT, GRID-Arendal, *Sick Water? The central role of wastewater management in sustainable development. A Rapid Response Assessment*, 2010; UN-Water, *A Post-2015 Global Goal for Water: Synthesis of key findings and recommendations from UN-Water*, 2014; UN-Water, *Sharing benefits, sharing responsibilities*, 2008; WHO, *Global costs and benefits of drinking-water supply and sanitation interventions to reach the MDG target and universal coverage*, WHO/HSE/WSH/12.01, Geneva, 2012; WHO/UNICEF, *Progress on sanitation and drinking-water - 2014 Update*, World Health Organization (WHO), UNICEF, 2014; WWAP, *5th United Nations World Water Development Report 2014: Water and Energy*. Paris, UNESCO, 2014.

5 There is growing recognition that the scope and complexity of water-related challenges extend beyond national and regional boundaries and therefore cannot be adequately addressed by national or regional policies only. In a Report of 2012, the United Nations notes that “*water has long ceased to be solely a local issue*”, United Nations, *Managing Water under Uncertainty and Risk: World Water Development Report 4*, Paris, UNESCO, 2012.

living in areas of high water stress by 2030, including between 75 million and 250 million people in Africa. Additionally, water scarcity in some arid and semi-arid places will displace between 25 million and 700 million people. Sub-Saharan Africa has the largest number of water-stressed countries of any region.

Water scarcity is thus among the main global/glocal problems to be faced both by many national societies and the world in the XXIst century. Water use has been growing at more than twice the rate of population increase in the last century. It is to be recognized however, that water scarcity is both a natural and a human-made phenomenon. There is enough freshwater on the planet for seven billion people. The main problem lies in the fact that this is distributed unevenly and too much of it is wasted, polluted and unsustainably managed⁶. The momentous challenge that water poses to sustainable development concerns its efficient and equitable management, along with good governance. If this intervenes, water can play a key enabling role in strengthening the resilience of social, economic and environmental systems in the context of rapid and unpredictable changes, particularly those related with climate change.

3. Water governance, water law: thinking anew

In view of these serious challenges, the international community has had to revise its general thinking in regard to water and in particular the international law governing the use and protection of the precious liquid. This contemporary new thinking and new international law on water does in particular place a clear emphasis on the promotion of cooperation⁷ ⁸. Moreover, in other writings⁹ we have been arguing that in promoting the requisite paradigm-shifts to meet the momentous challenges of our times, it also pursues certain key values or reveals

6 Human Development Report 2006. UNDP, 2006; *Coping with water scarcity. Challenge of the twenty-first century*. UN-Water, FAO, 2007.

7 Christina Leb, *Cooperation in the Law of Transboundary Water Resources*, Cambridge, 2013.

8 For early work along this line of action in the wake of the United Nations Convention, see ILC, "Third Report on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, by Mr. Stephen M. Schwebel, Special Rapporteur", IBIC, 1982, II, 1, p. 85, para. 85 and A. Tanzi, M. Arcari, *The United Nations Convention*, pp. 182, ff. Some commentators consider it to be a customary rule of international water law: thus, S. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, pp. 470, ff.

9 E.g., Paulo Canelas de Castro, "Water Law: the View Projected by the Epistemic Community", in *The Permanent Court of Arbitration/Peace Palace Papers, Resolution of International Water Disputes*, The Hague, February 2003, Kluwer Law International, pp. 371-416; and, more recently, Paulo Canelas de Castro, "Trends of Development of International Water Law", *Beijing Law Review*, 2015, vol. 6, no. 4, accessible at <http://www.scirp.org/journal/BLR/> [ID:330377].

distinct preferences as to the methods of water management: an environment-friendly approach to international water management should be followed; one of social inclusiveness where many other actors beyond States find place; and one which also acknowledges the relevance of sound economic thinking or usage of economic tools in internationally managing water resources.

3.1. New thinking, new overarching goals: water as a catalyst for (“positive”) cooperation

History has often shown that the vital nature of freshwater is a powerful incentive for cooperation and dialogue, compelling stakeholders to reconcile even the most divergent views. Water more often unites than divides people and societies.

3.1.1. Cooperation for peace and security

At the global scale, the effective and mutually beneficial solution of water resources-related problems underlies peace, security and stability of our nations. The planet actually seems to have sufficient water resources to provide “water security” for all. But this can only become a reality if we change our conceptual approaches to water management. Throughout history, nations have learned how to share the benefits of the river. Indeed, at the international level, water has consistently appeared to provide reasons for transboundary cooperation rather than war. Looking back over the past 50 years, there have been some 3 dozens of cases of reported violence between States over water – and most of the episodes have involved only minor skirmishes¹⁰. Meanwhile, more than 200 water treaties have been negotiated¹¹. Some of these treaties have remained in operation even during armed conflict. The clear message deriving from this, is that even the most hostile enemies have a capacity for cooperation on water. States recognize that violence over water is seldom a strategically workable or economically viable option. Paradoxically, disasters can also be powerful catalysts for positive cooperation. This was learned with the Chernobyl disaster, which led to radioactive caesium deposits in reservoirs and increased risk of exposure to radioactivity all the way down to the Black Sea¹². The neighboring States responded thereto by passing

10 Peter H. Gleick and Matthew Heberger, “Water Conflict Chronology”, and, more recently, “Water and Conflict. Events, Trends, and Analysis (2011-2012)”, in Peter H. Gleick *et al.* (eds.), *The World’s Water; The Biennial Report on Freshwater Resources*, vol. 8, respectively at pp. 173-219 (*notius* pp. 183-208) and pp. 158-171.

11 For an analysis of these treaties, see E. Brown Weiss, “The Evolution of International Water Law”, *RCADI*, 2007, t. 331, pp. 238, ff, *notius* 241-244.

12 Philippe Sands, *Chernobyl: Law and Communication*, Cambridge, 1988, Grotius.

new rules and setting up new mechanisms for improving river quality. Gains from cooperation can thus include the costs averted by reducing tensions and disputes between neighbours. Strained interstate relations linked to water management can inhibit regional cooperation across a broad spectrum of matters, including trade, transport. Additionally, the institutions that the riparian States have created in the water treaties to avert conflict have shown extraordinary resilience and the capacity to operate the many changes required¹³. Inversely, failures in cooperation result in social and ecological disasters, as in the Aral Sea and Lake Chad¹⁴. They also expose smaller, vulnerable countries to the threat of unilateral actions by larger, more powerful neighbours.

3.1.2. Cooperation for poverty alleviation and universal water access

Cooperation in water matters also carries benefits in less grandiose areas but not less humanely important. Water contributes to poverty alleviation in many ways – namely, through water supply and sanitation services. Water of appropriate quantity and quality can improve health and, when applied at the right time, can enhance the productivity of land, labour and other inputs. Reaching these goals is achievable and would cost far less than having to provide the necessary health care to treat people suffering from preventable diseases caused by poor water supply and poor sanitation. Each responsible government should provide a solid regulatory framework and implementation structure to manage the use of its water resources for the benefit of the populations under its jurisdiction¹⁵.

3.2. New thinking; new values

3.2.1. Holistic management, sustainable development and environmental sustainability

A first vector of the new international water management vision necessarily departs from the assumption of water as fundamental key to sustainable development; from the understanding that it has value from a social, economic and environmental perspective and that water needs to be managed within a sound, integrated socio-economic and environmental framework, where these different

13 Laurence Bisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law*, Oxford, 2015, Oxford University Press, pp. 176-185.

14 Fred Pearce, “Lake Chad: Tragedy of the Floodplains”, *When the Rivers Run Dry. Water – The Defining Crisis of the Twenty-First Century*, Boston, 2006, Beacon Press, respectively, pp. 201-216 and 225-226, as well as pp. 77-87.

15 As advocated in *General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003 (contained in UN Document E/C.12/2002/11).

dimensions are holistically apprehended. As a result, upstream and downstream States, but also all other water stakeholders, including non-governmental ones, will have to be involved in the management of the waters, both regarding original decisions as well as their implementation. It is impossible to maintain the integrity of a balanced ecosystem, a paramount substantive value of this newer international water law of cooperation, without a holistic treatment of all the complex array of issues comprehended in water management, an overall strategy on water resources management.

3.2.2. Inclusiveness, participated management

Such holistic managerial vision, as well as the very properties of water bodies (catchement, basin, watershed, system, course) touch every human being: we all therefore have a shared responsibility for protecting the shared environments surrounding rivers and their associated watersheds, lakes, aquifers. Congruously, the second cardinal preference of this new thinking and newer international water law is one of stakeholders' integration or social inclusiveness. Nurturing the opportunities for cooperation in water management among all stakeholders and improving the comprehension of the challenges and benefits of water cooperation can help build mutual respect, understanding and trust among States and promote peace, security and sustainable economic growth of the States and their societies, along with ecological respect.

For this, a multilevel, inclusive approach for water cooperation and management is required. Water resources management issues must be addressed at the local, national and at appropriate regional and international levels. All stakeholders, from those in watershed governments, to international organizations, the private sector, civil society and academia¹⁶, should be engaged, paying special attention to the livelihoods of the poor and most vulnerable people. Water management choices must also be consistent with other State policies and vice-versa. Throughout the whole process, social, political and economic decisions must be made in a way that seeks to balance and fairly distribute the allocation of water resources while respecting the natural, biophysical limits of the environment that they sustain.

Collaborative water management which mobilizes political will and commitment to address water issues worldwide is crucial. Open discussion of the issues shaping our water resources today and strong citizen participation in decision-making (which is key to fostering good governance and a climate of

16 Paulo Canelas de Castro, "Water Law: the View Projected by the Epistemic Community", in The Permanent Court of Arbitration/Peace Palace Papers, *Resolution of International Water Disputes*, The Hague, February 2003, Kluwer Law International.

accountability and transparency) can stimulate cooperative action and political commitment. Promoting a culture of consultation and increasing participative capacities will help to deliver the appropriate water management decisions¹⁷.

3.2.3. The economization of water

Water can also be seen and is increasingly treated as an economic good¹⁸. Water uses correspond to economic activities, such as *inter alia* navigation, generation of hydroelectric power, irrigation, the supply of water for industrial and domestic purposes. The international law applicable to water has largely been developed to cater for these uses. Various notions, principles, rules, institutions of international economic law have had an influence on the profile and actual regime of water management over times. The notion that water is scarce globally further impacts on a call for further economization of water, which should help induce conservation habits and rational allocation decisions. The realms of international trade, investment and water transfers are thus increasingly called to contribute to the ongoing trend towards applying economic thinking to water management and controlling a *de facto* rising international water market¹⁹. However, the trend towards seeing water, a vital natural resource, as a source of profit also rises questions and anxieties²⁰. Effective water management should also cater for other values. Mutual supportiveness between economic and non-economic values and norms should be called upon. The economization trend that is developing in the context of freshwater management should go hand-in-hand with humanization and ecological-friendly trends. Trade and investment regimes on water cannot ignore the public nature of water resources, their vital character for life, the ensuing public interests thereto²¹.

17 These values and strategies are the subject matter of the model normative treatment set out in the Aarhus Convention.

18 Laurence Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law*, Oxford, 2013, Oxford University Press.

19 For both trends notably, Antoinette Hildering, *International Law, Sustainable Development and Water Management*, Delft, 2004, Eburon, pp. 95-122; chapters 5 and 6 of L. Boisson de Chazournes and S.M.A. Salman (eds.), *Water Resources and International Law*, Leiden, 2005, Nijhoff; Edith Brown Weiss, Laurence Boisson de Chazournes, Nathalie Bernasconi-Osterwalder (eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford, 2005, Oxford University Press; Edith Brown Weiss (eds.), *International Law for a Water-Scarce World*, The Hague, 2013, Nijhoff.

20 E.g., Maude Barlow, Tony Clarke, *Blue Gold. The Fight to Stop the Corporate Theft of the World's Water*, New York, 2005, The New Press.

21 See Paulo Canelas de Castro, "Towards the harmonization of the human right to water with the protection of international investments in the context of processes of privatization of water

4. Making the new thinking work: water and development

Once the international community integrates the overall goal of cooperation for sustainable development²², and the new thinking on water governance, and undertook an ongoing revision of international water law accordingly, the ensuing key issue becomes one of the implementation or operationalization of this new normative program as well as further development of rules of conduct and institutions to prevent and handle water disputes peacefully. Indeed, the major task which the international community is facing today in the field of water resources, is the transfer of the aforementioned committed obligations relating to water management (environmental-friendly ones, ones of social inclusiveness, as well as economically sensitive ones) into concrete actions that need to be implemented on the ground for the benefit of people, ecosystems and the biosphere as a whole.

Different strategies have been followed by the international community, and particularly the one organised within the United Nations, for pursuing this very broad goal.

One of these, over the turn of the centuries, was the one of associating this new vision of water cooperation and management with the international development efforts. This has been particularly the case with the Millennium Development Goals (MDG), first, and the Sustainable Development Goals (SDG), more recently. The overall idea is that in order to meet multiple goals, water needs to be an intrinsic element in decision-making across the whole spectrum of development efforts. Indeed, given the basic necessity of water to sustain life and its central role in the provision of a wide range of services, water is a crucial and cross-cutting factor at the heart of all the MDG and thence the SDG.

Accordingly, in the MDG context, under MDG 1, access to water for domestic and productive uses (agriculture, industry, and other economic activities) has a direct impact on poverty and food security. In regard to MDG 2, it is obvious that the incidence of catastrophic but often recurrent water events, such as floods or droughts, interrupts educational attainment. Also, access to water, in particular in conditions of scarcity, has important gender related implications, which affect the social and economic capital of women in terms of leadership, earnings and networking opportunities, covered by MDG 3. Relating to MDGs

services? – A new development in International Water Law?”, *Soochow Law Journal*, 2016, vol. XIII, nr. 1, pp. 43-57.

22 Concept Note: PREPCOM Conference, *Towards the UN Conference on Sustainable Development (Rio+20): Water Cooperation Issues*, UNESCO, UN Water, South-South News, UNDP, OSCE Offices in Dushanbe, 19-20 October, 2011; Concept Note: UN Conference on Sustainable Development (Rio+20), *Thematic session on water cooperation*. UNESCO, UN Water, South-South News, UNDP, OSCE Offices in Dushanbe, 2011.

4 and 5, equitable, reliable water resources management programmes reduce poor people's vulnerability to shocks, which in turn gives them more secure and fruitful livelihoods to draw upon in caring for their children. As to MDG 6, access to water and improved water and wastewater management in human settlements, reduce transmission risks of mosquito-borne illnesses, such as malaria and dengue fever. Even more clearly related to water issues, under MDG 7, it is clear that adequate treatment of wastewater contributes to less pressure on freshwater resources, helping to protect human and environmental health. Finally, water scarcity increasingly calls for strengthened international cooperation in the fields of technologies for enhanced water productivity, financing opportunities, and an improved environment to share the benefits of scarce water management, as advocated by MDG 8. Moreover, target 7.C, in particular, aimed to halve, by 2015, the proportion of the population without sustainable access to safe drinking water and basic sanitation.

The consequence of these associations was that the active participation and cooperation of all sectors, levels of government, and civil society were deemed critical for ensuring better management and allocation of water resources. While recognizing the differentiated responsibilities between developed and developing countries, each State had to take ultimate actions to meet the MDG²³. In particular, this led to a generalised effort at ensuring an enlarged human access to drinking water and sanitation. This resulted in the world having indeed met the target of halving the proportion of people without access to improved sources of water, even five years ahead of schedule. The outcome for the specific target related to basic sanitation was, however, far more disappointing.

As the time limit for the MDG drew to a close in 2015, the global community launched a process to develop a set of Sustainable Development Goals (SDG), which build on the Millennium Development Goals and converge with the post-2015 development agenda. In particular, it undertook stock of how it could move towards a sustainable future²⁴. Critically, it was thought that the MDG framework did not address the full water and development agenda, nor fully recognize its synergies with other areas and concerns. Emphasis on 'sustainability' was not included and human rights and inequalities were also largely ignored in the MDG framework. Subsequently, States have agreed that human rights, equality and sustainability should form the core of the development agenda and be recognized as critical for true development.

23 "Facts and Figures" from the World Water Assessment Programme (WWAP): see UNDP, *Human Development Report 2006. Beyond scarcity: Power, poverty and the global water crisis*. 2006.

24 *E.g., Water in the post-2015 development agenda and sustainable development goals*. Discussion paper, World Bank. Water and Sanitation Program (WSP). March 2014.

Correspondingly, in the 2030 Agenda for Sustainable Development²⁵, which succeeds the MDGs, United Nations Member States reaffirm in paragraph 7 their “*commitments regarding the human right to safe drinking water and sanitation*”. Sustainable Development Goal 6, in particular, states the goal to “*ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all*”. The pursuance of this is in the United Nations context entrusted to several agencies and bodies, amongst which UN-Water, whose overarching goal is “*Securing Sustainable Water for All*”. The water goal and targets directly address the development aims of societies, promote human dignity and ensure achievements are sustainable over the long term²⁶.

5. Making the new thinking work: the newest element – human rights to water and sanitation

“It is now time to consider access to safe drinking water and sanitation as a human right, defined as the right to equal and non-discriminatory access to a sufficient amount of safe drinking water for personal and domestic uses — drinking, personal sanitation, washing of clothes, food preparation and personal and household hygiene — to sustain life and health. States should prioritize these personal and domestic uses over other water uses and should take steps to ensure that this sufficient amount is of good quality, affordable for all and can be collected within a reasonable distance from a person’s home.”

UN Office of the High Commissioner for Human Rights

5.1. Context

Improving access to safe drinking water and sanitation has thus increasingly been recognized as one of the main challenges of sustainable development, with improper water management held as having a direct impact on human and ecosystem health, food and energy security, among many other areas which support human well-being and livelihoods.

At the end of the MDG process, it was found that 147 countries achieved the MDG target relating to access to drinking water, while 95 met the target for sanitation. Consequently, over 90 percent of the world’s population now use

25 UN Resolution A/RES/70/1, *Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development*.

26 UN-Water, *Water and sanitation interlinkages across the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Geneva, 2016.

improved sources of drinking water, and 68 per cent use improved sanitation facilities. The value to households of access to improved water and sanitation facilities includes direct net savings or expenses from buying water from alternative providers and savings in health expenditure to treat water-borne disease and indirect benefits in terms of time freed up to get water closer or into the household, improved nutrition, increased school attendance especially for adolescent girls and the safety and dignity of improved sanitation compared to open defecation of shared facilities. All things considered, however, the statistics on water and sanitation remain alarming. According to a recent census, approximately 800 million people still lacked access to safe drinking water. More than 2.3 billion people still did not have basic sanitation services and close to 900 million people practised open defecation²⁷.

In most developing countries without universal access, use of improved facilities is higher in urban areas than in rural areas. Households not having access to individual piped water connections must rely on alternative sources for water, whose price is often much higher than that of water provided by utility companies. Households in dense urban areas often have few options for improved sanitation and removal of excreta from communities due to a lack of space and service providers. Investment in water and sanitation has also long been recognized as having a very high social rate of return. In 2014, WHO and UNICEF estimated that the return on investment in water and sanitation services in developing countries ranged between US\$5 and US\$28 per dollar. Improved access to safe water and sanitation has many co-benefits in other areas. For example, it has resulted in the number of diarrhoeal diseases attributable to inadequate water, sanitation and hygiene to fall from 1.8 million to 842,000 between 1990 and 2012, with all regions experiencing major declines²⁸.

From another angle, that of the people on the ground, especially the vulnerable, the numbers and factual reality regarding access to water and sanitation translate into hardship, insecurity and loss of livelihoods. Notably, women and girls in some developing countries still embark on dangerous journeys in search of drinking water or to defecate in the open because they do not have access to toilet facilities, which exposes them to violence, including sexual abuse. Further, children are dying from entirely preventable diseases, resulting from poor quality water and sanitation. Diarrhoea is the second leading cause of death in children under 5 years of age.

27 United Nations, *UN Chronicle*, Vol. LV, No. 1, 2018, March 2018, *Achieving Universal Access to Water and Sanitation*.

28 WHO/UNICEF, 2014. *Progress on sanitation and drinking-water - 2014 Update*. 2014, World Health Organization (WHO), UNICEF.

Strategies used all over the world ultimately aim to overcome this plight and instead provide universal access to safe drinking water and basic sanitation²⁹. In that sense, they are directly geared to leaving no one behind: the focus of these efforts and the normative program underlying is thus on people³⁰. It is in this very same normative idea that the establishment of a human right to water sought inspiration and thence what we rather designate as human right to water and sanitation.

5.2. A long, erratic process of normative construction: legal foundations and progressive recognition and establishment of the human rights to safe water and sanitation

The human right to water and sanitation is said to have been implicit in the usually so-called “International Bill of Human Rights”, made of the Universal Declaration of Human Rights of 1948³¹ and the 2 International Covenants of both civic and political rights and economic, social and cultural rights, of 1966³². Explicitly, however, the aforementioned documents do not contain any reference to water, even less to their need or human right thereto. It was thus later and in a piecemeal, gradual way that the right, or rights, as we rather have it, eventually became to establish itself, themselves.

A critical moment and piece in this effort occurred in July 2010, when the United Nations General Assembly adopted resolution 64/292 recognizing that water and sanitation should be a human right: “(...) *the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right (...) is essential for the full enjoyment of life and all human rights*”. Water as a human right is as much about quality, making sure that the water is clean and you do not get sick from drinking it, as it is about quantity or access to water. This initiative contributed to

29 United Nations, *UN Chronicle*, Vol. LV, No. 1, 2018, March 2018, *Achieving Universal Access to Water and Sanitation*.

30 Recently, by means of General Assembly Resolution 71/222 adopted on 21 December 2016, the General Assembly unanimously proclaimed the period from 2018 to 2028 the “*International Decade for Action, “Water for Sustainable Development. 2018-2028”*”, which commenced on World Water Day, 22 March 2018. This ‘Water Decade’ is the second of its kind, succeeding the first, designated by General Assembly Resolution 58/217 adopted on 23 December 2003, *International Decade for Action, “Water for Life”, 2005-2015*. The launch of this “*International Decade for Action, “Water for Sustainable Development. 2018-2028”*” was seen as an important opportunity for the international community to reiterate its commitment to achieving water-related goals and targets as well as to also offer an opportunity to contribute to the follow-up and review of SDG 6, at the high-level political forum in July 2018.

31 Resolution 217 A (III).

32 See resolution 2200 A (XXI), annex.

solving a normative gap in the construction of an international water law meeting the challenges of the contemporary water crisis and fleshing out in legal form the new thinking and paradigm-shifts in water management that have been taking shape roughly over the last two decades, two decades and a half.

Indeed, the right to water is not specifically mentioned in the Universal Declaration of Human Rights nor in the 1966 adopted UN International Covenants on Human Rights. However, without access to water, other rights could not be exercised such as the “*right to a standard of living adequate for the health and well-being*”, in regard case with Article 6 of the UN Covenant on Civil and Political Rights, which guarantees the right to life, as well as Articles 11 and 12 of the International Covenant on Economic and Social Rights, which together guarantee that adequate standard of living.

For that reason, several Authors have maintained that some of the rights enshrined in the International Bill of Human Rights should be interpreted as encompassing the human right to water: the right to water was not considered as a right in itself in earlier UN human rights texts, but merely as a tool to guarantee other rights.

However, in recent years, water has become a more important issue leading to several international and major United Nations conferences, summits and special sessions and their follow-up meetings³³, directly pertaining to water issues or only indirectly, but where these water issues featured prominently, as well as the adoption of declarations, resolutions and programmes of action which are impacting the global governance of water issues and further shaping this double human right to water and sanitation. Amongst these, in particular, the United Nations Water Conference of Mar del Plata (1977)³⁴, the Dublin Water Conference (1992)³⁵, the Rio de Janeiro International Conference on Water and the Environment (1992)³⁶, the Cairo United Nations International Conference on

33 Recalling the relevant provisions of declarations, resolutions and programmes of action adopted by major United Nations conferences, summits and special sessions and their follow-up meetings, in particular the Mar del Plata Action Plan of 1977; Agenda 21 of the United Nations Conference on Environment and Development of 1992; the Programme of Action of the International Conference on Population and Development of 1994; the International Decade for Action “Water for Life” 2005-2015; General Assembly resolution 54/175 of 17 December 1999; on the right to development and the Millennium Development Goals (2000).

34 It gave rise to the Mar Del Plata Action Plan of the United Nations Water Conference (Report of the United Nations Water Conference, Mar del Plata, 14–25 March 1977 (United Nations publication, Sales No. E.77.II.A.12).

35 Dublin Statement on Water and Sustainable Development.

36 See *Report of the United Nations Conference on Environment and Development*, Rio de Janeiro, 3–14 June 1992, vol. I, Resolutions Adopted by the Conference (United Nations publication,

Population and Development (1994)³⁷, the Istanbul United Nations Conference on Human Settlements, also known as Habitat-II (1996)³⁸, the Millenium Summit (2000), the Johannesburg World Summit on Sustainable Development (2002)³⁹, Rio+20 (2012). These international gatherings have produced declarations, resolutions or other instruments directly supporting this long march towards the recognition of a human right to water^{40 41}. Another major milestone in this process of gradual awareness raising and maturation of both a global concern on

Sales No. E.93.I.8 and corrigendum), resolution 1, annex I.

37 *Report of the United Nations International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994* (United Nations publication, Sales No. E.95.XIII.18).

38 *Report of the United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II)*, Istanbul, 3–14 June 1996 (United Nations publication, Sales No. E.97.IV.6), chap. I, resolution 1, annex II.

39 See *Report of the World Summit on Sustainable Development*, Johannesburg, South Africa, 26 August–4 September 2002 (United Nations publication, Sales No. E.03.II.A.1 and corrigendum), chap. I, resolution 2, annex.

40 See preamble, chap. I, “Mar Del Plata Action Plan of the United Nations Water Conference” (*Report of the United Nations Water Conference*, Mar del Plata, 14–25 March 1977 (United Nations publication, Sales No. E.77.II.A.12),); see paragraph 18.47 of “Agenda 21”, *Report of the United Nations Conference on Environment and Development, Rio de Janeiro, 3-14 June 1992* (A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I and Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III and Vol. III/Corr.1)) (United Nations publication, Sales No. E.93.I.8), vol. I: *Resolutions adopted by the Conference*, resolution 1, annex II; Principle No. 3, “The Dublin Statement on Water and Sustainable Development”, International Conference on Water and the Environment (A/CONF.151/PC/112); Principle No. 2, Programme of Action, *Report of the United Nations International Conference on Population and Development, Cairo, 5-13 September 1994* (United Nations publication, Sales No. E.95. XIII.18), chap. I, resolution 1, annex; the Habitat Agenda of 1996. Other relevant normative *topoi* in other international normative texts are paragraphs 5 and 19, recommendation (2001) 14 of the Committee of Ministers to Member States on the European Charter on Water Resources; resolution 2002/6 of the United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights on the promotion of the realization of the right to drinking water. See also the report on the relationship between the enjoyment of economic, social and cultural rights and the promotion of the realization of the right to drinking water supply and sanitation (E/CN.4/Sub.2/2002/10) submitted by the Special Rapporteur of the Sub-Commission on the right to drinking water supply and sanitation, Mr. El Hadji Guissé.

41 Other relevant documents, resolutions, declarations, programmes of fora, conferences, summits on the subject are the Programme of Action of the International Conference on Population and Development of 1994, the International Decade for Action “Water for Life” 2005- 2015, General Assembly resolution 54/175 of 17 December 1999 on the right to development, 55/196 of 20 December 2000, by which it proclaimed 2003 the International Year of Freshwater, 58/217 of 23December 2003, by which it proclaimed the International Decade for Action, “Water for Life”, 2005–2015, 59/228 of 22 December 2004, 61/192 of 20 December 2006, by which it proclaimed 2008 the International Year of Sanitation, and 64/198 of 21December 2009 regarding the midterm comprehensive review of the implementation of the International Decade for Action, “Water for Life”.

the global water crisis and social expectations leading to the design of the human right to water as a strategy to address it, occurred with the Millennium Summit. By means of the United Nations Millennium Declaration, adopted by the General Assembly September 2000, and specifically MDG 7, the international community made the commitment to halve, by 2015, the proportion of people unable to reach or afford safe drinking water. This decision was replicated in the Johannesburg Plan of Action, whereby the Heads of State and government resolved to extend this commitment to the similar one of halving the proportion of people without access to basic sanitation.

At least equally important was the subsequent adoption, in November 2002, by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights of General Comment No. 15 on the right to water⁴². This was conceived as an authoritative interpretation by the international body mandated to oversee the implementation of the 1966 International Covenant. In Article I.1 of this document it is stated that “*The human right to water is indispensable for leading a life in human dignity. It is a prerequisite for the realization of other human rights*”⁴³. General Comment No. 15 also defined the normative content of the right to water as comprehending the right of everyone to sufficient, safe, acceptable and physically accessible and affordable water for personal and domestic uses⁴⁴.

A further step was taken in 2006 by the former United Nations Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights which issued Guidelines on the realization of the rights⁴⁵. These Guidelines led the Human Rights Council (HRC) to adopt decision 2/104 “*human rights and access to water*”, also in 2006.

In March 2008, through resolution 7/22⁴⁶, the Human Rights Council

42 *General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12 of the Covenant)*, adopted at the Twenty-ninth Session of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, on 20 January 2003 (contained in UN Document E/C.12/2002/11).

43 Subsequent resolutions, with some variations, adopt a similar formula. Thus, for instance, HRC Resolution 18/1, of 28 September 2011: “*the human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health, as well as the right to life and human dignity*”.

44 *Idem*, caption II. *Normative content of the right to water*. See also *infra*.

45 ¹¹ UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, *Sub-commission guidelines on the realization of the right to drinking water and sanitation*, Report of the Special Rapporteur El Hadji Guissé, UN document E/CN.4/Sub.2/2005/25, 2006, available at: http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/SUB_Com_Guisse_guidelines.pdf.

46 Resolution 7/22, the Human Rights Council, *Human rights and access to safe drinking water and sanitation* (available at http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_22.pdf). The appointment results from its paragraph 2: “*Decides to appoint, for a period of three years, an independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*”. The mandate shall be extended 3 years later through Resolution 16/2.

decided “*To appoint, for a period of three years, an independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*”. The appointment fell on the Portuguese jurist and scholar Catarina de Albuquerque. Following the terms of the mandate, the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Related to Access to Safe Drinking Water and Sanitation monitors and reports on States’ implementation of the right to water as well as related violations. Catarina de Albuquerque published her first report on 1st July 2009. In April 2011, through resolution 16/2, the Human Rights Council decided to extend the mandate for a period of three years. Following the official recognition by the UN General Assembly in 2010 of the human right to water, the mandate of the “*Independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*” was extended and renamed to “*Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation*”⁴⁷. Through her thematic reports to the Human Rights Council and to the UN General Assembly⁴⁸, Dra. Catarina de Albuquerque continued to clarify the scope and content of the human right to water (or, as she proposed, the human right to water and to sanitation). In particular, she addressed thematic issues such as: ⁴⁹ Climate Change and the Rights to Water and Sanitation (2009); Human Rights Obligations related to Access to Sanitation (2009)⁵⁰; Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development (2009)⁵¹; Human Rights Obligations

47 Reports by former Special Rapporteur: Private Sector Participation (2010); Stigma (2012); Good Practices (2012); Post 2015 development agenda and MDGs (2012); Sustainability and non-retrogression (2013); Wastewater management (2013); Handbook (2014); Common human rights violations (2014); Participation (2015).

48)A/68/264, Wastewater management in the realization of the rights to water and sanitation (2013); A/69/213, Participation in the realization of the human rights to water and sanitation (2014); A/70/203, Different levels and types of services and the human rights to water and sanitation (2015); A/71/302, Development Cooperation and the realization of the human rights to water and sanitation (2016); A/72/127, Development Cooperation (2017).

49 A/HRC/10/6, Preliminary Report laying out the Mandate Workplan.

50 A/HRC/12/24, 1 July 2009, *Human Rights Obligations related to Access to Sanitation*: The report focuses on the human rights obligations related to sanitation. After reviewing the inextricable links between sanitation and a range of human rights, the independent expert concludes that an analysis of sanitation in a human rights context must go beyond linking it to other human rights, because this would fail to fully capture all of the dimensions of sanitation. She suggests that, although there is an ongoing discussion on whether sanitation should be recognized as a distinct right, recent developments at the international, regional and national levels demonstrate a trend towards recognition; specifically, considering the right to sanitation as an explicit component of the right to an adequate standard of living.

51 A/HRC10/1, of 22 February 2009.

Related to Non-State Service Provision in Water and Sanitation (2010); The MDGs and the human rights to water and sanitation (2010)⁵²; Progress report on the compilation of Good Practices (2010); Good practices compilation (2011)⁵³; Financing for the Realization of the Rights to Water and Sanitation (2011)⁵⁴; Planning for the realization of the rights to water and sanitation (2011)⁵⁵; Stigma and the realization of the human rights to water and sanitation (2012)⁵⁶; Integrating non-discrimination and equality into post-2015 development agenda for water, sanitation and hygiene (2012)⁵⁷; Sustainability and non-retrogression in the realisation of the rights to water and sanitation (2013)⁵⁸; Wastewater management in the realization of the rights to water and sanitation (2013)⁵⁹ 60; Handbook for realizing the human right to safe drinking water and sanitation (2014)⁶¹; Common violations of the human rights to water and sanitation (2014)⁶²; Participation in the realization of the human rights to water and sanitation (2014)⁶³; Affordability of water and sanitation services (2015)⁶⁴; Different levels and types of services and the human rights to water and sanitation (2015)⁶⁵; Gender equality in the realization

52 A/65/254.

53 *Report of the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, A/HRC/15/31* (1 July 2010, presents a framework for assessing good practices from a human rights perspective, using five normative criteria (availability, quality/safety, acceptability, accessibility and affordability) and five cross-cutting criteria (non-discrimination, participation, accountability, impact and sustainability) and A/HRC/15/31/Add.1, *Progress report on the compilation of Good Practices*.

54 A/66/265.

55 A/HRC/18/33 (UNGA Doc. 4th July 2011), in accordance with Council resolutions 7/22 and 16/2: she focuses on national and local planning for the implementation of the rights to water and to sanitation, highlighting the importance of having a vision and political will to ensure the realization of those rights.

56 A/HRC/21/42, *Stigma and the realization of the human rights to water and sanitation* (2012).

57 A/67/270.

58 A/HRC/24/44, *Sustainability and non-retrogression in the realisation of the rights to water and sanitation* (UNGA Doc., 11 July 2013), focusing on sustainability in the realization the human rights to water and sanitation.

59 A/68/264, *Wastewater management in the realization of the rights to water and sanitation*.

60 Mr. Leo Heller was appointed in November 2014, and began his work on the mandate on 1 December 2014.

61 A/HRC/27/55, Add. 3.

62 A/HRC/27/55, *Common violations of the human rights to water and sanitation*.

63 A/69/213, *Participation in the realization of the human rights to water and sanitation*.

64 A/HRC/30/39, *Affordability of water and sanitation services*.

65 A/70/213, *Different levels and types of services and the human rights to water and sanitation*.

of the human rights to water and sanitation (2016)⁶⁶; Development cooperation and the realization of the human rights to water and sanitation (2016)⁶⁷; Service Regulation (2017)⁶⁸; Development Cooperation (2017)⁶⁹. In this capacity, she also made numerous country reports⁷⁰. It was on the basis of this mandate that recommendations to Governments, to the United Nations and other stakeholders were subsequently provided, thereby contributing to the development of the policy and normative thinking of the international community in regard to the subject matter^{71 72 73}.

In the mean time, the human right to water which, according to some Authors and their interpretations, figured already implicitly in treaties, such as, for instance, the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, has also been recognized in international law through a range of international binding

66 A/HRC/33/49, *Gender equality in the realization of the human rights to water and sanitation*.

67 A/71/302, *Development Cooperation and the realization of the human rights to water and sanitation*.

68 A/HRC/36/45, *Service Regulation* (2017).

69 A/72/127, *Development Cooperation* (2017).

70 A/HRC/12/24/Add.1, Mission to Costa Rica (2009); A/HRC/15/55, Mission to Bangladesh; A/HRC/15/31/Add.3, Mission to Egypt, A/HRC/15/31/Add.2, Mission to Slovenia (2010); A/HRC/15/55 *Joint report of the independent expert on the question of human rights and extreme poverty, Magdalena Sepúlveda Cardona, and the independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, Catarina de Albuquerque* - Mission to Bangladesh (3–10 December 2009; UNGA Doc. 22 July 2010); A/HRC/18/33/Add.2, Mission to Slovenia, A/HRC/18/33/Add.3, Mission to Japan, A/HRC/18/33/Add.4, Mission to USA (2011); A/HRC/21/42/Add.1, Mission to Senegal, A/HRC/21/42/Add.2, Mission to Uruguay, A/HRC/21/42/Add.3, Mission to Namibia (2012); A/HRC/24/44/Add.1, Mission to Kiribati, A/HRC/24/44/Add.2, Mission to Tuvalu, A/HRC/24/44/Add.3, Mission to Thailand (2013); A/HRC/27/55/Add.1, Mission to Brazil, A/HRC/27/55/Add.2, Mission to Jordan (2014); A/HRC/33/49/Add.1, Mission to El Salvador, A/HRC/33/49/Add.2, Tadjikistan, A/HRC/33/49/Add.3, Botswana (2016); A/HRC/36/45/Add.1, Mission to Portugal, A/HRC/36/45/Add.2, Mission to Mexico (2017).

71 Other relevant resolutions on the matter are: HRC decision 2/104; HRC resolution 7/22, of 28 March 2008; HRC resolution 12/8, of 1 October 2009; HRC resolution 15/9 of 30 September 2010; HRC/15/31, of 1 July 2010, *Human Rights Obligations Related to Non-State Service Provision in Water and Sanitation*; HRC resolution 16/2, of 24 March 2011; HRC resolution 18/1; HRC resolution 21/2; HRC resolution 24/18; HRC resolution 27/7; HRC resolution 33/10; GA resolution 64/292; GA resolution 68/157; GA resolution 70/169; GA resolution 72/128.

72 All the information on the Works undertaken by Dr. Catarina Albuquerque, both as “*Independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*” as well as “*Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation*”, may be found at www.ohchr.org.

73 Catarina de Albuquerque was succeeded in the task in 2014 by Leo Heller, from Brazil.

documents, including international human rights treaties⁷⁴. They are, however, of a specific matter or related to specific categories of human beings, generally taken as more vulnerable in regard to access to water and sanitation. Thus, the main international treaties explicitly recognizing the human right to water include the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women⁷⁵, whose Article 14 (2) reads: “*States parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in rural areas to ensure, on a basis of equality of men and women, that they participate in and benefit from rural development and, in particular shall ensure to women the right: ... (h) To enjoy adequate living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, transport and communications.*”; the 1989 Convention on the Rights of the Child⁷⁶, whose article 24 states: “*States parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health ... 2. States parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures: (c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, (...) the provision of adequate nutritious foods and clean drinking water (...)*”; and Article 28 (2) (a) of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities⁷⁷, which provides: “*States parties recognize the right of persons with disabilities to social protection and to the enjoyment of that right without discrimination on the basis of disability, and shall take appropriate steps to safeguard and promote the realization of this right, including measures to ensure equal access by persons with disabilities to clean water services, and to ensure access to appropriate and affordable services, devices and other assistance for disability-related needs*”.

Outside of the realm of international law of human rights, other treaties,

74 See article 14, paragraph 2 (h), Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; article 24, paragraph 2 (c), Convention on the Rights of the Child; Article 28(2) (a) of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities; articles 20, 26, 29 and 46 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, of 1949; articles 85, 89 and 127 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Civilian Persons in Time of War, of 1949; articles 54 and 55 of Additional Protocol I thereto of 1977; articles 5 and 14 of Additional Protocol II of 1977.

75 ¹² *United Nations Treaty Series*, vol. 1249, No. 20378; also available at <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>.

76 *United Nations Treaty Series*, vol. 1577, No. 27531 also available at <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>.

77 Resolution 61/106, annex 1.

both global⁷⁸ or regional⁷⁹ in scope, equally comprehend provisions on the human right to water or to sanitation. Mention can thus be made to articles 20, 26, 29 and 46 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, of 1949; articles 85, 89 and 127 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Civilian Persons in Time of War, of 1949; articles 54 and 55 of Additional Protocol I thereto of 1977; articles 5 and 14 of Additional Protocol II of 1977.

Moreover, this is also the case with conventions specifically related to water resources or watercourses, which, although in a not too frequent way, also make reference to the human right to water or allow for such interpretative construction. The clearest case is the one of Senegal River Charter of 2002, in its article 4⁸⁰. At the regional level, article 4, (2) b) of the Water and Health Protocol to the Helsinki Water Convention on the protection and utilization of transboundary watercourses and international lakes, adopted under the auspices of the United Nations Economic Commission for Europe in 1992 establishes that States Parties are to “*adopt all appropriate measures*” for ensuring an “*adequate supply of drinking water*” and an “*adequate sanitation*” for ensuring sufficient protection of human health and of the environment. Furthermore, at global level, the Statement of Understanding accompanying the United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of Watercourses, declared that, in determining vital human needs in the event of conflicts over the use of watercourses “*special attention is to be paid to providing sufficient water to sustain human life, including both drinking water and water required for production of food in order to prevent starvation*”⁸¹.

Additionally, also rules or standards, which albeit non-binding are nonetheless normatively influential, again both of a global⁸² or regional⁸³ reach,

78 E.g., Article 5 of ILO Convention No. 161 of 1985 on Occupational Health Services; and the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949, (*United Nations Treaty Series*, vol. 75, No. 973).

79 E.g., African Charter on the Rights and Welfare of the Child (article 14); Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa (article 15). Other regional commitments include the Protocol on Water and Health, adopted by the United Nations Economic Commission for Europe in 1999, the European Charter on Water Resources, adopted by the Council of Europe in 2001.

80 See L. Boisson de Chazournes, R. Desgagne, M.M. Mbengue, C. Romano, *Protection internationale de l’environnement*, pp. 297-312.

81 *Statement of Understanding accompanying the United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of Watercourses*, UN Doc. A/51/869, of 11 April 1997.

82 See, in particular, the 2006 Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights’ *Guidelines for the Realization of the Right to Drinking Water and Sanitation*.

83 E.g., the Abuja Declaration, adopted at the first Africa-South America summit in 2006, the message from Beppu, adopted at the first Asian-Pacific Water Summit in 2007; the Delhi

converge on promoting the further realization of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation in many areas of action. This is demonstrated, exemplarily by certain provisions of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners⁸⁴; the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty⁸⁵; the United Nations Principles for Older Persons⁸⁶; the Guiding Principles on Internal Displacement⁸⁷; ILO Recommendation No. 115 of 1961 on Workers' Housing⁸⁸; FAO's Voluntary Guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national security⁸⁹.

Finally, in 2010, through political declarations or resolutions, the UN

Declaration, adopted at the third South Asian Conference on Sanitation, in 2008, the Sharm el-Sheikh Final Document, adopted at the Fifteenth Summit Conference of Heads of State and Government of the Movement of Non-Aligned Countries, in 2009; and the Colombo Declaration, adopted at the fourth South Asian Conference on Sanitation, in 2011.

- 84 See "15. Prisoners shall be required to keep their persons clean, and to this end they shall be provided with water and with such toilet articles as are necessary for health and cleanliness." and "20. (2) Drinking water shall be available to every prisoner whenever he needs it."
- 85 Article 34: *Sanitary installations should be so located and of a sufficient standard to enable every juvenile to comply, as required, with their physical needs in privacy and in a clean and decent manner.*" and Article 37: *"Every detention facility shall ensure that every juvenile receives food that is suitably prepared ... Clean drinking water should be available to every juvenile at any time."*
- 86 "Independence: 1. *Older persons should have access to adequate food, water, shelter, clothing and health care through the provision of income, family and community support and self-help.*"
- 87 "Principle 18: 1. *All internally displaced persons have the right to an adequate standard of living. 2. At the minimum, regardless of the circumstances, and without discrimination, competent authorities shall provide internally displaced persons with and ensure safe access to: (a) Essential food and potable water; (...) (d) Essential medical services and sanitation. 3. Special efforts should be made to ensure the full participation of women in the planning and distribution of these basic supplies.*"
- 88 "Suggestions concerning methods of application (...): 7. *The housing standards referred to in paragraph 19 of the General Principles should relate in particular to ... (b) The supply of safe water in the workers' dwelling in such ample quantities as to provide for all personal and household uses; (c) Adequate sewage and garbage disposal systems; ... 8. Where housing and accommodation for single workers or workers separated from their families is collective, the competent authorities should establish housing standards providing, as a minimum, for: ... (c) Adequate supply of safe water; (d) Adequate drainage and sanitary conveniences; ..."*
- 89 "3.6 *In their poverty reduction strategies, States should also give priority to providing basic services for the poorest, and investing in human resources by ensuring access to ... clean drinking water, adequate sanitation ...*"; "8.1 *States should facilitate sustainable, non-discriminatory and secure access and utilization of resources consistent with their national law and with international law and protect the assets that are important for people's livelihoods. States should respect and protect the rights of individuals with respect to resources such as land, water, ...*".

General Assembly and the UN Human Rights Council explicitly declared access to water as a human right and recognised that there was a connected, but, as both the doctrine and some resolutions eventually put it, also separate, human right to sanitation.

As mentioned, partially impelled by the works of the Special Rapporteur, other subsequent resolutions and discussions within the family of the UN have continued connecting both rights. Thus occurred, for instance, in 28 September 2011, through UN Human Rights Council Resolution 18/190, which takes the human right to safe drinking water and sanitation a step further in that it not only welcomes the submission of the compilation of good practices on the right to safe drinking water and sanitation, in which the Special Rapporteur put particular emphasis on practical solutions with regard to the implementation of the human right to safe drinking water and sanitation, but it also calls on States to ensure enough financing for the sustainable delivery of water and sanitation services.

Also, in May 2011, the World Health Organization (WHO), through Resolution 64/24, made a call to Member States *“to ensure that national health strategies contribute to the realization of water- and sanitation-related Millennium Development Goals while coming in support to the progressive realization of the human right to water and sanitation that entitles everyone, without discrimination, to water and sanitation that is sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable for personal and domestic uses”* and to WHO’s Director General *“to strengthen WHO’s collaboration with all relevant UN-Water members and partners, as well as other relevant organizations promoting access to safe drinking-water, sanitation and hygiene services, so as to set an example of effective intersectoral action in the context of WHO’s involvement in the United Nations ‘Delivering as One initiative’, and WHO’s cooperation with the United Nations Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation with a view to improving the realization of the human right to water and Sanitation”*.

5.3. Content and impact

Possibly one of the clearest definitions of the human right to water has been issued by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights. This treaty body interpreting legal obligations of State parties to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights issued in 2002 the aforementioned non-binding interpretation or General Comment No. 15⁹¹

90 A/HRC/RES/18/1, of 28 September 2011.

91 General Comment No. 15 (2002) of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the right to water (articles 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). See *Official Records of the Economic and Social Council, 2003, Supplement*

which affirms that access to water as a human right stands as a condition that is essential for the full enjoyment of life and all human rights. In the same vein goes General Assembly resolution 64/292 of 28 July 2010, which recognized the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right.

Both General Comment nr. 15 as well as a number of subsequent resolutions of both the General Assembly⁹² and the Human Rights Council⁹³ further clarify the origin of this derivative right by saying that “*the human right to safe drinking water and sanitation is derived from the right to an adequate standard of living and inextricably related to the right to the highest attainable standard of physical and mental health*” (a reference to articles 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights), “*as well as the right to life and human dignity*”⁹⁴.

More recently, some resolutions⁹⁵, claiming that they reflect the coinciding understanding by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation⁹⁶, speak of the rights to safe drinking water and sanitation, call for treating the right to safe water and the right to sanitation as (related, but also) different rights. They admit that these rights are closely related, and especially that both rights are components of the right to an adequate standard of living⁹⁷. However, it is also sustained that the rights to safe drinking water and sanitation have special features that warrant a distinct treatment justified by the need to address specific challenges in their implementation. It is argued that this is needed particularly in

No. 2 (E/2003/22), annex IV, and the Statement on the right to sanitation of the Committee of 19 November 2010 - *Idem*, 2011, *Supplement No. 2* (E/2011/22), annex VI.

92 General Assembly resolution 64/292 of 28 July 2010, which was pioneer in recognizing the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right, but also Resolutions 68/157 of 18 December 2013, 70/189, of 17 December 2015, and 72/178, of 19 December 2017.

93 Human Rights Council resolutions 7/22 of 28 March 2008, 12/8 of 1 October 2009, 15/9 of 30 September 2010, 16/2 of 24 March 2011, 18/1 of 28 September 2011, 21/2 of 27 September 2012, 24/18 of 27 September 2013, 27/7 of 2 October 2014, 33/10 of 29 September 2016 (this later one, uncharacteristically, was voted).

94 *E.g.*, paragraph 1 of Resolution 18/1 of the Human Rights Council, adopted on the 28th of September of 2011. Previous relevant resolutions of the Human Rights Council are, *inter alia*, resolutions 7/22 of 28 March 2008, 12/8 of 1 October 2009, 15/9 of 30 September 2010, 16/2 of 24 March 2011.

95 General Assembly resolution 72/178, of 19 December 2017 and Human Rights Council resolution 33/10 of 29 September 2016.

96 This is spelled out in very clear terms in her *Realising the Human Rights to Water and Sanitation: A Handbook by the Special Rapporteur Catarina de Albuquerque*, Lisboa, 2014, p. 19.

97 See HRC Resolution 33/10, of 29 September 2016.

regard to sanitation, that too often remains neglected, were it not to be addressed as a separate right⁹⁸.

In regard to the contents of this right or these rights, General Comment nr. 15 stated that “*The human right to water entitles everyone to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses*”. This is to be granted without discrimination. It further stated that “*An adequate amount of safe water is necessary to prevent death from dehydration, to reduce the risk of water-related disease and to provide for consumption, cooking, personal and domestic hygienic requirements*”⁹⁹.

Subsequent resolutions trail the same pathway: for instance, Human Rights Council Resolution 27/7, of the 2nd of October 2014, states that “*the human right to safe drinking water entitle(s) everyone, without discrimination, to have access to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic use*”.

In special regard to the right to sanitation, still coupled to the one of safe water or already decoupled, it is said that “*the human right to sanitation entitles everyone, without discrimination, to have physical and affordable access to sanitation, in all spheres of life, that is safe, hygienic, secure, socially and culturally acceptable and that provides privacy and ensures dignity*”¹⁰⁰.

Different UN bodies have endeavoured to determine further the implications of these conditions of “*sufficient*”, “*safe*”, “*accessible*” and “*affordable*” water/sanitation, “*without discrimination*”.

Accordingly, “*sufficient*”, sometimes also equated or designated as “*availability*”, water is deemed to be the water supply for each person which is sufficient and continuous for personal and domestic uses. These uses ordinarily include drinking, personal sanitation, washing of clothes, food preparation,

98 See Catarina de Albuquerque: “*Defining the human rights to water and sanitation as separate and distinct allows governments, civil society and other stakeholders to create standards specifically for the human right to sanitation and for its realisation. Distinguishing between these two rights also makes it easier for States and other stakeholders to understand the distinct responsibilities, obligations and roles implicit in the realisation of each of them. The situation of people who lack sanitation differs from that of people who lack water. One household’s lack of adequate, safe and hygienic sanitation can have a negative impact on the health not just of the people in that dwelling, but also on others living nearby (even where these neighbours do have access to sanitation). This means that people have a responsibility to improve their sanitation, for the sake of those around them as well as their own. One household’s lack of access to water, on the other hand, would not generally have such an impact on the health and access to water of its neighbours*”.

99 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 15*, para. 2.

100 Thus, Human Rights Council Resolution 33/10, of 29 September 2016.

personal and household hygiene¹⁰¹. According to the World Health Organization (WHO), between 50 and 100 litres of water per person per day are needed to ensure that most basic needs are met and few health concerns arise.

“*Safe*” water is the (quality of) water required for each personal or domestic use which is free from micro-organisms, chemical substances and radiological hazards that constitute a threat to a person’s health¹⁰². Measures of drinking-water safety are usually defined by national and/or local standards for drinking-water quality. The World Health Organization (WHO) Guidelines for drinking water quality provide a basis for the development of national standards that, if properly implemented, will ensure the safety of drinking water.

“*Acceptable*” water, implies that water should be of an acceptable colour, odour and taste for each personal or domestic use. All water facilities and services must be culturally appropriate and sensitive to gender, lifecycle and privacy requirements¹⁰³.

To be “*physically accessible*” means that everyone has the right to a water service that is physically accessible within, or in the immediate vicinity of the household, educational institution, workplace or health institution. According to WHO, the water source has to be within 1,000 metres of the home and collection time should not exceed 30 minutes.

The requirement of “*affordable*” calls for water and water services to be economically accessible for all. The United Nations Development Programme (UNDP) suggests that water costs should not exceed 3 per cent of household income. This does not imply that water provision be made free of charge.

Moreover, States are expected to take reasonable steps to avoid a contaminated water supply and to ensure there are no water access distinctions amongst citizens.

If one differentiates the human right to water and the human right to sanitation, then, in this latter case, the criterium of “*availability*” comes first. It seems to imply that there must be a sufficient number of sanitation facilities to ensure that all of the needs of each person are met. Where facilities are shared, long waiting times should be avoided. In addition, the collection, transport, treatment and disposal (or reuse) of human excreta, and associated hygiene must be ensured. Also, facilities to meet hygiene requirements must be available wherever there are toilets and latrines, where water is stored and where food is being prepared and

101 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), para. 12 (a).

102 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11) and CESCR, *Statement on the right to sanitation* (E/C.12/2010/1), para. 12.

103 ESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11) and CESCR, *Statement on the right to sanitation* (E/C.12/2010/1), para. 12 (b).

served, particularly for hand-washing, menstrual hygiene management and the management of children's faeces¹⁰⁴. It also requires that sanitation and hygiene facilities and services must not only be available at the household level, but in all places where people spend significant amounts of time. This includes health and educational institutions such as schools and clinics, detention centres such as prisons, and workplaces, markets and other public spaces.

"Accessibility" becomes the second requirement. It demands that water and sanitation infrastructures must be located and built in such a way that they are genuinely accessible, with consideration given to people who face specific barriers, such as children, older persons, persons with disabilities and chronically ill people. More specifically, this translates into a number of more specific requirements, particularly in regard to: the design of facilities (water and sanitation facilities must be designed in such a way that users can physically access them; for example, the pump fitted to a public well must be easy to use for older persons, children and persons with disabilities, and the location must also be within reach and accessible to all at all times); the time and distance taken to reach a sanitation facility (this factor determines the amount of water that users will collect and whether they will use sanitation facilities or resort to defecating in the open); consequently, sanitation facilities must be placed within, or in the immediate vicinity of, each household, workplace, educational and health institution, as well as any other place where people spend significant amounts of time¹⁰⁵. Access at the household level is always preferable, but, in the process of progressive realisation of this right, intermediate solutions, such as communally used water-points, may comply with human rights obligations in the short term). Physical security of users is also at stake and this implies that sanitation facilities must be easily reachable via safe paths, for what well-lighting at night contributes)¹⁰⁶.

The criteria of "quality" and "safety" of the sanitation services must be ensured to protect the health of users and the general public. From the perspective of the human right to sanitation, this implies that sanitation facilities must be safe to use and must effectively prevent human, animal and insect contact with human excreta, to ensure safety and to protect the health of users and the community. Toilets must be regularly cleaned and provide hygiene facilities for washing hands

104 Independent Expert on human rights to water and sanitation, *Human rights obligations related to sanitation*, Human Rights Council resolution 12/24 (2009), paras. 63 and 70.

105 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11) and CESCR, *Statement on the right to sanitation* (E/C.12/2010/1).

106 Independent Expert on human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation, on the human rights to water and sanitation, *Human rights obligations related to access to sanitation*, 2009 (A/HRC/12/24), paras. 73 and 75.

with soap and water. More particularly, women and girls require facilities to enable menstrual hygiene management, including the disposal of menstrual products. Ensuring safe sanitation further requires hygiene promotion and education, to ensure that people use toilets in a hygienic manner¹⁰⁷.

“*Affordability*” means that people must be able to afford to pay for their water sanitation services and associated hygiene. This means that the price paid to meet all these needs must not limit people’s capacity to buy other basic goods and services, including food, housing, health and education, guaranteed by other human rights. While services do not have to be provided free of charge, this is balanced by States having an obligation to provide free services or put adequate subsidy mechanisms in place to ensure that services always remain affordable for the poor.

The “*acceptability*” or “*dignity*” of any sanitation service implies that these services will not be used if they fail to meet the social or cultural standards of the people they are meant to serve. Acceptability has important implications for dignity and privacy, which are themselves human rights principles that permeate international human rights law and are especially relevant to the human right to sanitation and associated hygiene. Sanitation facilities will only be acceptable to users if the design, positioning and conditions of use are sensitive to people’s cultures and priorities. Sanitation facilities that are used by more than one household should always be separated by gender and constructed in such a way that they ensure privacy. Toilets for women and girls must have facilities for menstrual hygiene management and for the disposal of menstrual materials¹⁰⁸. Particularly with respect to sanitation and associated hygiene, a number of practices exist that are unacceptable from a human rights perspective. These include manual scavenging (the manual emptying of pit latrines, which is associated with specific scheduled castes in the Indian subcontinent) and the taboos attached to women and girls during menstruation. States must ensure that these practices are eliminated, which will often require a range of measures, including changes to the physical infrastructure, concerted political leadership, awareness raising and legal and policy change.

5.4. State obligations in realising the human rights to water and sanitation

Today all States have at least ratified one human rights convention which explicitly or implicitly recognizes the right, and they all have signed at least one

107 Independent Expert on human rights obligations related to sanitation, *Human rights obligations related to sanitation*, 2009 (A/HRC/12/24), para. 74.

108 Independent Expert on human rights obligations related to sanitation, *Human rights obligations related to sanitation*, 2009 (A/HRC/12/24), para. 80.

political declaration recognizing this right. Some States have even enshrined this right in their national Constitution¹⁰⁹. When incorporated in national legal frameworks, this right is articulated to other water rights within the broader body of water law.

The main responsibilities to deliver on this normative message and to ensure that people can enjoy this “*sufficient, safe, accessible and affordable water and sanitation, without discrimination*” in accordance to this human right to water and sanitation are placed primarily upon State governments.

5.4.1. Nature of State obligations

It is therefore important firstly to apprehend the nature of such State obligations: they are not limitless. On the contrary, as happens with all rights under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, a principle of progressive realisation applies and they are conditioned by maximum available resources. Indeed, in accordance with Article 2 (1) of the ICESCR, States are required to take steps to progressively realise economic, social and cultural rights. But such steps should be deliberate, concrete and targeted as clearly as possible towards meeting the obligations recognised in the Covenant¹¹⁰. States have an obligation to move as quickly and effectively as possible towards full realisation of the human rights to water and sanitation, using the maximum available resources. The failure to do so would be contrary to the obligations of States under the Covenant¹¹¹. While recognising that the full realisation of this type of human rights may take time, and that in complying with such duties, States have to balance technical, economic and political constraints¹¹², the notion of progressive realisation can not be equated with an excuse for States not to act; rather, it acknowledges that full realization is sought, albeit normally gradually achieved¹¹³. Progressive realisation requires not only an increase in the number of people with access to water and sanitation, with a view to achieving universal access, but also an improvement in the general levels of service for present and future generations¹¹⁴.

109 This is the case, for instance, of South Africa.

110 CESCR, *General Comment No. 3: The nature of States parties' obligations* (E/1991/23), para. 2.

111 OHCHR, *Austerity measures may violate human rights*: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/AusterityMeasures.aspx>.

112 CESCR, *General Comment No. 3* (E/1991/23), paras. 2 and 9.

113 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), para. 18.

114 UNGA Resolution 64/272: *The human right to water and sanitation*, 2010 (A/64/L.63/Rev.1 and Add.1), para. 2; UN-Water, *Target A: Safe drinking water, sanitation and hygiene*: <http://www.unwater.org/topics/water-in-the-post-2015-development-agenda/target-a-safe-drinking-water-sanitation-and-hygiene/en/>.

Retrogression in the enjoyment of the rights contained in the Covenant therefore frustrates the object and purpose of the treaty obligation. The Committee recognises that the resources available to States for the implementation of economic, social and cultural rights will vary with time and economic cycles. Even if resources are very limited, as during financial or economic crises, States should, as a matter of priority, seek to ensure that everyone has access to, at the very least, minimum levels of rights. States should also take measures to protect poor, marginalised and disadvantaged individuals and groups by using targeted programmes, among other approaches¹¹⁵. For the Committee, “*any deliberately retrogressive measures require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources*”¹¹⁶.

This obligation to access and use the maximum available resources includes the State’s duty to raise adequate revenues, through taxation and other mechanisms, and to seek international assistance where necessary¹¹⁷. This clause is flexible and merely acts as a safeguard, to ensure that States do not attempt to meet their international obligations with mere empty promises and half-measures.

Although the progressive realisation of economic, social and cultural rights may be a gradual and continuous process, there are also immediate obligations.

The obligation to respect, protect, and fulfill human rights in a non-discriminatory way is a duty that is immediately binding¹¹⁸. It should also be accepted that ancillary procedural obligations like the ones of a participation and accountability are of immediate application and impact the progressive realization of the more substantive measures undertaken in fulfilment of the right. The General Comment defines the States Parties’ obligations as “constant and continuing”, which means that the States a constant and uninterrupted duty to move expeditiously and effectively toward the full realization of the rights¹¹⁹. The obligation to take steps, which must be deliberate, concrete and targeted toward the full realization of the rights is also of an immediate character¹²⁰.

115 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), paras. 17, 19, 37 (f) and 41.

116 CESCR, *General Comment No. 3, The Nature of States Parties’ Obligations* (E/1991/23), para. 9.

117 *Idem*, para 13.

118 *Ibidem*, para. 10, and CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), para. 37.

119 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), para. 18.

120 Salman M.A. Salman and Siobhan McInerney-Lankford, *The Human Right to Water: Legal and Policy Dimensions*, Washington, 2004, The World Bank, p. 65.

5.4.2. Content of specific State obligations

Secondly, it is crucial to comprehend the content of the specific obligations imposed on the States, which is of a threefold type, as happens with all human rights: States must respect, protect and fulfil human rights. Some are presented as “negative” duties of the States Parties, or duties that demand their forbearance. As with other issues relating to these obligations, their contents are clarified in General Comment No.15 on the human right to water¹²¹ and the Independent Expert’s report on the right to sanitation of 2009¹²².

The obligation “*to respect*” the human rights to water and sanitation is essentially an obligation requiring that States Parties refrain from interference directly or indirectly with the enjoyment of the right to water. It means that States may not prevent people from enjoying their human rights to water and sanitation; for example, by selling land with a water source on it that is used by the local population without providing an adequate alternative, thus preventing users from continuing to access the source. Indeed, States Parties must refrain from engaging in any practice that denies or limits equal access to adequate water or sanitation, or arbitrarily interferes with customary or traditional arrangements for water allocation or sanitation, or unlawfully diminishes or pollutes water or access to sanitation facilities. This even requires that States Parties refrain from actions that limit access to or destroy water services or infrastructure as well as sanitation facilities as punitive measures. The obligations are essentially “negative” in nature, resembling those associated with civil and political rights¹²³.

The obligation “*to protect*” the human rights to water and sanitation requires that States must prevent third parties from interfering in any way with people’s enjoyment of the human rights to water and sanitation¹²⁴. This obligation includes, *inter alia*, adopting the necessary and effective legislation and other measures to restrain third parties from denying equal access to adequate water or to water sanitation facilities. Protection also requires preventing third parties, when they control or operate water services or sanitation services from compromising equal, physical access, affordable access to sufficient, safe, acceptable water and

121 CESCR, General Comment No. 15 (E/C.12/2002/11), paras. 20-29.

122 Independent Expert on human rights obligations related to sanitation, *Human rights obligations related to sanitation*, A/HRC/12/24 (2009).

123 For a discussion of the “positive/negative” rights dichotomy and the parallels and distinctions between the obligations resulting from ICESCR and those associated with those deriving from ICCPR, see Philip Alston and Gerard Quinn, “Nature and Scope of States Parties’ Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, *Human Rights Quarterly*, 1987, vol. 9, pp. 156-229 and Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, 1995, Clarendon Press.

124 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), paras. 23-24.

sanitation.

A third type of specific obligation for States Parties to the Covenant is the obligation “*to fulfill*”. General Comment nr. 15 explains that this obligation can be disaggregated into obligations to facilitate, promote, and provide¹²⁵. The obligation to facilitate requires that States take positive actions to assist individuals and communities to enjoy the rights to water and sanitation. The obligation to fulfill the human rights to water and sanitation requires States to ensure that the conditions are in place for everyone to enjoy the human rights to water and sanitation. This does not mean that the State has to provide the services directly, unless there are individuals or groups of people who cannot access their human rights through other mechanisms. The obligation to promote obliges States to take steps to ensure that there is appropriate education concerning the hygienic use of water or sanitation, protection of water sources or sanitation facilities, and methods to minimise water wastage. The obligation to provide refers to the need for States to adopt the necessary measures directed toward the full realization of the rights to water and sanitation, such as granting sufficient recognition to the rights within national, political and legal systems; adopting water and sanitation strategies, and ensuring that water and sanitation is affordable, accessible and safe for everyone.

The obligation of States to guarantee that the human rights to water and sanitation are enjoyed “*without discrimination*” pervades all these three obligations. Indeed, equality and non-discrimination¹²⁶ are the bedrock principles of human rights international law. The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) proclaims in article 1 that “*All human beings are born free and equal in dignity and rights*”, and article 2 explains that “*Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status (...)*”.

Discrimination is either *de jure* (direct), meaning that it is enshrined in laws, or *de facto* (indirect), resulting from policies or actions that are purportedly neutral, but have a discriminatory impact. Both of these forms of discrimination are prohibited, although the second can be harder to identify and address.

States are also required to ensure that individuals and groups enjoy substantive

Equality. This means that States must take active and affirmative measures to ensure that all people enjoy their full human rights and their right to equality, in

125 CESCR, *General Comment No. 15* (E/C.12/2002/11), paras. 25-29.

126 Articles 1 and 2, Universal Declaration of Human Rights (UDHR); article 2 (2), ICESCR; article 4 (1), International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR).

terms both of opportunity and of results, irrespective of their position in society.

The principles of non-discrimination and equality recognise that people face different hurdles and have different needs, whether because of inherent characteristics or as a result of discriminatory practices, and therefore require differentiated support or treatment: sometimes States parties have to take affirmative action to diminish or eliminate conditions that cause or perpetuate discrimination.

In order to reach equality of water and sanitation service provision, States must work towards eliminating existing inequalities. This requires knowledge of disparities in access, which typically exist not only between and within groups with different incomes, but also between and within rural and urban populations. There are further disparities based on gender and the exclusion of disadvantaged individuals or groups.

6. Remaining discussions

The fact that it is today undisputable that an internationally recognized human right to water and sanitation or the human rights to safe water and to sanitation has/have been added to the body of law devoted to meeting the challenges of global water scarcity and seeking to help ensure sustainable development does not imply that every important issue for the well calibrated global governance of waters has been clearly settled. Two problems in particular seem to stand out in such context, calling for further elaboration¹²⁷: the one of the transboundary effects of the human right to water and the one of the implications of treating water as an economic good and of trading water rights.

6.1. Does the human right to water hold transboundary effects?

This first issue¹²⁸ is connected with the fact that some scholars and some non-governmental organizations argue that the right to water also has a transborder or extraterritorial aspect. They argue that given the fact that water supplies naturally overlap borders, States also have a legal obligation not to act in a way that might have a negative effect on the enjoyment of human rights in other States. Even more complex and contentious is the suggestion, equally made by other Authors, that

127 This is incompatible within the confines of this article. We pledge to return to this either on a new article or on an enhanced version of the current one.

128 For some time there was a deliberate strategy of not engaging into this intricate issue: this is evidenced, for instance, by the following passage of Human Rights Council Resolution 18/1: *“Affirming the need to focus on local and national perspectives in considering the issue, leaving aside questions of international watercourse law and all transboundary water issues, ...”*.

a shortage in the quantity of water might imply that water should be transferred from one country to another¹²⁹. The issue may become even more acute in a context of uncertainty associated with climate change.

6.2. How far should one go with the economization of water?

As previously seen, the increasing scarcity of water resulting from the fact that the world population tripled while the demand for water increased six-fold is seen by many, even of an environmentalist affiliation, who are committed to exploring other ways of countering an inefficient use of water resources and environmental degradation, as justifying the association of a pricetag to water uses, the establishment of water markets, and regimes of trading water rights, even internationally. In the same vein, but with another argumentative line of thinking, are those who preach the management of water companies along economic sound thinking and even the need for privatization of water services. This line of reasoning is however opposed by those who stress the public and environmental nature of water and ask for its management to obey to rules of political accountability. The recognition of a human right to water is sometimes seen as implying the exclusion of a private sector involvement and economic reasoning in its management or the provision of water services and even requiring, in some more extreme readings, that water should be provided against no cost because the right is universal and water is essential to life.

7. Need for action

With the recognition of water as object of a self-standing human right and associated right to sanitation therein based, and the reform of international water law that has occurred over the last two decades, and which further inscribes water as a fundamental element of the overall sustainable development effort, the international community is evidencing a determination to go beyond words and truly take action, to take rights seriously. Organised in the UN, along with the global civil society, the international community has the means and mechanisms to monitor the progress of States in realizing the right to water and sanitation and to exert pressure on them and to hold them accountable. Having recognized safe and clean drinking water and sanitation as human rights, and with a new body of law which preaches environmental, participatory and inclusive decision-making and management, as well as the relevance of economic thinking, in the pursuance of the overarching goal of sustainable development, the international community

129 Stephen C. McCaffrey, "Human Right to Water: Domestic and International Implications", *Georgetown International Environmental Law Review*, 1992, n.1, p. 5.

adds pressure onto local and national authorities to deliver what is pledged in terms of water supply and clean water as well as appropriate sanitation. Tellingly, this human right to water has already been invoked in a few international (such as the Inter-American Court of Human Rights) and national (noticeably of South Africa, India) courts, as well as other adjudicative bodies¹³⁰, having thus given rise to international jurisprudence as to its content and import, which should repercute in the maturation of these international law instruments.

The time is definitely ripe for action since, according to the UN World Water Development Report, by 2050, at least one in four people is bound to live in a country affected by recurring or chronic shortages of freshwater and a sizeable portion of the Humanity still lacks appropriate improved sanitation.

130 International Centre for Settlement of Investment Disputes.

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

DO DIREITO À IMAGEM E À PALAVRA — ALGUNS ASPECTOS DE REGIME NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO*

Júlio Miguel dos Anjos

Estudante do Curso de Mestrado em Língua Portuguesa

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

Resumo: A protecção jurídico-civil do direito à imagem e do direito à palavra abrange todo um conjunto de condutas proibidas e apenas permitidas num número limitado de situações. O cenário cada vez mais normal, perante os avanços tecnológicos, é, todavia, a prática de condutas que nos dias modernos facilmente entram em violação daqueles direitos de personalidade, umas vezes despercebidas pelos respectivos titulares, outras posteriormente ratificadas amiúde pela insignificância dos danos que a violação desses direitos representa para a generalidade das pessoas na nova era da informação e da globalização. Isto não significa, contudo, pelo menos presentemente, que na falta de revisão legislativa se possa aceitar como lícitas tais condutas que vão proliferando com os progressos tecnológicos, nem tão-pouco que se possa individualizar um direito patrimonial à imagem que escape à rígida e protectora regulamentação dos direitos de personalidade.

Palavras-chave: Imagem; retrato; palavra; direito à imagem; direito à palavra; direitos de personalidade; privacidade; fotografia; filmagem; gravação.

* O presente estudo corresponde, com ligeiras adaptações, a um dos cinco relatórios apresentados no âmbito do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas em Língua Portuguesa da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

1. Nota introdutória

A abordagem do tema que nos propomos tratar justifica-se pela especial importância prática do seu estudo na nova era da informação e da globalização, caracterizada designadamente pela facilidade e discrição na captação de imagem e na gravação de som, e pela instantaneidade na divulgação do retrato desses elementos identificadores da pessoa pelo mundo afora, numa área em que relativamente pouco se tem escrito a nível interno.

Como se deixa ver pelo próprio título adoptado¹, o presente estudo não deixa de se ancorar no direito de Macau, embora isso não signifique que não se possa zarpar ocasionalmente para outros portos em busca de novas inspirações, por vezes até necessárias dada a transnacionalidade da problemática nos contornos em que se coloca no mundo hodierno. Oportunamente, dada a natureza fundamental do direito à imagem e à palavra, faremos também uma referência à sua protecção constitucional e penal no ordenamento jurídico de Macau, onde se colocam também algumas questões de relevo.

O estudo não pretende de modo algum, como é evidente, tratar exaustivamente de todos ou grande parte dos aspectos deste direito à imagem e à palavra, pois para tal seria preciso – e já temos² – uma dissertação de mestrado ou mesmo de doutoramento. Assim, a análise foca-se, por um lado, nas alterações empreendidas pelo novo Código Civil em 1999 e, por outro, na sua configuração perante os avanços tecnológicos.

2. Breve caracterização dos direitos de personalidade em geral³

Tem sido relativamente pacífico caracterizar-se os direitos de personalidade

- 1 Correspondente à epígrafe do art. 80.º do Código Civil de Macau de 1999, que marcadamente juntou o direito à palavra ao direito à imagem consagrado no art. 79.º do Código Civil português de 1966.
- 2 David de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido e Inter Vivos*, Coimbra Editora, 2009, monografia correspondente, com algumas alterações, à dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2005, que, ainda assim, se circunscreve à componente patrimonial do direito à imagem.
- 3 Sobre o regime civil dos direitos de personalidade em geral, cfr., no direito português, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas*, 2.ª edição, Almedina, 2007, pp. 43-152; Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, *Introdução, As Pessoas, Os Bens*, Coimbra Editora, 1997, pp. 63-115; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição, Almedina, 2005, pp. 38-70, e *Direito de Personalidade*, Almedina,

como o *núcleo mínimo e imprescindível de direitos subjectivos gerais, essenciais, absolutos, pessoais, intransmissíveis, geralmente indisponíveis, imprescritíveis e tendencialmente fundamentais* da esfera jurídica de *cada pessoa natural ou singular*, incidentes sobre os vários *modos de ser físicos ou morais* da sua personalidade.

São direitos subjectivos^{4 5} porque conferem ao titular o poder jurídico de livremente exigir⁶ de outrem um comportamento positivo ou negativo⁷; gerais porque são reconhecidos por lei a toda e qualquer pessoa humana nascida

2006; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 2.^a edição, Lex, 1995, pp. 187-195; Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, 1995; Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 1978, pp. 310-313; Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição por Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pp. 98-102, 207-220; Diogo Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade*, Separata do Vol. LXVI do BFDUC, 2.^a edição, 1995, e “O Direito e os direitos de personalidade”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1993, pp. 201-224; Guilherme Machado Dray, *Direitos de Personalidade, Anotações ao Código Civil e ao Código do Trabalho*, Almedina, 2006; e, no direito de Macau, Paula Correia, “Direitos de Personalidade e Novas Tecnologias: da tutela dos direitos no âmbito do ordenamento jurídico civil da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), da República Popular da China (RPC)”, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Divisão Jurídica, Faculdade de Direito de Bauru, SP, Brasil, 2009*, editada pela Instituição Toleda de Ensino; Paula Correia, “Da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos no âmbito do ordenamento jurídico-civil da RAEM”, in *A China, Macau e os Países de Língua Portuguesa, XX Encontro da Associação das Universidades de Língua Portuguesa*, Vol. II, Macau, 2010, pp. 339-353; Paulo Mota Pinto, “Os mecanismos de protecção civil da honra e a comunicação social”, in *BFDUM*, n.º 29 Especial, ano XIV, 2010, pp. 83-92; e Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, in *BFDUM*, n.º 8, ano III, 1999, pp. 89-125.

- 4 Sobre o direito subjectivo de personalidade, Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, *cit.*, pp. 53-60.
- 5 A natureza jurídica dos direitos de personalidade tem sido questão controversa, especialmente no ordenamento jurídico chinês, a propósito da sua inserção sistemática no futuro e primeiro Código Civil da República Popular da China. Cfr., na doutrina chinesa, Yao Qiuying, *Estudos de Direito de Personalidade*, China University of Political Science and Law Press, 2012, pp. 16-27. Na doutrina ocidental, cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 605-627.
- 6 Exigir mesmo, por via das várias garantias previstas na lei (art. 67.º do Código Civil), e não apenas pretender, pois, sendo imprescritíveis, não se vê como poderiam gerar obrigações naturais. No mesmo sentido, Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 608-609. Diferente é a questão da prescribibilidade do direito de indemnização que, se for em dinheiro, prescreve nos termos gerais previstos para a responsabilidade civil (art. 491.º do Código Civil), sendo, contudo, imprescritível quando tenha por objecto a reconstituição natural de direitos indisponíveis (art. 291.º, n.º 1, do Código Civil). *Idem*, pp. 465 e 467-468.
- 7 Seguindo a lição de Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, pp. 178-184. Não são direitos potestativos porquanto não conferem ao titular o poder jurídico de, por um acto livre de vontade, por si só ou integrado por um acto de uma autoridade pública, impor à contraparte a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas.

completa e com vida⁸ 9; essenciais porque o ser humano seria descaracterizado se não lhe fossem reconhecidos esses direitos¹⁰; absolutos porque se impõe a todos a observância de um dever geral de respeito¹¹, de abstenção ou acção¹²; pessoais porque ligados à personalidade e tendencialmente extrapatrimoniais¹³; intransmissíveis porque unitária e globalmente incidentes sobre a personalidade física ou moral da pessoa humana; geralmente indisponíveis porque inalienáveis¹⁴, incedíveis¹⁵ e irrenunciáveis¹⁶, dado o seu carácter essencial e inseparável, embora restringíveis dentro dos limites da lei¹⁷; imprescritíveis porque indisponíveis¹⁸ e extrapatrimoniais¹⁹; tendencialmente fundamentais porque estão ou devem estar previstos na lei fundamental e porque coincidem com o mínimo ético tutelado penalmente.

No ordenamento jurídico de Macau, a protecção dos direitos de

-
- 8 Sendo, assim, também inatos, com excepção do direito ao nome (não o direito a ter um nome, entenda-se) e, para alguns, do direito moral de autor. Cfr. Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 208, em nota.
 - 9 A protecção dos direitos dos nascituros depende do seu nascimento (art. 63.º, n.º 2; cfr., também, os n.ºs 3 e 4). Sobre a problemática, Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 156-167; Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, pp. 202-203; e Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, cit.*, pp. 104-118.
 - 10 Cfr. Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 90.
 - 11 Na feliz expressão de Paula Correia, “Direitos de Personalidade e Novas Tecnologias”, *cit.*; e Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Coimbra, 1981, p. 106.
 - 12 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 419-428.
 - 13 Por não terem, *em si mesmos*, valor pecuniário. Cfr. Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 209.
 - 14 Decorrendo daqui, também, a sua impenhorabilidade. Cfr. o art. 705.º do Código de Processo Civil (CPC) – são absolutamente impenhoráveis os direitos inalienáveis.
 - 15 Cfr. o art. 571.º, n.º 1, *a contrario* – a cessão de créditos não é possível quando o crédito esteja, pela própria natureza da prestação, ligado à pessoa do credor.
 - 16 O que pode é abster-se de exercer um determinado direito de personalidade numa situação concreta. Cfr. Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 84.
 - 17 Assim, por exemplo, quando uma pessoa permite que a sua fotografia seja lançada no comércio, não está a alienar o seu direito à imagem, antes permite apenas que, à custa desse direito, se destaquem determinadas parcelas figurativas. Cfr. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 106.
 - 18 Cfr. o art. 291.º, n.º 1, *a contrario*.
 - 19 O carácter não-patrimonial comporta vários desvios que aliás constituem parte do objecto do nosso estudo. No discurso de Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pp. 105-106, os direitos de personalidade podem ser classificados em três categorias: *não-patrimoniais em sentido forte*, *não-patrimoniais em sentido fraco* e *direitos de personalidade patrimoniais*, onde se inclui nomeadamente o direito à imagem, porque representa um valor económico, é avaliável em dinheiro e pode ser negociado no mercado.

personalidade é mais precária²⁰ na economia da Lei Básica nesta matéria²¹, que dá cobertura fundamental a um elenco limitado de direitos de personalidade, condensados num artigo, que se refere expressamente²² à dignidade humana, ao bom nome e reputação, e à reserva da intimidade da vida privada e familiar (art. 30.º), acrescido de dois outros, que preveem, respectivamente, o sigilo de correspondência (art. 32.º) e a protecção contra a discriminação (art. 25.º), estabelecendo, contudo, um vasto conjunto de liberdades fundamentais²³ (arts. 28.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º, 37.º e 38.º).

O nosso sistema adoptou um modelo aberto de previsão, permitindo a autonomização de outros direitos de personalidade a partir do direito fundante ou direito geral de personalidade²⁴ (art. 67.º do Código Civil de Macau – CC²⁵), designadamente para acautelar novas situações e aspectos da personalidade que futuramente venham a adquirir relevância jurídica²⁶. Assim, estará incluído, por exemplo²⁷, o direito ao sono ou ao repouso, muitas vezes esquecido por não se encontrar especialmente previsto, que, por hipótese, poderá obstar à realização de

20 Cfr. Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 98; e Paula Correia, “Direitos de Personalidade e Novas Tecnologias”, *cit.*.

21 Mesmo que se considere a Secção do Código Civil relativa aos direitos de personalidade como um conjunto de normas materialmente “constitucionais” (cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 619-622), não parece verosímil que a sua eventual revogação ou alteração venha a respeitar um processo legislativo mais rigoroso do que o normal, já que a regulamentação jurídica das matérias concernentes ao Código Civil e mesmo ao regime jurídico dos direitos e liberdades fundamentais previstos na Lei Básica é feita por lei da Assembleia Legislativa, conforme se estabelece no art. 6.º, als. 1) e 9), da Lei n.º 13/2009 (Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas). Cfr. também, os arts. 101.º e ss do Regimento da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, aprovado pela Resolução n.º 1/1999 e alterado pelas Resoluções n.ºs 1/2004 e 2/2009, que não preveem processos legislativos especiais para a regulamentação destas matérias.

22 A doutrina tem feito associar também a este artigo o direito à vida e o direito à integridade pessoal. Cfr. Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 98.

23 Que não constituem direitos subjectivos. Cfr., neste sentido, Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 137.

24 Cujas categorias tem sido objecto de rejeição nalguns ordenamentos jurídicos e mesmo por parte da doutrina e jurisprudência portuguesas. Cfr. Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pp. 78-80; e Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, cit.*, pp. 61-64.

25 De onde provêm os preceitos legais citados no presente texto sem menção do respectivo diploma.

26 Tendo “a elasticidade suficiente para resistir ao envelhecimento do Código e ao surgimento de novas ameaças e lesões à personalidade”, na expressão de Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, cit.*, p. 125.

27 Dado por Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 210, citando os Acs. do TRL de 2/3/1960 e do STJ de 28/4/1977, de Portugal.

obras nocturnas e determinar a sua suspensão e correspondente indemnização²⁸. O critério para identificação ou delimitação dos direitos de personalidade é o fundamento ético ou a “excepcional dignidade ética” daqueles direitos ou bens de personalidade²⁹.

3. O direito à imagem. Generalidades

O direito à imagem é o poder jurídico de controlar o destino dado à imagem ou retrato de uma pessoa nas manifestações legalmente previstas³⁰.

*A imagem é a configuração*³¹ *ou aparência exterior* de uma pessoa física³²,

-
- 28 Sem prejuízo da consagração expressa de um regime que estabeleça coordenadas concretas para o controlo do ruído ambiental, que se pode encontrar na Lei n.º 8/2014. Trata-se, em todo o caso, de um regime administrativo, que não preclui o acesso às vias judiciais, nem circunscreve este direito de personalidade à protecção conferida nesse diploma (suspensão da actividade, aplicação de multa e punição por crime de desobediência simples – arts. 12.º, 13.º, 15.º e 16.º). Aliás, pretendendo proporcionar um meio facilitado à população para reagir às agressões sonoras essencialmente em tempo nocturno, domingos e feriados, a entidade governamental competente para a fiscalização da maioria das situações (art. 11.º, n.º 1) e para a recepção de queixas é a Direcção dos Serviços de Protecção Ambiental, que não fornece um serviço de atendimento ao público precisamente nesses períodos, fora das horas de expediente, nem mesmo por linha telefónica, permitindo apenas a gravação de recados, se bem que disponham de pessoal sempre atento à entrada de novos recados, conforme nos foi confirmado pela própria Direcção de Serviços.
- 29 Assim, Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pp. 69-71, exclui a ampliação da protecção contra uma pessoa que observa dois namorados num banco dum parque público, ou quando duas pessoas disputam o mesmo lugar de autocarro.
- 30 Pois, já a protecção contra manifestações como a usurpação, a desfiguração e a contrafacção do retrato estará abrangida pelo direito geral de personalidade. Assim se decidiu em Portugal no Ac. do TC n.º 6/84, de 18 de Janeiro. Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 246, em nota, e bibliografia aí citada.
- 31 Na expressão de Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pp. 233-234.
- 32 O direito à imagem não é extensível às pessoas colectivas porquanto é inseparável da personalidade singular (art. 144.º, n.º 2). Aliás, nem existe um direito à imagem colectiva de pessoas singulares, porque tem de se referir a uma pessoa física em concreto. Cfr. Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade, cit.*, p. 73. Os direitos de imagem das pessoas colectivas são protegidos por outros institutos através de sinais distintivos próprios, como a insígnia de estabelecimento para as empresas comerciais e a marca para os produtos ou serviços dessas empresas. Assim, nada impede, por exemplo, que um grupo de quatro jovens venha a divulgar uma fotografia de uma mesa cheia de iguarias com uma barata por cima, que permita o reconhecimento do restaurante, pertencente a um hotel local de cinco estrelas, com uma estrela Michelin, mesmo que com manifesto prejuízo para a sua *imagem moral externa* (i.e. a honra, na vertente do bom nome e reputação), cuja ilicitude é afastada pela prova da verdade do facto e da prossecução de interesses legítimos de saúde pública (n.º 2 do art. 73.º), sem qualquer violação do direito à imagem *propriamente dito*, porque inexistente nas pessoas colectivas.

incluindo qualquer elemento de identificação físico-visual, ao passo que o *retrato* é a *representação visual da imagem* num determinado tempo e espaço que permita o reconhecimento ou identificação da pessoa³³, nomeadamente por meio de pintura, fotografia ou filme, segundo critérios de normalidade e razoabilidade³⁴. Embora tais representações sejam destacáveis da própria pessoa – diferindo-se nesta medida, por exemplo, do direito à vida –, o seu uso ou tratamento indevido não deixa de se repercutir directamente no titular do respectivo direito³⁵. É por isso que a lei não deixa de se referir expressa e unicamente ao retrato – e a “qualquer outro sinal visualmente identificador”, acrescentou-o o legislador de Macau – quando o *bem jurídico* protegido com esta previsão legal (art. 80.º) é a imagem em si³⁶.

Quanto aos *valores* tutelados, embora se costume associar ao direito à imagem a privacidade ou intimidade³⁷, o bom nome ou reputação³⁸, e a capacidade lucrativa da imagem³⁹, a verdade é que todos estes valores não estão necessariamente presentes nem indissociavelmente ligados ao direito à imagem⁴⁰, pois, de outra sorte, não se justificaria a sua autonomização enquanto direito de personalidade, aliás com tutela penal própria (art. 191.º do Código Penal – CP). O valor essencial e necessariamente tutelado é, pois, a *autodeterminação da pessoa sobre a sua imagem*⁴¹. Assim, pode haver violação do direito à imagem

33 Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 51-52.

34 Bastando que o sujeito retratado seja reconhecível por um número restrito de pessoas para se poder concluir pela recognoscibilidade da imagem. Cfr. Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade, cit.*, p. 73; e Oliveira Festas, *ob. cit.*, p. 52.

35 Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 234. Também assim, Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 106, quando afirma que a personalidade pode ser atingida através de representações plásticas.

36 No mesmo sentido, Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 53-54.

37 “(...) bem se compreende que as pessoas não queiram – ou possam não querer – ser reconhecidas na rua ou em qualquer local público, mercê da divulgação não autorizada da própria imagem”. Cfr. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 235.

38 Pois, segundo Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 235, a divulgação da imagem de uma pessoa estará normalmente associada a qualquer notícia ou mensagem que se pretenda transmitir. Hoje, com as tecnologias informáticas, já se poderá afirmar ultrapassada esta concepção, dado ser mais que frequente a publicação de fotografias pelo Zé-povinho em redes sociais como o Facebook, sem qualquer notícia ou mensagem associada.

39 Guilherme Machado Dray, *ob. cit.*, p. 50.

40 Embora frequentemente conexos, sendo, assim, igualmente valores *instrumentalmente* protegidos pelo direito à imagem. Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 57-59. Veja-se, a título de exemplo, o caso decidido pelo STJ de Portugal, de 14/6/2005, em que se considerou haver violação do direito à imagem e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada de Luís Figo e família na sequência da publicação não-consentida de imagens da sua vida privada numa revista.

41 No mesmo sentido, Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 55-57.

sem atentado ao direito à honra ou à reserva sobre a intimidade da vida privada⁴² e vice-versa⁴³, como nos parece ser facilmente compreensível.

4. O direito à palavra. Generalidades

Ao abrigo do Código Civil português de 1966 (CCP) colocava-se – e continua a colocar-se em Portugal – a questão de enquadrar o direito à voz na disciplina dos direitos de personalidade. Havia flutuações entre o direito à imagem e o direito à intimidade da vida privada⁴⁴, havendo também entendimentos de que, tanto por via do direito geral de personalidade, como por via do direito à imagem, por analogia, se extrapolava um direito à palavra, em moldes semelhantes àquele, pela identidade dos valores tutelados e também pela equiparação empreendida pelo Código Penal⁴⁵.

O nosso CC veio resolver a questão, estendendo ao direito à palavra o regime do direito à imagem (art. 80.º, n.º 5). O que se protege são os sons enquanto tais, não o seu conteúdo⁴⁶. Assim, o *bem jurídico* tutelado é a voz de uma pessoa, enquanto o *valor* essencial e necessariamente tutelado é a *autodeterminação da pessoa sobre a sua voz*.

Salvo ulterior especificação, todas as considerações aqui tecidas para o direito à imagem valem também para o direito à palavra.

5. Regime jurídico

5.1. As condutas proibidas

Os direitos à imagem e à palavra encontram-se regulados no art. 80.º do CC, que tentou proporcionar um aperfeiçoamento à versão do art. 79.º do Código congénere português⁴⁷. Apesar da louvável iniciativa, o legislador de Macau veio

42 O direito à imagem pode ser violado no decurso da vida pública, assim se distinguindo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Cfr. Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 213, em nota. É o caso, por exemplo, da publicação de uma fotografia tirada num lugar público, mas esgotada quase totalmente pelo retrato da pessoa, sem, no entanto, ter captado aspectos atentatórios da sua honra ou intimidade. Ver *infra*, 5.2., quanto à dispensa de consentimento.

43 Divulgando, por exemplo, informações escritas sobre a vida privada ou íntima da pessoa ou ofensivas da sua honra.

44 Cfr. Rita Amaral Cabral, *O Direito à Intimidade da Vida Privada*, Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, 1988, p. 34.

45 Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 236.

46 Assim, Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 123.

47 “No art. 80.º/1 do CCM procurou encontrar-se uma redacção que suprisse as insuficiências do CC (...)”. Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, p. 272, em nota.

trazer-nos acrescidas dificuldades interpretativas.

Com efeito, o já referido alargamento do objecto tutelado a “qualquer outro sinal visualmente identificador da pessoa” até despertou a atenção da doutrina portuguesa, questionando se o legislador estaria a abrir a possibilidade de lá se incluir a representação de *objectos* característicos que permitissem identificar uma determinada pessoa⁴⁸. A nós parece-nos que o legislador de Macau apenas quis consagrar expressamente o que a doutrina portuguesa vinha referindo como “sinais distintivos” da pessoa⁴⁹, pois, estando em causa um direito pessoal, dificilmente se compreenderia que pudesse proteger também a imagem da pessoa através de aspectos externos a ela. Assim, estão protegidos, para além dos traços faciais, qualquer parte do corpo humano (os olhos, as costas)⁵⁰, ou mesmo sinais *físicos* característicos como as tatuagens, desde que permitam a identificação da pessoa pelo seu círculo de pessoas conhecidas⁵¹, mas já não, por exemplo, um automóvel mal estacionado, cuja fotografia com divulgação da chapa de matrícula permita a sua associação ao respectivo proprietário⁵².

Por outro lado, se dermos por assente a referida distinção entre imagem e retrato, que nos parece ter toda a propriedade, não se compreenderia que o legislador de Macau tivesse suprido a lacuna aparentemente existente no art. 79.º do CCP⁵³ através da mera inclusão da referência à conduta de “captação”, pois essa insuficiência, que aliás tem sido já colmatada pela doutrina com uma interpretação teleológica e sistemática⁵⁴, se referia à captação da imagem e não do retrato. Com efeito, a questão que se colocava residia na licitude ou ilicitude da (mera) *captação da imagem* de uma pessoa, essencialmente por fotografia ou filme, na falta de proibição expressa na letra da lei⁵⁵. Assim, o legislador, ao introduzir a referência à “*captação*” do retrato, de duas uma: ou não veio resolver a questão

48 Oliveira Festas, *ob. cit.*, p. 248, entendendo pela negativa.

49 *Idem*, p. 53.

50 O que, em si, contudo, não conduzirá à identificação de uma determinada pessoa na maioria dos casos.

51 Mesmo que por alguém do círculo íntimo como o cônjuge, ou de um círculo particular, mas já não se for apenas reconhecível pelo próprio titular. Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 247-250.

52 Independentemente da protecção conferida na qualidade de dados pessoais (cfr. art. 79.º e Lei n.º 8/2005, relativa à protecção de dados pessoais).

53 Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, p. 272.

54 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 246, em nota; Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 213, em nota; e Oliveira Festas, *ob. cit.*, p. 272.

55 A questão é séria, tanto mais que em Portugal, num Ac. do TRG de 24/11/2004 (Proc. n.º 1701/04-1), se chegou a decidir que “é possível fotografar a pessoa, adquirir a sua imagem física através deste meio, sem o seu consentimento”.

que se discutia, ou partiu do pressuposto de que retrato é o mesmo que imagem⁵⁶. O facto de se ter acrescentado a referência a “qualquer outro sinal visualmente identificador da pessoa” ao lado do retrato leva-nos a crer que foi mesmo este o entendimento, o de que retrato é a imagem facial de uma pessoa, ao passo que os outros sinais serão a imagem de outras partes do corpo da pessoa. Simplesmente, se assim fosse, não se vislumbraria como é que a aparência exterior (a imagem propriamente dita) de uma pessoa, não sendo dela destacável, poderia ser exposta, divulgada ou lançada no comércio. Aliás, somos levados a sufragar o entendimento inverso, o de equiparar imagem a retrato, pois no n.º 2 do artigo, que dispensa o consentimento no seguimento do n.º 1 que fala de retrato, deliberadamente se substituiu a expressão “reprodução da imagem” do CCP por “imagem” e, no novo n.º 4, se refere à destruição de “imagens” e não das respectivas representações visuais. Assim, perante esta oscilação terminológica e conceptual, parece-nos não poder interpretar a expressão “imagem” no sentido que lhe atribuímos, tendo forçosamente de concluir que, ao abrigo do nosso regime, tal como em Portugal, são condutas ilícitas, quando praticadas sem o consentimento do visado e fora das excepções legalmente previstas, a *captação* (através de fotografia ou filme), a *exposição* (apresentação a terceiros), a *reprodução* (cópia ou multiplicação por meio de imprensa, gravura, cinematografia ou outros procedimentos), a *divulgação* (nomeadamente por via das redes sociais⁵⁷) e o *lançamento no comércio* (aproveitamento económico) do *retrato* ou *representação visual* de qualquer outro sinal identificador de uma pessoa (n.º 1). Ou seja, literalmente, quanto à captação, o que o preceito proíbe é o fotografar ou o filmar de uma fotografia, pintura ou outra representação visual de uma pessoa⁵⁸. Não sendo esta uma solução lógica nem razoável, tanto mais quanto excluiria incompreensivelmente o tipo criminal de fotografias ilícitas (art. 191.º, n.º 2, al. a), do CP)⁵⁹, há que atender à *ratio* do artigo e entender, *por maioria de razão*, que a norma visa também a captação directa e originária da imagem de uma pessoa, para chegar à conclusão lógica de que, fora as excepções, fotografar ou filmar uma pessoa carece do seu

56 Aliás, a versão chinesa emprega curiosamente o mesmo termo para imagem (que surge designadamente na epígrafe do artigo) e retrato.

57 Trata-se de um outro aditamento feito pelo nosso legislador que, segundo pensamos, pode servir designadamente para determinar a ilicitude das sucessivas “partilhas” de imagens de terceiros sem consentimento em redes como o Facebook.

58 Como sucede quando, por exemplo, por insatisfação se tira uma fotografia da cédula profissional de um taxista, onde vem retratado o seu rosto.

59 Pois, o ilícito típico consiste no “fotografar ou filmar outra pessoa”, contra a vontade e *fora dos casos permitidos pela lei*. Ora, se se entendesse literalmente que o próprio direito civil não proíbe e, portanto, permite a captação da imagem, o direito penal não teria legitimidade para intervir e nunca haveria lugar a aplicação da norma.

consentimento, já que o reconhecimento legislativo do direito à imagem se deveu em larga medida ao advento da fotografia⁶⁰. O mesmo vale para a *reprodução* directa da imagem, em relação a outras formas de representação que não sejam a fotografia e o filme, como a pintura e o desenho.

Quanto à palavra, as condutas expressamente proibidas são, nos termos do n.º 5, a captação, a reprodução e a divulgação. Pela mesma ordem de considerações, deve entender-se que o preceito proíbe, por um lado, a recolha ou captação da voz através de gravação e a reprodução da voz, e, por outro, a captação, reprodução e divulgação das representações sonoras da voz (que revestem essencialmente a forma de gravações). Embora a lei não o diga, não vemos motivo para excluir a protecção contra o lançamento no comércio das gravações de voz de uma pessoa, na rádio por exemplo, ou por meio de venda de gravações de aulas de Direito por hipótese⁶¹.

5.2. As excepções

Versando sobre as excepções, a previsão do n.º 2 compreende duas partes, uma referente a *causas relativas*, dispensando do consentimento exigido no n.º 1 quando *assim o justificarem*, por um lado, a sua notoriedade ou o cargo que desempenhe (*elementos subjectivos*) e, por outro, exigências de segurança ou de justiça e finalidades científicas, didácticas ou culturais (*elementos finalísticos*), outra atinente a *causas absolutas*, dispensando do consentimento quando a imagem estiver enquadrada na de lugares públicos ou na de factos de interesse público ou que hajam decorrido publicamente (*elementos objectivos*). Trata-se, em qualquer das situações, de conceitos indeterminados, a concretizar casuisticamente, segundo o prudente arbítrio do julgador⁶². Daí a importância do estudo da jurisprudência

60 Em meados do século XIX. Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 27-45, e bibliografia citada.

61 Já não nos parece estar incluída a simples audição da palavra por meio de escutas artificiais como a escuta telefónica, como entende Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 123, porquanto a violação do direito à imagem ou à palavra pressupõe uma *acção* que tenha por *objecto imediato* a imagem (ou representação) ou a voz (ou representação). Com efeito, as escutas telefónicas têm por objecto imediato a violação de telecomunicações, auscultando apenas passivamente as vozes. É que, se este acto consubstanciasse uma violação ao direito à palavra, também o seria a auscultação oculta de conversas de forma natural. Num caso e noutro, os efeitos e os danos são os mesmos – a audição da voz e do conteúdo sem permissão do visado, sem qualquer registo que permita a sua futura captação, reprodução, divulgação ou outro tratamento. Em causa estará, isso sim, e para além da responsabilidade criminal, a violação do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Com efeito, nenhuma previsão acerca do direito à imagem nos permite concluir, por extensão operada pelo n.º 5 do art. 80.º, que a mera audição da voz ofende o direito à palavra, da mesma forma que a simples visualização de retratos ou da imagem de uma pessoa, mesmo que oculta, não viola o direito à imagem.

62 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª edição, 1987, p. 109.

nesta matéria⁶³.

A grande diferença, que a doutrina não tem vindo a assinalar⁶⁴, consiste na exigência, apenas para o primeiro grupo de casos, de *razões ou interesses* que justifiquem *cada uma das condutas* no caso concreto, o que implica a emissão de um *juízo de razoabilidade individualizado* à captação, exposição, reprodução, divulgação ou lançamento no comércio em função da notoriedade do visado, do cargo que desempenhe, das exigências de segurança ou de justiça ou das finalidades científicas, didácticas ou culturais⁶⁵. A protecção conferida a estas situações é maior relativamente ao segundo grupo de casos, que legitimam toda e qualquer conduta uma vez verificados os requisitos fácticos e objectivos, porque, aqui, o retrato da pessoa surge apenas *enquadrado*, a título marginal, no retrato de um lugar ou facto público, onde a pessoa sabe que a sua imagem está exposta a um maior risco de captação, ao passo que, naqueles casos, a pessoa é o centro de gravidade do retrato.

Começando pelas causas absolutas e objectivas, tem sido pacífico entender-se que, em relação à *imagem enquadrada na de lugares públicos*⁶⁶ ou *na de*

63 Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pp. 242-244, faz um bom apanhado de algumas das decisões mais representativas (bem ou mal) dos tribunais portugueses. Em Macau, contudo, não encontramos Acórdãos dos tribunais superiores que tratassem *autonomamente* do direito à imagem.

64 Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 237, e Orlando de Carvalho, *ob. cit.*, pp. 71 e 73, defendem que, mesmo para o segundo grupo de casos, só não será necessário o consentimento se houver um interesse sério e justificado, mesmo que não público, na fixação e divulgação das imagens. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 276-286, classifica as situações em moldes diferentes, agrupando as excepções relativas à pessoa e ao lugar nas *circunstâncias objectivas*, e as remanescentes nas *circunstâncias finalistas*. Guilherme Machado Dray, *ob. cit.*, p. 51, distingue a notoriedade e o cargo enquanto *elementos subjectivos* das exigências de polícia e de justiça enquanto *elementos objectivos*. Neste ponto em particular, não acompanhamos estes Autores. Cfr., também, Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pp. 240-241, que explica o sistema com base na teoria das esferas, que no caso são cinco: uma esfera pública, uma esfera individual-social, uma esfera privada, uma esfera secreta e uma esfera íntima.

65 Considerando as diferenças de redacção e de interesses tutelados, pensamos que não será exigível estabelecer necessariamente uma *relação directa* entre as condutas e o motivo de notoriedade, o cargo ou as finalidades mencionadas, tal como se exige no n.º 2 do art. 74.º, em relação à extensão da protecção da intimidade da vida privada.

66 Sobre o conceito de lugar público, podem servir de *referência* as definições de “espaços públicos”, constantes do Regulamento Geral dos Espaços Públicos (aprovado pelo REGA n.º 28/2004, art. 3.º, als. 1) e 2): Espaços públicos: as instalações públicas, bem como os lugares ou áreas pertencentes à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) ou às outras pessoas colectivas públicas da RAEM e que estão predominantemente destinados ao uso da população, nomeadamente passeios, praças, vias públicas, jardins, praias e áreas de preservação ambiental; Instalações públicas: os edifícios, suas fracções autónomas e as áreas vedadas pertencentes ou afectadas à RAEM ou às outras pessoas colectivas públicas, onde funcionam serviços públicos ou se disponibilizam equipamentos de uso colectivo, nomeadamente bibliotecas, museus,

*factos de interesse público*⁶⁷ ou *que hajam decorrido publicamente*⁶⁸, o objecto principal não é a pessoa, determinada e recognoscível, mas sim o próprio lugar ou facto público⁶⁹. Neste sentido, foi julgada ilícita, num ilustre caso decidido pelo STJ de Portugal⁷⁰, a publicação na primeira página de um jornal da fotografia de uma senhora seminua que se encontrava numa praia, sem o seu consentimento. Com efeito, se o retrato da pessoa não está enquadrado no de um lugar público a título complementar ou acessório, antes constituindo o foco principal⁷¹ no cenário do lugar público, não se vê qual o interesse a proteger na captação desta imagem ou na divulgação do respectivo retrato, em que tudo se passará como se fosse uma fotografia tirada num espaço privado. Entendemos, pois, que a *ratio* desta excepção reside na inexigibilidade prática de afastar todas as pessoas que se encontrem em lugar ou facto público quando se pretenda captar uma imagem nessas circunstâncias⁷², não podendo assim entender-se que esta excepção legitima a perseguição fotográfica de uma pessoa só pelo facto de esta se encontrar em lugar ou evento público. Pelas mesmas razões, não cabem também nesta excepção as fotografias em que, por manobra superveniente, se destaque ou amplie o retrato de uma pessoa⁷³, ou em que se transponha o retrato de uma pessoa no de lugares

galerias de exposições, pavilhões desportivos, piscinas e mini-zoos) e do Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos (Lei n.º 2/2012, art. 3.º, n.º 1, al. 1): os locais, as vias públicas, os estabelecimentos e equipamentos públicos pertencentes ou afectos à RAEM ou às outras pessoas colectivas públicas da RAEM ou cuja gestão e responsabilidade esteja a cargo destas e que estão destinados predominantemente ao uso da população).

67 *V.g.*, manifestações públicas.

68 Eventos abertos ao público mas que, por exemplo, decorram em terrenos ou lugares privados, como as conferências de imprensa.

69 Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 280-284; Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade*, *cit.*, p. 74; Orlando de Carvalho, *ob. cit.*, p. 73; e Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 122.

70 De 24/5/1989, in *BMJ*, 387, pp. 531-537.

71 Não sendo contudo fácil determinar se o foco ou objecto principal é a pessoa ou antes o lugar público, especialmente quando vêm retratadas várias pessoas, pensamos que são critérios relativamente seguros 1) a *proporção do espaço* público em relação às pessoas no quadro da fotografia ou outro retrato; e 2) o *foco* manual ou automaticamente regulado na máquina de fotografar, objectivamente apreciado na fotografia em concreto (o foco incidirá sobre a(s) pessoa(s) se o seu retrato surgir relativamente mais nítido na fotografia).

72 Não sendo, pois, exigível nem imaginável que, para registar visualmente uma manifestação histórica como a que ocorreu no dia 25 de Maio de 2014 no relvado exterior à Assembleia Legislativa, se tenha que desviar os milhares (ou, consoante as fontes, dezenas de milhares) de manifestantes para fotografar o relvado, ou obter o consentimento de cada um deles. Seria um absurdo.

73 Como sucedeu em Portugal num caso decidido pelo TRL (Proc. n.º 4737/06.2TVLSB.L1-1, de

públicos⁷⁴. Será, assim, lícita a captação de uma imagem, por exemplo, do Largo do Senado, em que marginalmente entram dezenas de pessoas, mas já não a posterior divulgação de um ou mais retratos recortados e/ou alterados a partir dessa fotografia, prática essa muito frequente nas redes sociais, apelidada na gíria inglesa-cibernética de “meme”, também usada para designar as fotografias em si.

Relativamente às causas relativas, quanto à excepção fundada na *notoriedade*⁷⁵ ou no *cargo*⁷⁶ das pessoas, tem-se entendido que o que justifica a dispensa de consentimento é um pressuposto interesse público de informação, que cede perante os interesses da intimidade da vida privada dos visados quando superiores, não podendo a conduta ser desviada para fins completamente alheios à actividade pública dos retratados ou aos interesses públicos de informação⁷⁷. Não se pode, assim, nos termos conjugados com o art. 74.º, sem consentimento, tirar ou divulgar fotografias de um actor ou futebolista de renome, apanhando-o dentro de casa no seu tempo privado, porque prevalecem os interesses da intimidade da vida privada. Já será, contudo, lícita, a divulgação de fotografias, por exemplo, de um futebolista profissional numa discoteca em pleno decorrer do campeonato, na medida em que existe e prevalece um interesse público de informação sobre se a conduta do jogador irá influenciar a sua actividade profissional pública. Também será dispensado o consentimento para a divulgação de fotografias de titulares de cargos governamentais ou políticos no âmbito das suas funções⁷⁸, porque servem, por natureza, o interesse público. Não se esqueça, contudo, que qualquer destino dado ao retrato desta categoria de pessoas deve ser justificado em relação a cada conduta, não significando que o facto de ser lícita a divulgação de uma fotografia num dado contexto legitime necessariamente a sua divulgação superveniente⁷⁹ ou

14/9/2010): “(...) não está em causa nenhuma das circunstâncias previstas pelo artº 79º, nº 2 CC, que dispensam a exigência de consentimento do visado, pois não nos parece possível encontrar numa simples campanha comercial publicitária (jamais integrável em exigências de polícia ou de justiça, finalidades científicas, didácticas ou culturais), justificação para a utilização de uma fotografia de alguém como a autora, que nem sequer assume um carácter de notoriedade, sendo ainda certo que tendo sido tal fotografia tirada num lugar público (um estádio de futebol), não é o enquadramento que dela ressalta, mas sim, a imagem humana que surge retratada (a da autora) (...) Essa fotografia foi aproveitada pela Ré, sendo ampliada e tendo sido dela retirado única e exclusivamente o rosto da autora, que apareceu sozinha e de forma destacada na campanha (...)”.

74 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 327, em nota.

75 *V.g.*, políticos, actores, artistas, desportistas de renome ou outras celebridades.

76 Público ou privado. *V.g.*, funcionários públicos ou empresários.

77 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 328, em nota, e bibliografia aí citada.

78 Quer no decurso de sessões da Assembleia Legislativa, quer quando entrevistados espontaneamente nos corredores ou em eventos públicos.

79 A artista Beyoncé chegou a pedir a remoção da Internet de algumas fotografias recorrentemente

distorcida⁸⁰. Dito isto, há contudo que reconhecer que, uma vez não devassando a vida privada nos termos do art. 74.⁸¹ nem havendo ofensas à honra nos termos do art. 73.⁸², a protecção da imagem de figuras públicas normalmente cederá perante o interesse público de informação, pois as mesmas, especialmente as celebridades, acarretam valor informativo em si e por si. Esta asserção não vale, contudo, para o aproveitamento económico (“lançamento no comércio”) de retratos de figuras públicas (nem do cidadão comum), que, segundo entendimento pacífico, *em nenhuma circunstância será justificado* sem o consentimento do visado⁸³.

Depois, será também objecto de valoração casuística a licitude do uso não-consentido de retratos por *exigências de segurança ou de justiça*, ou para *finalidades científicas, didácticas ou culturais*. Quanto às *exigências de justiça*, chama-se a atenção para os seus limites antes da acusação criminal, sendo que, mesmo depois da condenação criminal, a publicação dos retratos dependerá ainda

divulgadas, tiradas num espectáculo que deu no *Super Bowl* que, apesar de verídicas, captaram facetas menos formosas. Analisada a questão ao abrigo do nosso regime jurídico, dir-se-ia que, mesmo causando ofensa à honra da cantora, a ilicitude estaria afastada porque as fotografias eram verídicas e a sua divulgação, sem outro juízo valorativo, foi feita para realizar interesses legítimos de informação e não violava a intimidade da vida privada ou familiar (art. 73.º, n.ºs 1 e 2, *ex vi* do art. 80.º, n.º 3). Assim, apenas poderia ser considerada ilícita com fundamento na sua repetida divulgação passados anos sobre o evento, se se provar que não subsiste nenhum interesse público de informação que justifique a sua republicação.

- 80 Pelas mesmas razões apontadas na nota anterior, não será ilícita a divulgação de uma “meme” tornada célebre de Cristiano Ronaldo, tirada no decurso de um jogo do último campeonato europeu quando representava a selecção portuguesa, em que o jogador fora fotografado numa posição caracteristicamente feminina, mesmo que prejudicial para a sua honra, mas já o será se o retrato vier alterado, quer com juízos pejorativos não correspondentes à verdade (nos termos conjugados do n.º 3 do art. 80.º e do art. 73.º), quer quando inserido noutros contextos visuais que não justifiquem a sua divulgação apesar da notoriedade (nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 80.º).
- 81 O que implica o conhecimento do respectivo regime. Cfr., sobre o assunto, Paula Correia, “Da tutela dos direitos de personalidade dos residentes de Macau: da privacidade, em especial”, em *vias de publicação*; Rita Amaral Cabral, *ob. cit.*; Paulo Mota Pinto, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *BFDUC*, Vol. LXIX, 1993, pp. 479 e ss, e “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, II, Coimbra Editora, 2001, pp. 527-588.
- 82 Cfr. Paulo Mota Pinto, “Os mecanismos de protecção civil da honra e a comunicação social”, *cit.*
- 83 Cfr., no direito português, o Ac. do TRL de 28/1/1999, CJ XXIV 1, pp. 93-95, num caso em que estava em causa a divulgação de cromos de futebolistas numa publicação com fins de publicidade e finalidade lucrativa; e o Ac. do STJ de 8/11/2001, CJ/Supremo IX 3, pp. 113-115. Na doutrina, Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 277-279; Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade*, *cit.*, p. 75.

da existência de interesses de justiça, como único meio de os satisfazer⁸⁴. É, assim, que os suspeitos detidos em acções policiais têm o rosto coberto para protecção da sua imagem, honra e identidade em face dos meios de comunicação social e do público em geral, pois, uma vez detidos, não se vê quais os interesses de segurança ou justiça a proteger. Diverso será o caso dos foragidos ou infractores em fuga, cuja fotografia ou retrato desenhado, quando necessário, poderá ser divulgado para fins de investigação criminal ou cautela da população⁸⁵. Também por questões de justiça, é justificada, aliás por força de lei (arts. 448.º e 449.º do CPC; no processo-crime, cfr. os arts. 344.º e 345.º do Código de Processo Penal), a gravação de som nas salas de audiência dos tribunais, independentemente do consentimento de qualquer dos intervenientes. Será igualmente lícito, no exemplo anteriormente dado, fotografar a cédula profissional de um taxista, com o seu retrato, para efeitos de queixa contra práticas irregulares ou desleais.

Sobre as *exigências de segurança*, é de destacar o regime da videovigilância em vigor na RAEM. A videovigilância pública assegurada pelas forças e serviços de segurança da RAEM, fundada na Lei n.º 2/2012, considera-se justificada por razões de segurança e ordem públicas⁸⁶, devendo, mesmo assim, respeitar a reserva da intimidade da vida privada, bem como os demais direitos, liberdades e garantias fundamentais (art. 2.º), onde se inclui o direito à imagem, segundo ponderações de proporcionalidade (art. 4.º, al. 3)). As entidades competentes devem eliminar os registos desnecessários para a prossecução dos fins legalmente previstos (art. 6.º, n.º 2), o que está em consonância com o art. 80.º, n.º 4, do CC. As imagens e sons acidentalmente captados, em violação da lei, devem ser imediatamente destruídos (art. 7.º, n.º 5, da Lei n.º 2/2012).

Aqui, os direitos à imagem e à palavra cedem perante o interesse público por força de lei expressa⁸⁷, podendo ser fundamentadamente negado aos titulares

84 Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 122.

85 No mesmo sentido, Oliveira Festas, *ob. cit.*, p. 285, em nota.

86 Na colisão de direitos de personalidade com o poder da Administração Pública, há que ver os pesos dos valores normativos personalísticos e dos valores sociais ínsitos nas normas do poder. Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 541. Neste caso, e apenas em relação ao direito à imagem, pressupõe-se por lei a superioridade destes últimos valores.

87 Embora por lei se deva concretizar e justificar o interesse público caso a caso, na prática o que se verifica é o seguinte: o Secretário para a Segurança, usando dos poderes delegados pelo Chefe do Executivo, autoriza por despacho a instalação e utilização de sistemas de videovigilância, a pedido e com os fundamentos apresentados pelas forças ou serviços de segurança e obtido o parecer favorável do Gabinete de Protecção de Dados Pessoais (GPDP). No entanto, a sindicância deste processo é de difícil materialização, pois nem os fundamentos do pedido inicial, nem o parecer do GPDP são acedíveis pelo público, referindo-se apenas no despacho final que “O pedido foi submetido, nos termos do n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 2/2012, ao Gabinete de Protecção de Dados Pessoais (GPDP), que emitiu parecer positivo (Parecer n.º 9/P/2012/GPDP, de 2 de

o direito de eliminação dos registos e gravações quando se coloque em causa a segurança pública, direitos e liberdades de terceiros, e a normal tramitação de processo judicial (art. 27.º).

Embora os direitos à imagem e à palavra não estejam garantidos “constitucionalmente”, dificultando um eventual controlo material do conteúdo da Lei em análise, o desrespeito pelos respectivos princípios e regras⁸⁸ determina a aplicação de sanções disciplinares, administrativas e penais ao agente público responsável (art. 28.º da Lei n.º 2/2012 e arts. 30.º a 42.º da Lei n.º 8/2005).

A videovigilância em lugares privados no exercício da actividade de segurança privada, por seu turno, só é justificada pela protecção de pessoas e bens, não podendo as gravações ser disponibilizadas a quem quer que seja, salvo quando requisitadas nos termos da lei pelas autoridades judiciais e pelas forças e serviços de segurança da RAEM (art. 18.º, n.º 2, da Lei n.º 4/2007, e art. 9.º, al. 3), da Lei n.º 2/2012).

Por outro lado, a instalação de sistemas de videovigilância em lugares privados pelos respectivos proprietários ou administradores que não implique o tratamento de dados sensíveis (art. 7.º da Lei n.º 8/2005)⁸⁹ ou interconexão de dados pessoais (art. 9.º) nem sequer carece de autorização da autoridade pública,

Julho de 2012), no qual considerou que os meios a utilizar são adequados e necessários para a prossecução de relevantes finalidades de prevenção criminal e reforço da segurança, não se mostrando para o efeito excessivos”, que “O sistema de videovigilância deve ser operado em condições de elevada salvaguarda da privacidade e de segurança, dando integral cumprimento às disposições legais aplicáveis” e que “1) Apenas se permite a utilização de câmaras fixas; 2) Não é admitida a recolha e gravação de som; 3) Assegurar que as câmaras não estão direccionadas de modo a captarem, gravarem imagens ou focarem locais privados; 4) Garantir os direitos de acesso e eliminação em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 27.º da Lei n.º 2/2012; 5) Conservar as imagens apenas por 60 dias, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 21.º da Lei n.º 2/2012”. Cfr., entre muitos outros de conteúdo semelhante, o Despacho do Secretário para a Segurança n.º 106/2012.

88 Que nos parecem minimamente justificados no plano estático, mas não necessariamente na sua execução. Veja-se, por exemplo, o recente caso da câmara de videovigilância colocada no interior do balneário feminino da Piscina do Estoril, rapidamente suspensa pelo Instituto do Desporto a pedido do GDPD na sequência de várias queixas.

89 Que incluem designadamente imagens e sons da vida privada. Pelo que em causa estão essencialmente lugares de trabalho e estabelecimentos comerciais. Cfr., a este respeito, o Parecer n.º 0001/P/2015/GPDP, solicitado por um Centro (sem especificar de que natureza), que foi favorável à instalação de câmaras nas escadas de emergência, entrada principal, portas de vidro e salas polivalentes, elevadores, gabinetes, salas de visita, salas de actividade, cozinhas, varandas, terraço e paredes exteriores das varandas, e desfavorável à instalação nos quartos de dormir dos utentes e trabalhadores do Centro, chamando também a atenção para o respeito pelo princípio da proporcionalidade e para o cumprimento das medidas técnicas e organizativas para a protecção das informações.

estando apenas sujeita a notificação (arts. 21.º, 22.º e 23.º)⁹⁰.

Mais problemática é a questão da instalação de câmaras de vídeo no interior dos automóveis e direccionados para o exterior, prática que começa a vulgarizar-se, alegada e supostamente para finalidades de segurança (para identificação de potenciais agressores quando estacionados) e justiça (para efeitos de prova em caso de acidente). As autoridades públicas não têm dado resposta para a questão, ora invocando a sua incompetência por não se tratar de matéria da alçada da Lei da Protecção de Dados Pessoais⁹¹, ora se desviando à questão central⁹². Reconhece-se, de todo o modo, que “A lei já tem alguns anos e, nalguns aspectos, está desactualizada”, e que os “meios de registo de informação evoluíram muito” e o tratamento dos casos fica limitado na lei. “Por exemplo, quando se fala das câmaras nos carros, antigamente as imagens eram desfocadas mas agora não e

90 Cfr. também a Autorização n.º 01/2013 do GPDP, sobre a obrigação de notificação de forma simplificada para o tratamento de dados pessoais por sistema de videovigilância para finalidades de segurança.

91 Cfr. as respostas aos pedidos de consulta n.ºs 0247/C/2012 e 0717/C/2011: “Nos termos do n.º 2 do art. 3.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, esta mesma Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais efectuado por uma pessoa singular no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas salvo se estes dados se destinarem a uma comunicação ou difusão sistemática”; “Os “gravadores de vídeo do veículo” serão instalados na frente, traseira ou nas partes laterais do veículo, que podem captar imagens das rodovias. Se as imagens captadas contiverem qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, nos termos da alínea 1) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei da Protecção de Dados Pessoais, os respectivos dados correspondem a dados pessoais. Como tal, e em circunstâncias normais, segundo o n.º 1 do artigo 3.º dessa Lei, o tratamento dos respectivos dados está sujeito à Lei da Protecção de Dados Pessoais. Contudo, e nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da mesma Lei, se a instalação do “gravador de vídeo do veículo” for para exercer actividades exclusivamente pessoais ou domésticas e não se destinar a uma comunicação sistemática ou difusão (como por exemplo: carregar as imagens para a internet), não se aplica à Lei da Protecção de Dados Pessoais. No entanto, se o consulente detectar que a instalação ou o uso do “gravador de vídeo do veículo” viola a Lei da Protecção de Dados Pessoais, pode formalizar uma queixa ou denunciar o caso junto do GPDP”.

92 Interpelado por um deputado sobre a necessidade de autorização dos serviços públicos para a instalação das câmaras e de afixar avisos no interior ou exterior do veículo, e sobre a licitude da instalação e o valor probatório em juízo, o Governo respondeu, *ipsis verbis*, que “a instalação das câmaras de vídeo dentro de veículos não é considerada como alteração de características dos veículos nem afecta a segurança rodoviária ou de próprio veículo, assim, nos termos da Lei do Trânsito Rodoviário ou do Regulamento do Trânsito Rodoviário, a inspecção de veículos não inclui este aparelho” e que as autoridades policiais têm juntado as informações registadas pelas câmaras aos processos submetidos aos órgãos judiciais, podendo as provas obtidas servir de fundamento de ponderação do juiz na apreciação dos casos desde que não haja violação das normas dos Códigos de Processo Penal e Civil sobre a obtenção de prova. Cfr. a Resposta à interpelação escrita do deputado Mak Soi Kun, enviada a coberto do ofício da Assembleia Legislativa n.º 332/E280/V/GPAL/2016, de 20/4/2016.

também é possível guardar as localizações”⁹³. A nosso ver, é óbvio que não poderá considerar-se justificada, indistintamente, a captação de toda e qualquer imagem, muitas vezes até acompanhada de som. Independentemente da aplicação da Lei n.º 8/2005 e da necessidade de autorização da autoridade pública para a instalação das câmaras, é certo que nada as distingue de um telemóvel ou de uma máquina de fotografar ou filmar, continuamente apontados para as pessoas, só se justificando se for possível subsumir a alguma das exceções do n.º 2 do art. 80.º em relação a *cada uma das imagens ou sons* captados. Assim, dificilmente será justificada a filmagem ininterrupta da imagem de toda e qualquer pessoa que passe pelo veículo quando estacionado, a não ser que se considere a totalidade da população como potenciais agressores e que o risco seja tão elevado a ponto de justificar a filmagem durante 24 horas ao dia e sacrificar o direito à imagem de Felismino, Curriquino e Piripino, quando, no caso concreto, não mostram nenhum indício que permita invocar fundamentos de segurança. Quanto à filmagem ambulante, a captação das imagens pelas câmaras não será, em muitos casos, o único meio de satisfazer as exigências de segurança ou justiça, pois para tal existem, e sempre existiram, peritagens físico-mecânicas. Por outro lado, as imagens muitas vezes não estarão enquadradas na de lugares públicos⁹⁴, pelo que, nestes casos, também não haverá causa justificativa. Em suma, podendo embora ser lícita a captação em certos casos⁹⁵, sempre haverá outros ofensivos do direito à imagem, pelo que os utentes estarão em constante violação de direitos se mantiverem ligadas as câmaras ininterruptamente, até aprovação de lei que legitime ou regule a prática

93 Vasco Fong, coordenador do GPDP. “Em comparação com a União Europeia pode haver desactualizações, já que têm mais de 200 diplomas, por isso é que estamos a fazer um esforço para rever”. Cfr. a notícia do Ponto Final, 11/5/2016, p. 8.

94 Por exemplo, se a pessoa filmada, condutor ou transeunte, estiver muito perto da câmara, mesmo que por poucos segundos.

95 Houve, por exemplo, um caso em que se justificou até a *exposição* no telejornal (bem como nos jornais e na Internet) de imagens filmadas por um condutor, que mostravam a colisão de um automóvel num motociclo na rotunda do Cotai e a subsequente fuga do automóvel, deixando o condutor do motociclo lesionado no meio da estrada. Neste tipo de casos, por uma questão de justiça (a de identificar o agressor e de provar que a colisão de deveu a culpa sua; cfr. o art. 435.º do CPC) e por uma questão de segurança pública (de cautela contra o veículo conduzido pelo agressor em causa), o direito à imagem das pessoas envolvidas no vídeo deverá ceder perante a captação (no momento do incidente), exposição (nos meios de comunicação social, por exemplo), reprodução (a cópia digital) e divulgação (as sucessivas “partilhas” no Facebook, por exemplo) das imagens.

Ultimamente, tem sido frequente a exposição ou partilha de fotografias ou vídeos deste tipo em páginas específicas no Facebook. De novo, estas práticas só serão lícitas se houver um interesse público e sério, de segurança, justiça ou informação, para além de se dever tapar o retrato de pessoas que, não surgindo marginalmente enquadradas na fotografia, também nada têm a ver com o facto divulgado por exigências de segurança ou justiça.

em análise. Aliás, se a instalação e utilização dos sistemas de videovigilância nos espaços públicos pelas forças e serviços de segurança da RAEM (muitos precisamente pelas mesmas exigências de segurança e justiça rodoviária) tem de respeitar toda uma série de regras e seguir todo o procedimento administrativo que vimos (apesar das limitações), dificilmente se compreenderia que todo o condutor pudesse “vigilar” da forma que quisesse a movimentação rodoviária e pedestre, um bocejo no Leste e um coçar de nariz no Oeste. Não obstante tudo isto, devemos advertir que este tipo de lesões de menor monta⁹⁶ poderá vir a ser tolerado e justificado com fundamento na *adequação social* da conduta, se a própria sociedade, na sua concepção mais sensata⁹⁷, vier a aceitar este tipo de dano, em prol de interesses superiores como o da segurança e justiça rodoviária. Com efeito, a generalização e aceitação do uso deste tipo de câmaras em muitos sítios do mundo e o reconhecimento público dos seus resultados poderão torná-lo uma das “exigências da vida em comum”, impedindo a invocação do direito à imagem contra a sua captação nestes casos⁹⁸. Em sentido próximo, já se julgou nos tribunais de Macau que as câmaras de vídeo, instaladas na entrada, no circuito interno e fora de um serviço público para efeitos de segurança e de controlo em geral, constituem “meios de controlo e de segurança *normais de vida quotidiana* hoje em dia *cujo uso não ofende os direitos de personalidade e dignidade humana, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada e familiar*” (itálico nosso)⁹⁹. Quanto à gravação de som, será menos verosímil que se consiga enquadrar nas exigências de segurança ou justiça nestes casos, por ser geralmente indiferente à protecção dos veículos e da segurança das pessoas. Com efeito, a própria disciplina

96 Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade, cit.*, p. 73.

97 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 555-556, que fala na adequação social não a propósito da ilicitude, mas apenas para afastar a relevância dos prejuízos para exclusão da compensação por danos não patrimoniais.

98 Sendo marcadamente uma teoria com aplicação no direito penal, a adequação social deve valer também para o direito civil. Referindo-se ao direito geral de personalidade, Orlando Carvalho, *ob. cit.*, p. 181, recorda-nos que a lesão só será relevante se exceder os limites da adequação social.

99 Ac. do TSI de 25/2/2016, Proc. n.º 268/2009, citando também o Ac. do STJ de Portugal, de 28/09/2011, proferido no Proc. n.º 22/09.6YGLSB.S2: “a reprodução de imagens obtidas através do sistema de videovigilância instalado nas partes comuns de um prédio constituído em regime de propriedade horizontal não representa qualquer ilícito criminal, assumindo-se como um meio de prova admissível e objecto de valoração. A ponderação entre custos para a reserva da intimidade e os benefícios para a segurança tem de levar em conta o facto de as partes comuns do condomínio serem totalmente diferentes das parcelas privadas, essas sim de utilização exclusiva. Há uma necessidade de *conciliar os direitos com a realidade e as necessidades actuais da vida em sociedade*” (itálico nosso).

legal avulsa contra as gravações de som é mais rigorosa¹⁰⁰, por não serem em regra necessárias e por potenciarem maior risco de devassa da vida privada do que a captação de imagem.

Em consonância com a excepção fundada nas finalidades didácticas, mas de forma mais protectora, o art. 26.º da Lei n.º 2/2012 vem dizer que as imagens e sons recolhidos ao abrigo do sistema de videovigilância em espaços públicos “podem ser usados para efeitos estatísticos ou didácticos, desde que daí não resulte nem a identificação das pessoas nem a dos veículos ou outros bens que permitam essa identificação”. Como exemplos desta categoria de excepções podemos imaginar a captação, disponibilização ou publicação de fotografias tiradas durante o ensaio de uma orquestra para efeitos de divulgação de um concerto próximo (finalidades culturais)¹⁰¹, ou a exposição de fotografias por um professor numa aula de medicina que retratem traços faciais ou corporais de um paciente para efeitos didácticos. Repare-se que esta excepção não legitima a gravação de aulas sem o consentimento do respectivo professor, pois o aluno não prossegue finalidades didácticas ou pedagógicas propriamente ditas, antes apenas um interesse individual de aprendizagem.

Por último, tem sido extraída ainda uma excepção fundada no interesse público de informação, tradicionalmente para justificar a publicação de fotografias em notícias de imprensa ou telejornal, em relação a pessoas não abarcadas pela excepção da notoriedade ou do cargo e, como tal, mais exigente em relação ao

100 Cfr. o art. 7.º, n.º 2, da Lei n.º 2/2012, relativamente à videovigilância em espaços públicos: “É proibida a captação de sons, salvo quando seja estritamente necessária para assegurar a defesa e protecção das pessoas e bens em situações de elevado risco, nomeadamente em situação de calamidade ou catástrofe natural, ou em situação atentatória da segurança da RAEM ou do Estado”.

101 Pode ver-se também, em sentido próximo, o exemplo dado pelo GPDP na *Orientação intitulada Assuntos a observar aquando da divulgação de dados pessoais na internet*: “Um fotógrafo divulgou na sua página electrónica pessoal fotografias de um evento público, nas quais se pode visualizar nitidamente outras pessoas. No entanto, os dados foram publicados com a finalidade exclusiva de “expressão artística”, não envolvendo dados sensíveis nem de outras naturezas especiais, pelo que podem ser publicados, mesmo sem o consentimento inequívoco dos titulares dos dados e sem necessidade de prestar informação prévia aos titulares de dados, segundo as disposições sobre o direito de informação, sendo também restrito o direito de acesso do titular dos dados, que deve ser efectuado através do GPDP. No caso de os indivíduos em causa serem figuras públicas, de vez em quando, o fotógrafo coloca os nomes e estatuto social destes ao lado das obras exibidas, o tratamento pode, ainda, ser considerado, no âmbito de “expressão artística”, adequado e pertinente relativamente à sua finalidade. No entanto, caso o fotógrafo coloque, com as fotografias, número de telefone ou até número do bilhete de identidade destas individualidades, para além de ficar excluído das garantias acima referidas, considera-se que efectuou tratamento excessivo de dados relativamente à finalidade de “expressão artística”, podendo tal acto consubstanciar infracção, por violação do princípio da proporcionalidade.”

interesse informativo sobre as figuras públicas. É certo que o poder de divulgação de fotografias, vídeos ou gravações outrora fundamentalmente pertencente aos meios de comunicação social encontra-se hoje repartido por todo e qualquer cidadão, que facilmente e a qualquer momento poderá publicar uma fotografia a ser vista por milhões de pessoas nas redes sociais. Em todo o caso, o direito de liberdade de expressão¹⁰² não pode violar valores superiores de terceiros, como a identidade, a honra e a intimidade da vida privada¹⁰³. É este um domínio em que mais se acentuam as questões da colisão de direitos, cujo estudo remetemos para outras sedes¹⁰⁴. Sobre o valor informativo, tradicionalmente tem-se entendido que é lícito reproduzir-se a imagem de uma vítima de acidente no momento da notícia deste, mas já não mais tarde, por hipótese numa obra sobre acidentes¹⁰⁵. No entanto, e especialmente numa era em que a tecnologia permite facilmente a obscuração de certas partes de uma fotografia, há que indagar se o valor informativo justifica efectivamente a publicação do retrato e da identidade da vítima nestes casos. É que, perante uma colisão de direitos, o titular do direito predominante deve exercê-lo da forma mais moderada ou menos gravosa para o direito secundário. Assim, mesmo nos casos de predominância do direito de liberdade de imprensa de noticiar um evento de interesse público ou até um crime com repercussões públicas, os direitos à intimidade da vida privada ou à honra poderão legitimar o dever de omissão do nome ou dos demais elementos essenciais de identificação, respectivamente, do sujeito do evento ou do presumível autor do crime¹⁰⁶. Tecidas estas considerações, parece-nos que o retrato completo de

102 A liberdade de imprensa encontra-se regulada na Lei n.º 7/90/M, de 6 de Agosto (Lei de Imprensa).

103 Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, p. 537.

104 Cfr., em geral, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, V, Parte Geral, Exercício Jurídico*, 2.ª edição revista e actualizada, Almedina, 2015, pp. 411-431; e, em relação aos direitos de personalidade, Paulo Mota Pinto, “Os mecanismos de protecção civil da honra e a comunicação social”, *cit.*, 2. O problema da protecção do direito à honra perante a comunicação social; Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 533-552, em especial p. 542, sobre os factores aumentativos e diminutivos do peso jurídico de um direito de personalidade conflituante, e p. 540, em que se alerta para o facto de que, para além do valor da personalidade humana total, da dignidade humana essencial e valores vitais, a indispensabilidade ou a importância de certos valores patrimoniais básicos podem sobrepor-se a valores personalísticos menos prementes. Assim, os valores inerentes ao direito de propriedade sobre uma coisa que lhe é particularmente necessária poderão superiorizar-se aos valores inerentes à imagem de uma pessoa. Cfr., também, a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ao caso *von Hannover v. Germany*, de 24/6/2004, tornado um “*leading case*” em matéria de colisão entre o direito à privacidade (não especificamente o direito à imagem) e a liberdade de informação.

105 Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade*, *cit.*, p. 73, citando o caso norte-americano *Leverton v. Curtis Pub. Co.* 192F, 2d 974 (3d. cin. 1951).

106 Parafraseando Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 549-550.

uma pessoa cuja *divulgação é indiferente para a prossecução do interesse público de informação* deve, sempre que possível, ser obscurecido parcialmente com as técnicas modernas.

Estas últimas exceções fundadas em finalidades científicas, didáticas, culturais ou informativas estão tendencialmente associadas a finalidades lucrativas¹⁰⁷. Assim, como regra, o aproveitamento económico da imagem (o lançamento no comércio), sem o consentimento do titular, apenas será justificado se o fim lucrativo surgir como secundário àquelas finalidades¹⁰⁸. Não pode, pois, razoavelmente argumentar-se que prossegue finalidades primacialmente culturais, por exemplo, a utilização de fotografias de uma pessoa, célebre ou não, numa revista de moda ou na embalagem de um produto cultural típico de Macau.

Uma última nota vai para a exclusão da ilicitude penal por via deste n.º 2 do art. 80.º, que, com a extensão empreendida pelo n.º 5 ao direito à palavra, reclama uma leitura actualista do art. 191.º do CP, anterior ao CC, cujo n.º 1, referente às gravações de som, deve ser lido à semelhança do n.º 2, relativo à fotografia e filmagem: Quem, sem consentimento *e fora dos casos permitidos pela lei* (...). A mesma solução é reclamada pelo princípio da unidade do sistema jurídico (art. 30.º do CP).

5.3. A excepção às excepções (?)

Quando se circula nas redes sociais uma fotografia do Chefe do Executivo tirada num evento público, mas com um nariz de porco posteriormente apostado, haverá tantas ofensas ao direito à imagem quanto o número de vezes que a fotografia é partilhada ou utilizada, por aplicação do n.º 3 do art. 80.º, que excepciona, neste caso, a excepção do n.º 2 fundada na notoriedade da pessoa retratada, pois da publicação da fotografia resulta ofensa à honra do retratado.

A propósito do alcance desta norma, o preceito correspondente ao n.º 3 do art. 80.º tem dividido a doutrina portuguesa, uma no sentido de que a norma, com a adversativa “porém”, apenas excepciona as excepções do n.º 2¹⁰⁹, outra no sentido de que vale também para o disposto no n.º 1¹¹⁰. O problema parece ser de simples resposta entre nós, uma vez que o ordenamento português não dispõe

107 Não se esqueça, pois, que as escolas privadas, os jornais e as indústrias culturais prosseguem fins lucrativos.

108 Cfr. Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 285-286.

109 Na expressão de Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 106. No mesmo sentido, Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 255-256, em nota; Pires de Lima e Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 109; e Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 288-289.

110 Cfr. Cláudia Trabuco, “Dos contratos relativos ao direito à imagem”, *in O Direito*, ano 133, II, 2001, pp. 438 e ss.

de uma norma semelhante à do nosso art. 73.º, que, no seu n.º 4, explicita que “O direito à honra é irrenunciável e inalienável e a sua limitação voluntária não pode atingir a dignidade humana, profissional ou económica do titular”, permitindo, assim, apenas a limitação deste direito na dimensão do decoro¹¹¹. É certo, pois, que, se o legislador quis proibir a limitação voluntária do direito à honra naqueles moldes, não poderia estar a abrir as janelas para o consentimento do uso de retratos do qual resultasse ofensa à honra, sob pena de incoerência sistemática. O n.º 3 excepciona, assim, não só as exceções do n.º 2, mas também a regra do n.º 1, proibindo a exposição, reprodução, divulgação¹¹² e lançamento no comércio do retrato, mesmo que com consentimento, nos mesmos termos em que se proíbe a limitação voluntária do direito à honra¹¹³.

5.4. A norma do n.º 4 do art.º 80.º

O n.º 4 do art. 80.º estabelece que “As imagens de lugares públicos captadas para finalidades de segurança ou de justiça apenas podem ser utilizadas para estes fins, devendo ser destruídas logo que se tornem desnecessárias”¹¹⁴. Por um lado, a primeira parte da estatuição afigura-se redundante, porquanto, como vimos, as causas relativas só excepcionam a regra caso a caso por um motivo suficientemente justificador. Quer isto dizer que não podem ser usadas para outros fins as imagens e sons captados não apenas para finalidades de segurança ou de justiça, mas também para finalidades científicas, didácticas, culturais ou informativas (por via do n.º 2). A mesma solução decorre do regime estabelecido na Lei da Protecção de Dados Pessoais (art. 5.º, n.º 1, al. 2)).

Por outro lado, a previsão da norma exige a verificação da excepção das finalidades de segurança ou de justiça, mas apenas em lugares públicos. Embora o alcance da norma acabe por ser estendido à videovigilância e outras formas de captação, tratamento e difusão de sons e imagens em espaços privados (arts. 3.º, n.º 3, e 5.º, n.º 1, al. 5), da Lei n.º 8/2005), não se percebe como é que a protecção da lei civil deva ser mais fraca em lugares onde a imagem, a voz e a intimidade da vida privada são susceptíveis de ser lesados com maior danificação para a

111 *V.g.*, para a participação em filmes pornográficos. Cfr. Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 116.

112 O preceito vem redigido na versão do correspondente artigo do CCP, que incide apenas sobre a exposição, reprodução e lançamento no comércio, como vimos. Tendo o legislador macaense aumentado o elenco das condutas proibidas, deve entender-se que, na sequência dos n.ºs 1 e 2, o n.º 3 visa também a divulgação do retrato. Já a captação não parece susceptível de ofender o direito à honra, que pressupõe a divulgação a terceiros.

113 No mesmo sentido, Paula Correia, “Direitos de Personalidade e Novas Tecnologias”, *cit.*

114 A versão chinesa refere-se às “*imagens captadas em lugares públicos para finalidades (...)*”, expressão que nos parece mais acertada.

personalidade do visado. Apesar de a norma visar nitidamente a actividade de segurança pública – abarcando hoje, também, as câmaras dos automóveis – certo é que os dados captados em lugar privado para finalidades de segurança ou de justiça, por uma pessoa singular no exercício de actividades exclusivamente pessoais ou domésticas, não terão de ser destruídos, por estarem fora da previsão do n.º 4 do art. 80.º e não lhes ser aplicável o regime da Lei n.º 8/2005 (art. 3.º, n.º 2).

6. Direitos do titular

“O direito à imagem é o mais “exterior” e “público” dos direitos da pessoa (física). Dest’ arte, é o que é mais susceptível de ser ofendido”¹¹⁵. Contudo, se não vierem violados os direitos à honra ou à reserva sobre a intimidade da vida privada, na maioria dos casos não haverá grandes danos patrimoniais ou não patrimoniais a indemnizar, a não ser nas hipóteses de lançamento do retrato no comércio.

Com efeito, em relação à responsabilidade civil, enquanto um dos meios de reacção previstos no art. 67.º, exige-se a prova de todos os pressupostos nos termos gerais (arts. 477.º e ss e 556.º e ss). Nomeadamente, haverá que provar a existência de danos emergentes ou lucros cessantes e/ou danos não patrimoniais (que serão, em geral, sofrimentos, constrangimentos e desgostos morais e afectivos, complexos e frustrações de ordem psicológica, vexames e humilhações¹¹⁶). Quanto àqueles, verificar-se-ão normalmente apenas com o aproveitamento económico da imagem, cuja indemnização deverá ser calculada segundo a teoria da diferença nos termos gerais (art. 560.º, n.º 5)¹¹⁷. Em relação aos danos não patrimoniais, não são indemnizáveis os diminutos incómodos, desgostos e contrariedades (cfr. o art. 489.º, n.º 1), mas mantêm-se o dever de respeitar a personalidade alheia¹¹⁸.

115 Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade, cit.*, p. 73.

116 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 458.

117 Como se tentou demonstrar no referido Ac. do TRL, de 14/9/2010, da seguinte forma: “A Ré encomendou o Kit aludido à empresa especializada neste tipo de eventos promocionais e de marketing denominada “B” - Marketing Directo, Lda. Fazia parte dessa encomenda que, devido à falta de tempo para lançar atempadamente a campanha, a empresa “B” forneceria à Ré a imagem a imprimir na parte frontal do cartão do Kit. Por essa encomenda de Kits com a imagem em vista, a “B” cobrou o preço de €106.964,00. Destes factos pode-se inferir que, se a “B” fosse intermediária da A. era plausível que cerca de um quarto (1/4) daquele montante (€106.964,00:1/4 = €26.731,00) fosse para quem desse a cara a tão grande promoção, a nível nacional, dum dos produtos prestigiados da R.. Ora, valorando todos os parâmetros supra referidos, pensamos ser equitativa e, por isso, justa, a quantia de €12.500,00, a qual, face o teor das contra-alegações do recurso, acaba por ser aceite pela recorrida/A., apesar do pedido inicial ser de €150.000,00”.

118 Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 556.

Embora seja defensável que, tendo em conta o elemento histórico¹¹⁹, a presença de um direito de personalidade consubstancia, em si, a gravidade exigida pela norma, que aliás constitui “uma peça-chave na concretização social dos direitos de personalidade”¹²⁰, não nos parece que, atentas as concepções hodiernamente preponderantes, uma tal *conclusão automática* possa valer para o específico caso do direito à imagem, quando isoladamente violado. Haverá que provar, nos termos gerais, a existência de danos não patrimoniais, bem como a sua gravidade¹²¹. Quanto à culpa, exige-se, no mínimo, negligência consciente (quando o agente, tendo previsto a possibilidade de vir a ofender o direito à imagem do visado, actua convencido de que tal resultado não se verificará) ou inconsciente (quando o agente não previu que do acto poderia decorrer o resultado ilícito, mas objectivamente fosse de exigir que o previsse, segundo o padrão do *bonus civis*, cfr. o art. 480.º, n.º 2), casos em que poderá haver lugar à limitação da indemnização nos termos do art. 487.º¹²².

Em regra, o meio de reacção mais efectivo e útil será, para além da compensação a que haja lugar pelos danos não patrimoniais, a reconstituição natural (art. 556.º), que será a destruição dos suportes materiais e digitais dos retratos ou dos registos sonoros¹²³, excepto em caso de inexigibilidade ou

119 Ainda na 1.ª revisão ministerial do Projecto do Código Civil de 1966, rezava o artigo respeitante ao “dano não patrimonial” que “É objecto de satisfação pecuniária quando seja suficientemente grave e merecedor de protecção jurídica. Tal acontece, em especial, nos casos de lesão de direitos de personalidade (...)”. A última parte saiu do texto da lei sem justificação documentada.

120 Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, cit.*, p. 120.

121 O que se provou no referido caso do TRL: “Com a divulgação da sua foto com a cara pintada a ilustrar a referida campanha, a autora sentiu-se afectada e violada nos seus direitos e sentiu-se desgostosa, irritada, revoltada e incomodada pelos comentários que os seus colegas, amigos e familiares lhe dirigiram. A A. é uma pessoa simples, discreta e recatada”.

122 Ainda nesse caso jurisprudencial, determinou-se o seguinte: “É certo que se apurou, a este respeito, que a ré utilizou na campanha publicitária em apreço nos autos, uma fotografia do rosto da autora que lhe foi cedida pela empresa de marketing “B” e que esta empresa informou a ré que poderia utilizar a fotografia da autora sem problemas. Porém, esta factualidade não é susceptível de afastar a culpa da ré, porquanto impendia sobre a ré o dever de se assegurar que havia sido obtida a autorização da autora para a utilização da sua fotografia ou o dever de obter ela própria esta autorização. Não o tendo feito, a ré agiu negligentemente ou com mera culpa, por ter actuado com falta de cuidado, desatenção ou desleixo (...) No cálculo da indemnização também tem que ser tomado em consideração: A situação económica pública da R., tida por próspera; o benefício que esta tirou do uso irregular da imagem da A.; o facto da vítima/A. ver o seu recado e descrição ser brutalmente interrompido por uma medida de publicidade em grande escala dum produto comercializado pela R. e a que era totalmente alheia”.

123 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 463-464.

onerosidade excessiva (art. 560.º, n.º 3)¹²⁴. Simplesmente, a publicitação da imagem de alguém na Internet será praticamente impossível de remediar¹²⁵, já que a sua reprodução (um simples “clique”) e armazenamento (outro “clique”) são incontrolláveis e indetectáveis. Há, no entanto, um mínimo que se possa fazer, em Portugal já expressamente previsto¹²⁶, que é permitir o lesado interpellar o prestador de serviços (ISP) para que remova as fotografias ou vídeos em questão¹²⁷, podendo, em caso de recusa, requerer uma ordem de remoção à autoridade administrativa competente¹²⁸. Em Macau, na falta de lei, cremos que tal só será possível por decisão judicial, a título de “providências adequadas” (art. 67.º, n.º 3)¹²⁹.

124 Como será o caso da captação ilícita da imagem de uma pessoa no decurso da produção de um filme, em que não será exigível ordenar a remoção do filme do mercado.

125 Tal como também sublinha Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, p. 128.

126 Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro, que transpõe a Directriz n.º 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000.

127 Este mecanismo é, por exemplo, garantido no circuito interno (mas já extremamente abrangente) do Facebook. Cfr. *Facebook Statement of Rights and Responsibilities*: “You will not post content or take any action on Facebook that infringes or violates someone else’s rights or otherwise violates the law. We can remove any content or information you post on Facebook if we believe that it violates this Statement or our policies”; e *Reporting Photos & Videos That Violate Your Privacy Rights*: “Facebook provides people with ways to report photos and videos that they believe to be in violation of their privacy rights. We’ll remove photos and videos that you report as unauthorized if this is required by relevant privacy laws in your country, as long as the reported content involves you, your child (under 13) or another person for whom you are the legal representative or guardian. Photos or videos involving anyone else will need to be reported by the individual themselves. If you think a photo or video on Facebook should be removed because it violates your rights according to a privacy law in your country, please fill out this form. We’ll review your report and take the appropriate action based on our Terms”. Sobre o conflito de leis no âmbito do direito internacional privado, Elsa Dias Oliveira, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Almedina, 2007.

128 A própria Google chegou a ser ordenada pelo GPDP a eliminar as fotografias tiradas no âmbito do seu projecto *Street View*, embora com fundamento no tratamento ilegítimo de dados sensíveis nos termos da Lei n.º 8/2005, porque “não compete a este Gabinete avaliar se tal acto viola ou não o direito à imagem referido no art. 80.º do Código Civil de Macau”. Cfr. o caso n.º 0013/2010/IP.

129 Que, de forma pouco coerente, seguem o processo especial de tutela da personalidade, de jurisdição voluntária (art. 1210.º do CPC), ao passo que as questões de responsabilidade não conexas com a criminal seguem o processo comum de condenação. De referir que, literalmente, aquela norma processual apenas permite ao lesado intentar a acção contra o autor da ameaça ou ofensa, o que seria muito pouco eficaz, especialmente nestes casos em que releva sobretudo requerer contra o prestador de serviços ou noutros casos contra os detentores de revistas ou jornais para efeitos de apreensão e destruição. Deve, pois, entender-se que o n.º 3 do art. 67.º legitima o requerimento e o decretamento de providências também contra terceiros inocentes. Cfr., neste sentido, Pais de Vasconcelos, *ob. cit.*, pp. 134-135.

A novidade destas providências é que, para além de poderem ser antecipatórias, com o fim de evitar a consumação da ameaça, não dependem da verificação de todos os pressupostos da responsabilidade civil¹³⁰, designadamente da *culpa* do agente, tanto na ameaça como na ofensa¹³¹. Em todo o caso, a ofensa terá que ser *ilícita*, estando assim excluídas as lesões perpetradas em legítima defesa ou com consentimento¹³².

Podem, igualmente, ser requeridas providências cautelares (art. 67.º, n.º 4) que, no entanto, são dependentes da acção principal que venha a ser proposta com fundamento na lesão do direito de personalidade acautelado. Entre estas encontra-se o arrolamento (arts. 362.º e ss do CPC) de ficheiros fotográficos ou gravações, que são documentos (arts. 355.º e 361.º do CC), desde que haja justo receio do seu extravio ou dissipação, bem como a sua imediata apreensão, mesmo antes de tais registos serem publicados ou utilizados¹³³.

Por último, mas porventura mais importante neste domínio, é a tutela privada, que apenas se justifica a título excepcional e subsidiário (art. 1.º do CPC). Com efeito, os direitos de personalidade exigem muitas vezes uma tutela imediata por implicarem necessidades de defesa instantânea ou respeitarem a poderes de afirmação do indivíduo, cuja protelação os inviabiliza¹³⁴. Justifica-se o recurso a formas de justiça privada, por impossibilidade de recurso em tempo útil à justiça estadual¹³⁵. Assim, existe o direito a apagar os ficheiros, mesmo antes da divulgação, logo com a captação¹³⁶, podendo recorrer às forças policiais em caso de recusa, por suspeita da prática do crime de fotografias e gravações ilícitas.

7. Consentimento e limitação voluntária dos direitos à imagem e à palavra

O consentimento para a limitação voluntária do direito à imagem e do direito à voz pode resultar de contrato ou de acto unilateral¹³⁷, podendo

130 Neste sentido, Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 556-557.

131 Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, cit.*, p. 121.

132 Assim, Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, cit.*, p. 125.

133 Cfr. Capelo de Sousa, *ob. cit.*, pp. 487-488.

134 *Idem*, p. 452, em nota.

135 Sobre o alcance e limites dos meios de tutela privada em geral, designadamente a legítima defesa, o estado de necessidade e a acção directa, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, V, Parte Geral, Exercício Jurídico, cit.*, pp. 433-485.

136 Assim, Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 122.

137 Guilherme Machado Dray, *ob. cit.*, p. 51.

ser explícito ou tácito, desde que se possa deduzir de factos que, com toda a probabilidade, o revelem (art. 209.º, n.º 1, *in fine*)¹³⁸. Assim, se uma pessoa colocar uma fotografia na Internet, está a consentir tacitamente a sua captação e reprodução, pois sabe, ou deve saber, que este meio permite a cópia por qualquer pessoa¹³⁹, mas já não a sua republicação¹⁴⁰. Da mesma forma, se um professor denota a existência de gravadores de som em cima das mesas dos alunos e não reage, há um consentimento tácito para a gravação das suas aulas (*rectius*, da sua voz). A limitação terá de ser livre e informada¹⁴¹, não ser contrária à lei (arts. 287.º

138 *V.g.*, a pessoa que se apresenta num palco para um desfile estará a revelar, com toda a probabilidade, uma concordância a ser retratada por outrem, mas não já a sua exposição, reprodução ou lançamento no mercado. Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, cit.*, p. 237. É por esta razão que convém – e tem sido seguido – alertar o público para, quando seja o caso, a proibição de fotografia, gravação ou filmagem dos espectáculos públicos.

139 No direito estado-unidense fala-se de uma “*third party doctrine*”, segundo a qual uma pessoa que disponibiliza livremente um dado pessoal a uma terceira entidade como as plataformas cibernéticas não tem qualquer legítima expectativa de manutenção da privacidade em relação a esse dado. Em sentido próximo se decidiu no caso *Nucci v. Target Corp.*, 2015 WL 71726, pelo *Fourth District Court of Appeal of the State of Florida*.

140 Em sentido próximo, com base na Lei n.º 8/2005, mas num caso em que também o primeiro acto de publicação fora ilícito: “Um website X publicou uma série de fotografias indecentes de um indivíduo, conseqüentemente, essas fotografias difundiram-se amplamente na rede. O indivíduo B colocou também as referidas fotografias no fórum de discussão na internet, aliás, as fotografias foram carregadas de forma directa. No momento em que a vítima requereu o apuramento da sua responsabilidade de violação à Lei da Protecção de Dados Pessoais e de outras responsabilidades legais, o B alegou que os respectivos dados tinham sido espalhados na rede, pelo que teve a legitimidade para obtenção dos dados, teve também a liberdade de expressão para exprimir o ponto de vista pessoal na rede, considerou que desde que as fotografias fossem obtidas de forma legal, não devia estar sujeito a qualquer restrição, a responsabilidade de infracção à lei devia ser assumida pelo website X que foi o primeiro a divulgar, quanto à questão de poder, ou não, carregar as referidas fotografias no fórum de discussão na rede, o gestor do fórum de discussão devia tomar a respectiva responsabilidade, ele, próprio, não devia assumir qualquer responsabilidade pelo acto de reprodução das fotografias indecentes no fórum de discussão na rede. Claro que é incorrecta a lógica de o B ter-se esquivado da sua responsabilidade legal. Tal como o exemplo de podermos comprar legalmente facas de cozinha, mas, isto não significa que todos os actos de utilização dessas facas são legais, ter legalidade da origem dos dados não significa que quaisquer tratamentos posteriores são legais. Mesmo que o B obtenha os dados sensíveis da vítima sem ter violado qualquer disposição legal, já é aplicável a Lei da Protecção de Dados Pessoais ao seu tratamento dos dados reproduzidos no fórum de discussão na internet, além disso, a publicação dos dados sensíveis da vítima na situação em que não existia qualquer legitimidade, o respectivo acto violou a Lei da Protecção de Dados Pessoais (...)”. Cfr. a referida *Orientação intitulada Assuntos a observar aquando da divulgação de dados pessoais na internet*.

141 Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 407.

e 288.º), à ordem pública ou aos bons costumes¹⁴² e dizer respeito a interesses disponíveis (art. 69.º, n.º 1), estando sujeita ao princípio da especialidade do fim¹⁴³. Na dúvida, e quando se trate de um negócio ou acto jurídico gratuito, deve interpretar-se no sentido menos gravoso para o disponente, ou seja, de forma a que menos limite o direito à imagem (arts. 229.º, 1.ª parte, e 288.º). Na falta de determinação do prazo e da finalidade dos contratos sobre o retrato pessoal, a solução deverá ser a nulidade, quando nada se consiga apurar pela interpretação¹⁴⁴, pois um consentimento geral equivaleria a reconhecer a transmissibilidade do direito à imagem¹⁴⁵. Quando nulo ou ilegal, o consentimento será pertinente para efeitos de redução ou exclusão da indemnização a que teria direito o visado, por concorrência de culpa sua (art. 564.º)¹⁴⁶.

O art. 69.º, n.º 1, fala em *interesses disponíveis*. Para alguns Autores, o direito à imagem é um direito disponível, podendo ser limitado voluntariamente¹⁴⁷. Não nos parece. Por um lado, embora estando mais largamente na disponibilidade do sujeito¹⁴⁸, o direito à imagem, por força do n.º 3 do art. 80.º, apenas pode ser limitado nos mesmos moldes em que é permitida a limitação do direito à honra (art. 73.º, n.º 4, 2.ª parte). Por outro lado, é inconcebível que a disponibilidade do direito à imagem incida sobre a globalidade da imagem de forma contínua e perpétua – a não ser em regime de escravatura –, mas apenas sobre algumas parcelas dela, num determinado espaço e momento¹⁴⁹. Assim, atendendo a que a

142 Que impõe o respeito designadamente pelos códigos de ética e pelas regras de moral sexual e familiar. Cfr. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, cit.*, pp. 238-239, que entende que, mesmo nos nossos dias, são contrários aos bons costumes filmes que, associando sexo e violência, retratem actos que envolvam crianças ou que degradem a mulher. No nosso regime, como vimos, a lei permite a limitação do direito ao decoro, não sendo, assim, contrária aos bons costumes a limitação do direito à honra e do direito à imagem para participação em filmes pornográficos.

143 Assim, se um jogador de futebol cede um retrato seu para figurar no jogo electrónico FIFA 16, a empresa exploradora não poderá usar o mesmo retrato para a edição da FIFA 17 sem novo consentimento do titular.

144 Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, cit.*, p. 238.

145 Cláudia Trabuço, *ob. cit.*, p. 431.

146 Neste sentido, Carlos Mota Pinto, *ob. cit.*, p. 217.

147 Assim, Paulo Mota Pinto, “Os direitos de personalidade no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 123.

148 Leite de Campos, *Lições de Direitos de Personalidade, cit.*, p. 73.

149 Cfr., neste sentido, o Ac. do STJ de Portugal, de 25/10/05, Proc. n.º 05A2577: “O que não pode ser cedido é pois, o direito à própria imagem (se o fosse, o titular nem poderia mostrar a ninguém uma fotografia de si próprio, nomeadamente incluí-la no seu bilhete de identidade, onde acabaria por ser exibido a outrem)”.

indisponibilidade dos direitos de personalidade decorre da sua inalienabilidade e irrenunciabilidade, o direito à imagem – e o direito à palavra – continua a ser um direito indisponível em si¹⁵⁰. Sobre o que sejam então os interesses disponíveis, o próprio legislador definiu, em cada artigo, as coordenadas para a limitação voluntária de cada um dos direitos de personalidade, correspondendo, nessa precisa medida, aos interesses disponíveis¹⁵¹. O que, como é evidente, não torna disponíveis os respectivos direitos.

A propósito da desvinculação unilateral do consentimento (art. 69.º, n.º 5)¹⁵², importa referir que se tem assistido, a nível mundial, a uma mudança de paradigma quanto ao direito à imagem, fundada na prática corrente da comercialização da imagem, em direcção à individualização de um conteúdo ou bem patrimonial desse direito, ao lado da tradicional vertente pessoal ligada à dignidade da pessoa¹⁵³. Isto tem levado a que parte da doutrina portuguesa tenha vindo a defender um tratamento diverso para o aproveitamento económico da imagem¹⁵⁴. Diz-se, assim, que não há nenhuma exigência ética supra-positiva na faculdade, conferida a um jogador de futebol, de exigir dinheiro pela utilização da sua imagem e que o direito à imagem tem um âmbito tão vasto que ultrapassa o que é eticamente exigido, deixando de representar aspectos dos direitos de personalidade, para defender a irrevogabilidade destes contratos, subtraindo-os da disciplina dos direitos de

150 Assim, no mesmo Ac.: “Quer isto dizer que o direito à imagem, em si, enquanto direito de personalidade, é inalienável, mas a exploração comercial da imagem de alguém não o é, podendo ser feita pelo próprio titular desse direito directamente ou por intermédio de outrem, ou por outrem com o seu consentimento. Pelo que um contrato de cedência do próprio direito à imagem seria efectivamente nulo por contrário à ordem pública, nos termos dos arts. 81.º, n.º 1, e 280.º, n.º 2, do Cód. Civil, mas o mesmo não se passa em relação à cedência daquela exploração comercial, que a lei expressamente permite”.

151 Cfr. os arts. 70.º, n.º 2, 71.º, n.º 4, 72.º, n.º 9, 73.º, n.º 4, e 80.º, n.ºs 1 e 3.

152 É disso exemplo o caso relatado pelo GPDP na referida *Orientação intitulada Assuntos a observar aquando da divulgação de dados pessoais na internet*: “O indivíduo A obteve o consentimento do B para divulgar, na própria página electrónica pessoal, fotografias de ambos. Posteriormente, o indivíduo B retira o seu consentimento. Neste momento, caso não exista uma das outras condições de legitimidade, o indivíduo A deve eliminar, o mais rapidamente possível, as fotografias colocadas na internet, e não pode divulgá-las mais”.

153 Nos Estados Unidos da América, a distinção é feita entre o tradicional “*right to privacy*”, que inclui os direitos à imagem, à voz e som, e à reserva sobre a intimidade da vida privada, e um “*right of publicity*”, este como um “*property right*”. Cfr. Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, cit.*, pp. 85, 156-157; e, com maior desenvolvimento, Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 154-226.

154 Para Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, p. 108, o aproveitamento publicitário ou afim da imagem é objecto de prescrição própria, não tendo nada que ver com o direito de personalidade; disciplinam-se actividades patrimoniais, mesmo quando nenhuma consideração ética está em causa. No mesmo sentido, Oliveira Festas, *ob. cit.*, pp. 376-383.

personalidade e, em especial, do n.º 5 do art. 69.º, pois a revogabilidade decorre do carácter ético da situação¹⁵⁵. Há, para este sector doutrinal, um “direito moral de personalidade” e um “direito patrimonial de personalidade”, à semelhança do que sucede com o direito de autor: o direito patrimonial à imagem seria alienável em termos irrevogáveis, ao passo que, tratando-se de aspectos da dignidade humana, a pessoa não pode perder definitivamente o seu controlo, podendo a todo o tempo recuperá-lo¹⁵⁶. A nosso ver, esta distinção artificiosa não tem fundamento ao abrigo do nosso regime, a menos que se venha a individualizar legal e dogmaticamente um verdadeiro direito patrimonial à imagem fora da secção reservada aos direitos de personalidade. Se é verdade, como estes Autores indicam, que a patrimonialidade do direito à imagem decorre da própria letra da lei (“lançamento no comércio”), convém também reconhecer que a limitação voluntária e legal de todos os outros direitos de personalidade (à excepção da disposição de órgãos, por razões de ordem pública; cfr. o art. 71.º, n.º 3) pode ser – e é, as mais das vezes – comercializada. O que não retira a natureza personalíssima, por exemplo, do direito à liberdade, quando uma pessoa aceita permanecer num determinado espaço, prestando trabalho contra uma remuneração, ou do direito à honra, quando uma pessoa consente na participação num filme pornográfico mediante retribuição. O retrato não muda de natureza, nem é mais ou menos merecedor de protecção, consoante vier publicado no Facebook¹⁵⁷, num jornal, numa revista ou numa campanha publicitária. O bem jurídico protegido continua a ser, em qualquer caso, a imagem, que é um bem de personalidade. A dificuldade está, isso sim, na efectivação da revogação do consentimento¹⁵⁸, muitas vezes impraticável¹⁵⁹, para além de poder implicar custos astronómicos.

8. Considerações finais

Os direitos à imagem e à palavra são muitas vezes esquecidos pela

155 Cfr. Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, pp. 71 e 86.

156 Segundo o relato de Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, cit.*, pp. 157, 166-168, sublinhando que “a matéria dos direitos de personalidade não é de direito comercial” e que o aproveitamento económico é secundário e não pode prevalecer sobre a dignidade humana. Também para Capelo de Sousa, *ob. cit.*, p. 350, não se justifica a livre revogabilidade quando a divulgação de imagens não afectem a intimidade do ser e vida privados, não traduzam pesada ingerência ou não acarretem graves consequências.

157 Vamos assumir que não há aproveitamento económico.

158 A revogação do consentimento é um acto lícito. A responsabilidade civil de indemnizar é por actos lícitos.

159 Será praticamente impossível recolher todos os exemplares vendidos de uma determinada edição de um jornal ou todas as latas de uma bebida gasosa com o retrato de uma celebridade aposto.

dificuldade de autonomização em face do direito à honra e do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada, e também pela habitual insignificância dos danos e da correspondente indemnização quando não impliquem violação simultânea de outros direitos.

A tecnologia informática tem trazido continuamente novos desafios. Já em 1969, ainda antes do advento da Internet, alertava um Autor norte-americano: “*The computer is capable of immense social good, or monumental harm, depending upon how human beings decide to use it. Given the magnitude and significance of this new technology, a response from the national level is necessary*”¹⁶⁰.

No âmbito de um “sistema de monitorização digital da cidade” serão instaladas 1620 câmaras pela cidade. Cada vez mais automóveis estarão munidos de câmaras de vídeo. Qualquer gesto correrá o risco de ser captado pelo telemóvel de Chilichino ou Guchichino. Qualquer de nós poderá acordar, numa bela manhã, e descobrir uma fotografia ou vídeo a circular na Internet e tornar-se famoso de um dia para outro, pelo bem ou pelo mal. A proliferação dos meios de captação da imagem¹⁶¹ pode desembocar em dois caminhos opostos – o reforço da protecção ou a aceitação genérica dos danos justificada pela adequação social. Tudo dependerá da atitude a adoptar.

160 Arthur Miller, “Personal privacy in the computer age: the challenge of a new technology in an information-oriented society”, in *Michigan Law Review*, n.º 47, 1969, p. 1245.

161 “Trata-se da colocação, no domínio de cada um, dos instrumentos técnicos capazes de reduzirem o homem à condição de simples peça de um mecanismo técnico-social.” Rita Amaral Cabral, *ob. cit.*, p. 20.

THE CEPA AND THE GUANGDONG FTZ: A CRITICAL OUTLOOK*

Sat Kat I

Master Student, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: Free trade relationships are commonly concluded by two or more countries or regions via a Free Trade Agreement (FTA). In the light of the “One Country Two System” policy, Macau is treated as an inter-regional partner in the mutual beneficial trade relationship with the Mainland of China. *The Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA)* was concluded in 2003 and plays the role of the legal basis to promote and liberalize the trade between the two parties. After more than ten years’ implementation, the CEPA has been modified so many times that the framework has become too broken and inefficient for realistic trade demands. Meanwhile, the Central Government of the People Republic of China (PRC) never ceases to accelerate further to open the domestic economy through successive innovations. Hence, China continues to conclude international free trade agreements (FTAs) with a variety of countries and regions, while on the other hand, it cultivates more open domestic economic conditions through the establishments of free trade zones (FTZs). However, the establishment of the Guangdong Free Trade Zone (GDFTZ) will reframe the trade relationship between Macau and the Mainland of China. Macau’s advantage of remaining an open economy is now being threatened by the formidable competitor. Currently, there is a necessity to improve the CEPA to a more coherent, more comprehensive, more effective agreement in order to realize the mutual development as we move into a new era.

Keywords: CEPA; free trade; mutual development.

* Adapted from the graduation paper of the Master Degree in Law in International Business Law.

I. Introduction

Macau has been officially recognized as a special administrative region of the People Republic of China (PRC) since 1999.¹ As an inalienable part, the PRC gains the sovereignty of Macau, but it was granted a high degree of autonomy under the “One Country, Two System” policy. The innovative value of this policy means that for the Mainland, Hong Kong and the Macau, each has their respective legislative, administrative and jurisdictional authority, as well as different legal statuses in international relationships. Macau has benefited as free port by remaining an open economy with a flourish trade among different countries and regions for many years. The crucial core of “One Country, Two Systems” policy endows both sides with considerable freedom to develop mutually beneficial achievements. In order to achieve this, *the Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA)* was concluded in 2003 as the legal basis to promote trade liberalization. As the first inter-regional agreement, the CEPA works as a trial FTA for the ones to follow in the future, which are signed with different countries and regions.

The innovative value of the CEPA is that a sovereign country concludes an international agreement with its own subdivision. The CEPA is deemed to tie the Mainland and Macau into an alliance for the joint economic benefit. In the beginning, the CEPA exempted the goods with Macau origin from tariffs to enter into the Mainland and permitted Macau service suppliers to provide certain services on the Mainland. This crucial beginning has ploughed a stable trading way in goods and services. On the other hand, the PRC also transformed the economy into a market-driven diversification model with the help of Macau. However, the mutual benefits do not access so easily and well as predicted.

China has dramatically accelerated its economic development domestically and internationally through further steps of its “Open-Up” policy. Recently, the Mainland initiated the establishment of strategically placed domestic FTZs in Shanghai, Tianjin, Fujian and Guangdong, in order to enlarge the free trade environments in the Mainland. Because of the close geographical location, Macau carries the risk of losing the privileged advantages if the GDFTZ implements zero tariffs and open economy. Even worse, the CEPA stumbles in the space where Macau and the Mainland do not cooperate as well as predicted. It is therefore time to ameliorate the trade relationship agreement between Macau and the Mainland for their jointly development. This article debates the legal improvements to the current free trade relationship between Macau and the Mainland through an analysis of the necessity of the FTA in the first place. The description of

1 The Constitution of the People's Republic of China, Article 31, (effective on December 4, 1982).

the challenges to the CEPA releases the legal deficiencies for further mutual development in the third part. Approaches to enhancing the CEPA are suggested in the fourth part. Finally, the conclusion presents to the Government with options for making further decisions.

II. The special characteristics of the relationship between Macau and the Mainland

In the light of “One country, Two system”, the PRC concluded a FTA with its own administrative province where Macau and the Mainland legally stand as two equal parties in the free trade relationship. Macau is treated as an interregional partner rather than a province. In the meantime, the Central Government of the PRC has declined to involve Hong Kong and Macau as parts of the proposed plan for the GDFTZ. Although Macau is excluded from the GDFTZ, Macau is significantly affected as the interdependence with the GDFTZ.

The reasons why Macau is treated as an economic partner should be analyzed. First, with the regard to international law, Macau and the Mainland of China are separate members in many international legal frameworks. They are both members of the WTO. According to the Article XXIV of the GATT² and Article V of the GATS³, regional liberalization of trade is legally authorized. These therefore provide the legal bases for Macau and the Mainland to conclude FTAs. Meanwhile, from the internal law perspective, “One Country, Two Systems” endows Macau with the exercise of abundant rights, mainly of the executive, the legislature and independent judicial power, including the power of final adjudication.⁴ Macau’s legal and economic systems are totally different from the Mainland’s. Moreover, the “One Country, Two Systems” policy also enables Macau to conduct foreign affairs under the name of “Macau, China”⁵ without violating the Basic Law⁶. Therefore, both international and domestic laws establish the legal bases for Macau to conclude international agreements with the Mainland.

For these reasons, Macau and the Mainland are two individual entities in the trade relationship. Macau’s exclusion from the plan for the GDFTZ also results from other factors besides these. From the view point of social stability, it

2 GATT is the abbreviation of the General Agreement on Tariffs and Trade, (1994).

3 GATS is the abbreviation of the General Agreement on Trade in Services, (1995).

4 The Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People’s Republic of China, Art. 2, (1993).

5 The Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People’s Republic of China, Chapter VII, (1993).

6 The Basic Law is constitutional law of the Macau SAR.

would raise political risks if the GDFTZ contained Hong Kong and Macau at the first stage of the initiation of an open economy in China, since the “One country, Two systems” principle allows Macau to keep the capitalist system and the way of life as established before the handover of sovereignty for fifty years⁷. This means that China’s socialist system and policies shall not be practiced in Macau before 2049. It is impossible to conceive how two different social systems could be implemented in the same FTZ. Moreover, the “Umbrella Movement” in Hong Kong exposes the Hong Kong residents’ dissatisfaction with current policies. Such an unstable political condition in Hong Kong warns the Central Government of PRC that it is not a good time to include the SARs into the GDFTZ.

Legally speaking, the different legal systems of Guangdong province and the two SARs increase the difficulties of early practice in the FTZ. Existing laws cannot coherently settle all differences. A new legal framework would be required which should settle all the potential conflicts. It is a tough task to coordinate three different and independent legal systems into one legal framework in order to achieve free trade together, especially at the first attempt at FTZ strategy. Further, the question arises as how to balance the different international legal statuses of the Mainland, Hong Kong and Macau in the legislative system.

In this case, it is better to regard the establishment of the GDFTZ as a domestic strategy in the Mainland. PRC prudently excluded Macau from its plan at very beginning of initiating an open economy whereas it does not prohibit Macau to cooperate with the GDFTZ in joint developments. The rearrangement of the current FTA not only will achieve this goal but also will create more hopeful trade environment than if Macau and the Mainland work separately. However, the current FTA between Macau and the Mainland is the CEPA that is a fragmentary framework although it is most reliable in practice for decades. The CEPA lags behind the demands of trade prosperity.

III. The challenges to the CEPA

The Mainland of China was short of the experience for carrying free trade relationships forward when it developed its ambitions to liberalized trade. The CEPA was conceived as a pioneer agreement aimed to integrate the SARs and the Mainland together to the implement the “One County, Two Country” policy as well as to become a model for other future FTAs. Now, after years of practical implementation, the CEPA is facing abundant challenges that are the primary reasons for the disconnections between trade reality and demands.

7 The Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People’s Republic of China, Art. 5, (1993).

An overview of the CEPA shows it is more of a complex framework than comprehensive content, in the sense that it was a first legal framework with experimental features. The CEPA consists of one original agreement (Arrangement), ten additional supplements, as well as two further agreements named *The Agreement between the Mainland and Macao on Achieving Basic Liberalization of Trade in Services in Guangdong under the framework of CEPA (The Guangdong Agreement)* and *The CEPA Agreement on Trade in Services*. The Arrangement itself is so simple that need to enclose the six Annexes. First three of these together regulate the liberalization of trade in goods between Macau and the Mainland. Annexes 4 and 5 make provision for the liberalization of trade in services. Annex 6 governs Trade and Investment Facilitation. However, this is still insufficient and every year the Joint Steering Committee will generate one supplement that encloses more than one Annex in order to enrich or modify the Arrangement or its Annexes. There are currently 10 supplements with a further 15 Annexes comprising the CEPA.

The CEPA has developed a rough and tumble ad hoc structure. It is hard to use such a complex document for real business. What is worse, the CEPA still works as a framework structure rather than specific pragmatic provisions after more than ten years of practice. The endless supplements still restrain practical work instead of achieving the predicted plan. For the same reason, application of the CEPA is mainly confined to enterprises in Guangdong Province. Most trade transactions under it are concluded in the Pearl River Delta Area. However, the utilization is still low and that the lack of practical operability impedes the process of closer relationship between Macau and the Mainland. The process of fertilizing the liberalization of trade with the wider Mainland is torpid and unpredictable.

Moreover, another fatal weakness is the absence of a dispute resolution mechanism to settle practical legal conflicts which may involve not only private entities but also involve the administrative institutions from both sides. There have been disputes from first of implementation of the CEPA to the present. No one can deny the importance of the dispute resolution mechanism in any FTA. Needless to say, the CEPA derives from the WTO framework. The absence of dispute resolution mechanism implies that the Governments are trying to avoid facing these situations. They dangle the hope of “negotiation”⁸ as an ineffective solution to any disagreement between the members of the CEPA. However, only the Joint Steering Committee, rather than any other entities, has right to take part in the “negotiations”. Indeed, the Joint Steering Committee is supposed to take

8 Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA), Art. 9, (2003).
The CEPA Agreement on Trade in Service, Article 7, Section 2, (2015).

the responsibility of settling disputes.⁹ However, the Joint Steering Committee plays a political role rather than a juridical one, because there are neither dispute settlement procedure rules nor a judicial or quasi-judicial institution for solving disputes in the CEPA. Taking a step back and following the “negotiations” route to settle alleged disputes is ironic as it is hard to imagine how Macau will be treated as equal as the Mainland in negotiations since it is merely an administrative division of China. Some scholars have also argued for the application of the WTO’s dispute settlement mechanism in the CEPA, based on the fact that both of them are members of the WTO. This however is in theory only, China is never willing to sit and wait for one of its administrative subdivisions, although with the high the degree of autonomy, to file a suit against its Mother land in an international organization. Conversely, any country would naturally prefer to take action before the issue becomes international. Therefore, the absence of the dispute resolution mechanism obstructs the application of the CEPA.

The third challenge is the imperfect organization arrangement. The CEPA has an uncertain administrative institution. All the primary authority powers belong to the Joint Steering Committee that are including: “supervising the implementation of the ‘CEPA’; interpreting the provisions of the ‘CEPA’; resolving disputes that may arise during the implementation of the ‘CEPA’; drafting additions and amendments to the content of the ‘CEPA’; steering the working groups; dealing with any other affair relating to the implementation of the ‘CEPA’ ”.¹⁰ Gathering administrative, supervision, implementation and interpretation duties in one committee endangers the practical work. All the duties and functional responsibilities of FTAs should be discretely concentrated in different departments with explicit rights and obligations as well as procedures in the rules of the FTAs. Moreover, the members of the Joint Steering Committee are common senior representatives or officials who are designated by the two parties, instead of legal professionals or economic professionals who are better at dealing with the complex trade conditions and legislation. Furthermore, not all of the senior representatives or officials are able work full time for the CEPA. The majority of decisions are made in the time-limited annual meeting which cannot fulfill all the Joint Steering Committee’s responsibilities. It is obvious that a decentralized administrative management is better than having the Joint Steering Committee to administer everything. Although there are increasing demands to establish Working Groups, so far no working group has been set up under the CEPA to deal with practical work. Another type of functional organization is the Liaison Offices

9 Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA), Art. 19, Section3, (2003).

10 Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement (CEPA), Art. 19, (2003).

which have in essence no authority. This administrative management definitely cannot operate effectively and dutifully.

So far, these challenges cannot neutralize the achievement and ambitious goal of the CEPA. The CEPA has been successful in the construction of a trade liberalization platform for Macau and the Mainland. With the time flies and diverse changes, challenges are not avoided in the beginning of processing CEPA. However, after decades of practice, the challenges display the needs of the free trade agreement and the necessity of rearrangement the current CEPA structurally and substantially in order to achieve further liberalization of trade between the two sides. And it also further provides a solid legal framework for underpin the successes of the GDFTZ and the innovations in Macau.

IV. Amelioration to the CEPA

4.1 Rearrangement the CEPA

As mentioned above, the structure of the CEPA is rough and tumble. The CEPA should be facilitated, systematized and substantiated. Rearrangement of the CEPA should retain the main structure of the Arrangement but enrich the content. The Chapter I will retain the General rules of the CEPA with the purposes, principles and institutional structure. The Chapter II is about the liberalization of Trade in Goods. I suggest merging the original part and the Annexes 1,2,3 to the Arrangement, as well as all the Trade in Goods stipulations in the Supplements I to X. The clauses must be reviewed and integrated instead of being piled up. After all, there are supposed to have one solid and coherent Trade in Goods Agreement without frequent modification. For the same reason, all the lists of Macao Original Products and all schedules on Rules of Origin for Macao Goods could be renewed and amended every year, so it is perhaps better to separate these lists and schedules and to place them in an Annex. The process and principles for the enrichment and renewal of the lists should be indicated in the body of Chapter Two of the CEPA.

Chapter III concerns the liberalization of trade in services and this will be replaced by *The CEPA Agreement on Trade in Services* (signed on 28 November 2015). In this case, *The CEPA Agreement on Trade in Services* made remarkable progress integrating regulations throughout the Arrangement and related Annex 4 as well as through the long-winded references in the ten supplements. It comprehensively established a framework for the mutual development of the trade in services. First, it revoked the Articles 11 and 12 of the Chapter 4 of the Arrangement. The status of this agreement is higher than all the provisions in the CEPA trade in the service sector. If there are any conflicts between this agreement and the Arrangement, all the supplements and the Guangdong Agreement, *the CEPA Agreement on Trade in Service* prevails.

The scope and definition of the “Macau and the Mainland Trade in Services” are firstly indicated in the main agreement.¹¹ The newly specified definition and related requirements of the “Service Supplier” are set out in the Annex 3 to this agreement. It is however better to be regulated by the main body of *the CEPA Agreement on Trade in Services*. A further achievement is that this Agreement stipulates the obligations for both sides.¹² As well as the structure of this Agreement improving its accessibility, there are substantial improvements in the content. The structure of this agreement is more specific, detailed and comprehensive and it has become the most applicable agreement covering the trade in services between two sides.¹³ Therefore, the provisions in *the CEPA Agreement on Trade in Services* should remain in Chapter III because that is specific and comprehensive and that in turn greatly reduces the probability of amendment. Additionally, Chapter III needs two Annexes. The two Annexes lay out the commitments of both sides, which can be extended and improved.¹⁴ The Annex 1 retains the Mainland’s commitments allowing Macau enterprises to provide services in the Mainland in the *CEPA Agreement on Trade in Services*. The Mainland’s commitment includes one negative list and three positive lists guaranteeing Macau service suppliers are treated at least equal with the National Treatment when carrying out business. However, Macau’s commitments does not illustrate in the Annex 2. Macao’s reserved restrictive measures and further liberalization measures will be listed in this Annex after consultation between the two sides.¹⁵ Macau’s enterprises will not threaten the huge economy of the Mainland if they provide services there. On the contrary, the Macau Government cannot make decisions so easily. The Government determines circumspectly to what extent liberalization should be undertaken on the Mainland. The caution is due to the huge risk to Macau’s tiny economy of easily or rapidly being wrecked from the sensitive process of “One Country, Two Systems”. Therefore, the Annex needs enrichment sooner or later.

Chapter IV regulates the Trade and Investment Facilitation. The CEPA provides for cooperation in seven areas namely: trade and investment promotion; customs clearance facilitation; commodity inspection, inspection and quarantine of animals and plants, food safety, sanitary quarantine, certification, accreditation and standardization management; electronic business; transparency in laws and

11 The CEPA Agreement on Trade in Service, Article 2, (2015).

12 The CEPA Agreement on Trade in Service, Article 3, (2015).

13 The CEPA Agreement on Trade in Service, Article 2, (2015).

14 The CEPA Agreement on Trade in Service, Article 3, Section 4, (2015).

15 The CEPA Agreement on Trade in Service, Annex 2, Macao’s Specific Commitments on Liberalization of Trade in Services for the Mainland.

regulations; cooperation of small and medium sized enterprises, and industrial cooperation. However, all the provisions are general and lack utility. Although some cooperation in trade and investment promotion and cooperation of small and medium sized enterprises are under the light of *the CEPA Agreement between the Mainland and Macao on Achieving Basic Liberalization of Trade in Services in Guangdong*, there still are no specific common standards covering the other areas for both sides.

Chapter V should provide the dispute resolution mechanism which will be discussed below in part 4.3.

4.2. Necessity of a specific organization structure to the CEPA

The CEPA was signed by the Ministry of Commerce of the PRC and by the Secretary Office of Economy and Finance of Macau. Neither of them established an organization structure to implement the CEPA. The Joint Steering Committee centralizes all the authority of CEPA. Although the CEPA sets up the Liaison Offices and the Work Groups, all the present agreements and supplements only provide the rough outline of an organization structure.

To function efficiently, the CEPA is supposed to establish a detailed organization structure with a clear division and assignment of responsibilities. The Joint Steering Committee is the highest institution with the responsibility for supervising the implementation of the CEPA and the subordinate institutions. The Committee has the authority make decisions, concluding new agreements, modifying the CEPA, calling meetings and taking emerging measures. Furthermore, the members of the Joint Steering Committee should be not only the present members but also experts in the economy and law who should make up one of third of the Committee. The Joint Steering Committee is suggested to need permanent body rather than merely an annual meeting. The permanent body, as a subordinate institution, should handle the daily work of the Joint Steering Committee and call for meetings when it is necessary. Another subordinate institution is supposed to have an administrative institution that is supposed to have the Secretariat office, the Trade in Goods Office, the Trade in Services Office and the Investment Office. The four offices implement their duty and rights according to the CEPA. Finally, Working Groups also can be set up when necessary. For instance, when a dispute happens, a Working Group can investigate the facts and make a professional report to the Join Steering Committee. Working Groups are also needed to investigate the standards within the CEPA like origin of the goods and the service suppliers.

It is only through organized institutions that the CEPA will achieve the predicted mutual beneficial economic and trade environment.

4.3 The necessity of the dispute resolution mechanism to the CEPA

The requirement of a disputes settlement mechanism would provide practical safeguards for the implement of the CEPA. Therefore, a dispute settlement mechanism should be established as soon as possible. This is especially true since the GDFTZ finished its elementary construction, and would proactively avoid problems not only for the GDFTZ but also for the adjacent Mainland and Macau. As a legal rule, any dispute resolution mechanism should include a wide range of content such as the applicable laws, the jurisdiction and other, legal remedies, etc.

4.3.1 The jurisdiction

The parties in dispute should follow the domestic civil produce law where the CEPA does not stipulate the centralized jurisdiction of any court. Generally, in the Mainland, the cases involving foreign factors should be undertaken by the Intermediate People's Court when there are no specific provisions.¹⁶ There is no specific regulation about foreign jurisdiction in Macau, so there cases should follow the Macau Civil Produce Code. However, the jurisdiction chosen by the parties in dispute also has a priority.

In the GDFTZ, FTZ courts are set up to deal with free trade disputes related to the FTZs. Only cases that concern the free movement of goods, services and free investment into or out the FTZs can apply the relative special laws of the FTZs rather than territorial or personal doctrine. Otherwise, the outside courts have jurisdiction. Theoretically speaking, the FTZ court exercises direct jurisdiction in first instance cases. However, numerous international companies operate businesses in FTZs. According to the PRC Civil Procedure law and the Law of the Application of Law of Foreign-related Civil Relations, the FTZ court generally enable to deal the cases that involve: a) where the defendant's domicile, habitual residence, or the company's registration are located in the FTZ; b) where the subject matters involved in the case are located in the FTZ; c) where the legal factors causing the generation, change and elimination of the civil legal relationship occurs in FTZ.

Furthermore, the hypothesis challenges if there is legal arguments in international trade administrative cases. The Intermediate People's Court, or a higher court, has the first-instance jurisdiction over international trade administrative suits.¹⁷ International trade administrative cases include those

16 Supreme People's Court on the trial of administrative cases in a number of issues of international trade rules (最高人民法院关于审理国际贸易刑侦赶建若干问题的规定), Art. 3, Art. 4 and Art. 5, (2002)

17 Supreme People's Court on the trial of administrative cases in a number of issues of international trade rules (最高人民法院关于审理国际贸易刑侦赶建若干问题的规定), Art. 3, Art. 4 and Art. 5, (2002).

dealing with international trade in goods or in services, international trade related to intellectual property rights and other international trade administrative cases.¹⁸ In another word, the international trade administrative cases are outside the FTZ court's authority and legal competence. This implies therefore that the FTZ courts are deprived of the jurisdiction over international trade administrative cases. But obviously the FTZ court is most suitable for those cases. A moderate centralized jurisdiction is believed to help the stability of justiciable trials, the convenience of any dispute resolution and the enforceability of the judicial decision. The cases involving investment, trade, finance and intellectual property rights in the FTZ should be regarded as cases for the FTZ court. A centralized jurisdiction not only improves the meticulous and high quality of a trial but also is conducive to uniform standards of applying the law as well as intensively examining problems and finding solutions.

The main purpose of the jurisdiction of the FTZ court is handling all the free trade related cases. Therefore, the law must provide for the FTZ court to have the centralized jurisdiction for all relevant cases. On the other hand, the FTZ court also deserves the administrative jurisdiction over international trade, not least because the FTZ is designed to be a platform for the encouragement of international free trade and must therefore be as open as possible and as fair as possible. As an innovation of government management mechanisms, the FTZ court must ensure the special treatment of cases in the FTZ. It must also complement and improve judicial safeguards.

4.3.2 The applicable Law

At first, the FTA should clarify what law should be applied in the free trade cases that are the concerned with the free movement of trade in goods, services and related investment. The general principle in choosing the applicable law is that the international treaties and agreements have priority. However, the stipulations of the FTA between Macau and the Mainland must not be violated. Any other domestic trade laws cannot contradict them. Secondly, *Lex voluntatis* should be respect in trade transactions. If the business parties reach the agreement on the applicable law in certain cases, the appointed law should be use in that case. But the chosen law cannot violate public interests, health and security. *Lex voluntatis* is the core of commercial law. Respect for *Lex voluntatis* helps China to move towards an open economy. Especially when the FTZs open the door to more liberal trade with the world, the law cannot remain unchanged or refuse

18 Supreme People's Court on the trial of administrative cases in a number of issues of international trade rules (最高人民法院关于审理国际贸易刑侦赶建若干问题的规定), Art. 1, promulgated and shall go into effect October 1, 2002.

to make progress to accept that other laws may be chosen by entities to settle their disputes. Finally, if there are no special stipulations, then domestic law is applicable but it should follow international private law processes when the cases are engaged in international factors. Different legal provisions may be applicable to different legal cases. Which law should be applied hinges on how to determine whether the case is related to free trade or not. It is easy to understand that special legislation is needed to adapt the establishment of the FTZs with the settlement of the conflicts between free trade policy and existing law and fill the legislative vacuum. In this case, special laws may be more applicable than domestic law.

Other cases would fall under the authority of an existing legal regime just the same as would apply outside the FTZs. For instance, a traffic accident occurring in the GDFTZ has no legal characteristics involving free trade. A geographical factor alone is insufficient to entitle the FTZ court to apply the special FTZ laws.

However, not only special laws are approved for use in a FTZ. First, not all dispute points are about the trade in goods, services and related investments. The regulations covering inspections or testing of equipment, or standards for packaging, etc., are stipulated clearly in other laws. For example, the first litigant case in the SPFTZ Court: Henan Yixin Industry Co. Ltd versus Mettler Toledo International Inc., which was registered in SPFTZ, concerned a dispute over production quality in accordance with the contract. No specific law concerning the FTZ was applied throughout the whole hearing. So the applicable laws in the FTZ cases include existing laws. Most disputation occurs between equal parties. Apart from special law provisions, other disputes may be resolved in accordance with the Contract Law of the People's Republic of China, the Civil Procedure Law and the Law of the Application of Law of Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China, etc.

Furthermore, the law chosen by the parties in dispute should be supported as applicable law in certain cases. *Lex voluntatis* is the general principle of the international law.

4.3.3 The role of alternative dispute resolution

There is no denying that litigation is a time-consuming and often unprofitable measure to resolve disputes. For across regions like Macau, litigation may also be linked to other legal issues, conflicts as well as political sensitiveness. Where these are involved, international arbitration is often the ideal method of resolving the disputes.

Lex voluntatis is the cornerstone of arbitration as well as of free trade. International commercial arbitration is divided into *institutional arbitration* and *ad hoc arbitration*. The second of these is the earlier form of arbitration system, from which evolved *institutional arbitration*. *Institutional arbitration*

is compatible with stability and regularity under the legal requirements of an arbitration agreement.¹⁹ Under an international arbitration agreement the parties in dispute endow the institution with the procedural and adjudicative right over disputes. Arbitration is close to the *Lex voluntatis* because it permits the choice of applicable laws, which could be native (home state) laws, another state's laws, international laws or international treaties, etc.

Ad hoc arbitration is to be encouraged in resolving disputes. Actually, *ad hoc arbitration hearings* frequently solve disputes such as those dealing with maritime affairs, futures and metal trading cases. For instance, the London Maritime Arbitrators Association has six outstanding arbitrators who arbitrate about six to seven hundred cases every year. This number may be much more than the amount of work for some arbitration institutions in a single year. The demands of *ad hoc arbitration* explain the necessity for the arbitrators' existence. However, the Chinese legal system²⁰ does not include the *ad hoc arbitration* as an appropriate legal status. The law stipulates the arbitration agreement must determine the arbitration committee that the parties have chosen.²¹ This provision violates the *Lex voluntatis* that obviously expresses the legal attitude to the *ad hoc arbitration* in Mainland China.

Ad hoc arbitration is admitted in Macau under the law No. 29/96/M in accordance with the provisions of Macau Civil Procedural Law. It is a definite advantage that Macau can provide legal services to settle disputes in processing cross-broader business. Perhaps considerations of justice impede the development of *ad hoc arbitration*. Whereas, though arbitration does not have the level of legal effect of litigation, *ad hoc arbitration* also should be enforced. That parties are also entitled to make a choice and control all the steps of arbitration provides an assurance over procedural justice. Substantial justice could be ensured through the law because the findings of arbitration always come from law. Last but not least, litigation will always be available as a relief should arbitration fail,

Moreover, investment arbitration is a new method for both side. Investment disputes are composed of two types: one is a dispute between the investor and a host country and the second is a private investment dispute, in so far as disputes among private investors can be resolved by these ways. But the investment

19 Chu Yongchang (儲永昌), *Research of Ad Hoc Arbitration and Discussion of the Development of Arbitration Service in China* (臨時仲裁制度探析-兼論中國仲裁服務市場的開放), 100 ARBITRATION AND LAW(仲裁與法律), (2005).

20 The Arbitration Law of the People's Republic of China, Art. 31, (adopt by the 8th National People's Congress on August 31, 1994 and effective in 1995).

21 The Arbitration Law of the People's Republic of China, Art. 31, (adopt by the 8th National People's Congress on August 31, 1994 and effective in 1995).

arbitration provides an effective way to settle disputes with a host country. The Bilateral Investment Treaty²² (BIT) is the most reliable resource for solving disputes. Sovereign rights are neither exclusive to BITs nor to BIPAs²³, instead private parties are given rights and direct access to the international investment dispute resolution process.²⁴ In fact, BITs and BIPAs are structured to encourage investment dispute resolution on a bilateral, yet depoliticized private (third party arbitral) basis.²⁵ The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States²⁶ established the most important arbitration institution: the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which resolves disputes between investors and host countries.²⁷ BIT provisions granting foreign investors direct access to a dispute resolution system that allows them to challenge sovereign action directly within the ICSID forum is one of the BIT program's most significant innovations.²⁸ Until now, China has signed over 140 BITs but the provisions about mechanisms through ICSID are different from each other and use different exception terms such as: apply host country law; priority of domestic remedy; exception for major security reasons and approval and consent case by case. However, the GDFTZ will cover abandoned foreign investments, which mostly deal with government, so that the arbitration against government is one of the fundamental functions of dispute resolution mechanism in FTZ. A deep understanding of so many BITs reduces the risks of disputes and resolves relevant arguments in accordance with the relevant articles

22 Traditional BITs were signed between two sovereign states mainly concerning the scope of investment protection, investment treatment, levy and compensation, currency exchange rules, performance requirements, high-level managers' nationality, transparency policy of tariff and tax law and regulations as well as investment dispute settlement procedural provisions.

23 *BIPA is the abbreviation of Bilateral Investment Promotion and Protection Agreement.*

24 Todd S. Shenkin, *Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the Gatt: Moving Toward a Multilateral Investment Treat*, 55 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW, 583 (1993-1994).

25 Todd S. Shenkin, *Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the Gatt: Moving Toward a Multilateral Investment Treat*, 55 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW, 583 (1993-1994).

26 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States was concluded in Washington on March 18, 1965, take effect on October 14, 1966. PRC signed in July 1990.

27 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Art. 1, (1965).

28 Todd S. Shenkin, *Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the Gatt: Moving Toward a Multilateral Investment Treat*, 55 UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW, 583 (1993-1994).

in the BITS. With a general lack of practical experience of dispute settlements between private investors and host countries, Macau and the GDFTZ should first take responsibility to explore investment arbitration in practice in order to adapt to increasing number of international disputes.

Last but not least. Amiable Composition²⁹ and *ex aequo et bono* will be carried out in favor of pursuing virtual markets in dealing disputes in the future. Today an amiable composition has the power to depart from the strict application of rules of law and decide the dispute according to equitable justice and fairness.³⁰ Until now Chinese law has not yet permitted Amiable Composition to exist. The arbitration tribunal in international commercial disputes must still strictly apply, directed by the conflict rules of the applicable law in our country.³¹ However, with the dynamic views, the disputes will become more novel, more complicated and more unique in the future. If the existing law cannot solve the disputes, Amiable Composition should be implemented for free trade transaction success in the FTZs.

V. Conclusion

The relationship between Macau and Mainland is described as “Indivisible”. Joint development always stands on the top of goals to both sides. Particularly in these days, China is devoted to the trade liberalization in the Mainland. That the CEPA ties closely Macau and the Mainland in a trade is becoming more and more important. Through it, Macau expects to get a seat on the China’s fast developing train to prosperity whilst the Mainland also wants access to broader international market via Macau that has more experience of operating an open economy and more thorough infrastructure. We cannot stand aside as the Mainland initiates an open economy though the accelerating steps towards opening-up that have established the GDFTZ as it may be a threat to the open economy of Macau, but we can fix it by appropriate approaches. The CEPA is as a reliable FTA only if it is ameliorated.

The CEPA should evolve into the practical, comprehensive and applicable agreement following decades of exploration and accumulated experience.

29 The Amiable Composition tribunal should satisfy the conditions: (a) be within the legal jurisdiction in which the arbitration happens; (b) be authorized by the parties to the dispute; (c) avoid violation of the relevant national mandatory rules and public policy; (d) apply the contract; (e) consider international practices.

30 Jana Herbočzková, *Amiable composition in the International Commercial Arbitration*, (Masaryk University, Law Working Paper No.3), 1-11(2008), available at <https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/mezinaro.html>, (last visit: September 29, 2015).

31 The Arbitration Law of the People’s Republic of China, Art. 16, (adopt by the 8th National People’s Congress on August 31, 1994 and effective in 1995).

Regarding the structure of the CEPA, the general framework of the CEPA should be rearranged into six parts. First, the general regulation of the whole CEPA including: the goals, the principles, the rights and obligations of both parties and other provisions which are implemented through every section of the CEPA. The second part should establish the substantive framework for the Trade in Goods to replace the current instructional rules which are complicated and impractical to follow up. The third part should focus on the Trade in Services and can use *the CEPA Agreement on Trade in Services* as a replacement for the current part but the Macao Commitments on Liberalization of Trade in Services for the Mainland should be issued as soon as possible. The fourth part should substantially regulate the Trade and Investment Facilitation. The fifth part, the Dispute Resolutions Mechanism, would be a new division of the CEPA. The last part would be the Annexes including all the lists of Macao Origin Products for Implementation of Zero Import Tariff by the Mainland, the Mainland's Specific Commitments on Liberalization of Trade in Services for Macao, and the Macao's Specific Commitments on Liberalization of Trade in Services for the Mainland. Separating them as the Annexes from the main body of each part would enable the contents of them to be frequently modified. The main body of the CEPA should be stable and avoid modification as much as possible in order to maximize the predictable practical effect. Changing the annual supplements into renewals or amendments of the Annexes would help the application of the CEPA.

Beside rearrangement of the structure of the CEPA, the institutional structure also needs to be established. On the one hand, the Joint Steering Committee should delegate the administrative, investigative and implementing authority to the appropriate subordinate department. On the other hand, the Joint Steering Committee is still the senior authority for the CEPA and needs to be responsible for the supervision, decision-making and regulations. Such a hierarchical organization with separate functions would increase the efficiency, operability and transparency.

Last but not least, it is important and necessary to establish a dispute resolutions mechanism in the trade relationship between Macau and the Mainland. Disputes are inevitable in practical trade transactions. Providing legal remedies is a necessary part of any FTA. Considering the special relationship between Macau and the Mainland, arbitration is probably the most dependable and efficient way to settle specific real disputes rather than general negotiation in an annual meeting. In these circumstances, the CEPA should establish rules for the application of arbitration. In case arbitration cannot resolve the dispute, a law suit may be unavoidable and appropriate regulations for this also need to be set up.

All in all, the above suggestions are made not only to cover current urgent requirements but also for the long-term benefit of the joint development of Macau and the Mainland of China.

Bibliography

Arbitration Law of the People's Republic of China, (adopt by the 8th National People's Congress on August 31, 1994 and effective in 1995).

Basic Law of the Macau Special Administrative Region of the People's Republic of China, (1993).

CEPA Agreement on Trade in Service, (2015).

Chu Yongchang (儲永昌), *Research of Ad Hoc Arbitration and Discussion of the Development of Arbitration Service in China* (臨時仲裁制度探析-兼論中國仲裁服務市場的開放), 100 *ARBITRATION AND LAW*(仲裁與法律), (2005).

Constitution of the People's Republic of China, Article 31, (effective on December 4, 1982).

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Art. 1, (1965).

Herboczková, Jana, *Amiable composition in the International Commercial Arbitration*, (Masaryk University, Law Working Paper No.3), 1-11(2008), available at <https://www.law.muni.cz/sborniky/cofola2008/files/mezinaro.html> , (last visit: September 29, 2015).

Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement, (2003).

Shenkin, Todd S., *Trade-Related Investment Measures in Bilateral Investment Treaties and the Gatt: Moving Toward a Multilateral Investment Treat*, 55 *UNIVERSITY OF PITTSBURGH LAW REVIEW*, (1993-1994).

Supreme People's Court on the trial of administrative cases in a number of issues of international trade rules (最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定), (2002)

WTO, General Agreement on Tariffs and Trade, (1994).

WTO, GATS is the abbreviation of the General Agreement on Trade in Services, (1995).

ESTUDO SOBRE A QUESTÃO DA COBRANÇA EM TAIWAN DE DÍVIDAS DERIVADAS DO JOGO NA RAEM

Lu Songxin

Estudante de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Nos últimos anos o problema das “dívidas de jogo”, especialmente no que toca às dívidas derivadas do jogo de que nos propomos tratar ao longo do presente estudo, tem vindo a ser altamente debatido na comunidade, não apenas em Macau, como ainda, crescentemente, em Taiwan. À medida que as relações entre a RAEM e Taiwan se vão intensificando, torna-se mister analisar duas questões centrais que avultam – a da determinação da sua natureza e a da sua cobrança transfronteiriça. A presente exposição partirá, assim, do conceito de dívidas derivadas do jogo na RAEM para depois cotejar as diferenças entre Macau e Taiwan a nível legislativo, doutrinário e jurisprudencial, passando por uma análise aprofundada da questão do reconhecimento e execução em Taiwan das decisões proferidas pelos tribunais de Macau relativamente às dívidas derivadas do jogo e, bem assim, da questão da sua cobrança em Taiwan, e concluindo com sugestões para a questão da cobrança das dívidas derivadas do jogo em Taiwan, num estudo que se espera poder ser um contributo com valor de referência para a doutrina e para os aplicadores do direito.

Palavras-chave: Dívidas de jogo; dívidas derivadas do jogo; obrigações civis; bons costumes; cobrança transfronteiriça.

I. O conceito de «dívidas derivadas do jogo» na RAEM

O entendimento do que sejam “dívidas derivadas do jogo” na RAEM pressupõe um certo conhecimento acerca das “dívidas de jogo”. Em sentido geral,

dívida de jogo é aquela que nasce directamente do jogo e aposta, que tem vindo a ser objecto de proibição em muitas jurisdições por decorrência da ilicitude do jogo que dá “causa ilícita” às obrigações daí decorrentes, havendo também não poucas jurisdições que as consideram obrigações naturais, como é exemplo o BGB alemão, que estabelece que “Do jogo e aposta não se estabelecem obrigações, mas o que for pago em virtude do jogo e aposta não pode ser repetido com fundamento de que nenhuma obrigação existiu”.

O presente texto trata, contudo, apenas das dívidas derivadas do jogo. Em concreto, com esta expressão pretendemos significar as dívidas que derivam da actividade do jogo desenvolvida na RAEM, o que se distinguem das “dívidas de jogo” em sentido geral. Com efeito, no desenvolver da actividade do jogo na RAEM constituem-se geralmente três tipos de relações jurídicas – a relação de concessão de crédito¹, estabelecida entre o jogador e a concedente do crédito²; a de compra e venda, entre o jogador e a vendedora de fichas de jogo (onde se incluem as operadoras do jogo habilitadas para o efeito, bem como os promotores de jogo que delas adquiriram o direito de representação para a venda de fichas); e a de aposta, entre o jogador e a operadora do jogo. O presente texto não pretende abordar todas as questões relativas a todos estes tipos de dívidas relacionadas com a actividade do jogo, mas tão apenas os problemas que derivam da violação dos contratos de compra e venda e de concessão de crédito por parte do jogador, que, não cumprindo as suas obrigações derivadas da actividade do jogo realizada na RAEM, foge para outras jurisdições, aproveitando as diferenças de regime para se furta ao cumprimento da obrigação de pagamento das dívidas. Referindo-se a actividade do jogo geralmente à fase das apostas, o presente texto apenas se prende com as obrigações decorrentes da compra e venda de fichas e da concessão de crédito – daí o termos empregue o conceito de “dívidas derivadas da actividade do jogo”.

Sobre as dívidas derivadas do jogo, não há ainda unanimidade na doutrina, sendo que a maioria fá-las confundir com as “dívidas de jogo” em sentido geral. Impõe-se, assim, proceder a uma qualificação às “dívidas” ou às “obrigações”.

-
- 1 Nos termos do disposto no art. 3.º, n.º 6, da Lei n.º 5/2004 (Regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino), apenas 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.
 - 2 Nos termos do disposto no art. 3.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2004 (Regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino), estão habilitados a exercer a actividade de concessão de crédito as seguintes entidades: concessionárias, subconcessionárias e promotores de jogo.

É que, a diferente natureza das “obrigações” produz enormes repercussões no âmbito da cobrança judicial das dívidas. É sabido que, no direito romano, as obrigações naturais constituíam um conceito contraposto ao das obrigações civis. Estas referem-se às obrigações cuja constituição e conteúdo são regulados por lei. Aquelas referem-se a um dever jurídico de carácter excepcional, uma obrigação fundada em padrões gerais de ordem moral, insusceptível de cumprimento forçado mas também insusceptível de repetição quando voluntariamente cumprida, mantendo-se os efeitos do cumprimento. O Código Civil de Macau prevê, a este respeito, no seu art. 397.º (Não repetição do indevido) que “Não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação”. Dos conceitos avançados resulta que as obrigações civis têm plena eficácia jurídica, sendo judicialmente exigíveis, ao passo que as obrigações naturais e as dívidas de jogo ilícitas não são passíveis de cobrança por via judicial.

As diferenças de natureza entre as dívidas derivadas do jogo e as dívidas de jogo em sentido geral resumem-se nos seguintes quatro aspectos:

- 1) Ao nível da lei aplicável. Enquanto às dívidas derivadas do jogo se aplica a legislação do jogo de Macau, essencialmente a Lei n.º 5/2004 (Regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino) e a Lei n.º 16/2001 (Regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino), às dívidas de jogo aplica-se o disposto no Código Civil sobre o jogo e aposta, sendo que o primeiro dos diplomas indicados regula a actividade de concessão de crédito para jogo ou aposta de fortuna ou azar em casino na RAEM, prevendo expressamente o art. 4.º (Eficácia) que “Da concessão de crédito exercida ao abrigo da presente lei emergem obrigações civis”.
- 2) Ao nível das fontes das obrigações. Conforme o disposto no Regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino e no Regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, o jogo constitui um negócio lícito de que nascem obrigações civis. Já às dívidas de jogo se deve aplicar o disposto no art. 1171.º, inserido no Capítulo XIII (Jogo e aposta), do Código Civil. De acordo com o previsto no n.º 1 daquele artigo, o jogo ou aposta constituem negócios aleatórios, que são igualmente lícitos. De um modo geral, constituem obrigações civis de jogo sempre que lei especial o preceitue, como sucede por exemplo quando haja autorização do governo para certo tipo de jogo ou aposta, que é o caso do jogo e aposta nas competições desportivas, de onde nascem obrigações civis judicialmente exigíveis. Na ausência de lei especial, constituem-se obrigações naturais.

(Apenas quando haja proibição legal é que as condutas são puníveis criminalmente).

- 3) Ao nível das relações jurídicas. As dívidas derivadas do jogo apenas podem nascer da relação jurídica de compra e venda de fichas de jogo ou da relação jurídica de concessão de crédito para jogo, e geralmente não surgem na fase das apostas. Já o jogo ou a aposta consubstanciam um acto de aposta, de onde nascem em regra as dívidas de jogo.
- 4) Ao nível especial. Enquanto as dívidas derivadas do jogo apenas podem constituir-se nos casinos de Macau, as dívidas de jogo já não o serão forçosamente³. A compreensão deste quatro aspectos é essencial para o entendimento e abordagem das “dívidas de jogo” na RAEM.

II. As diferentes perspectivas perante as dívidas derivadas do jogo em Macau e em Taiwan

1. O direito positivo da RAEM quanto à natureza das dívidas derivadas do jogo

Nos termos do Código Civil de Macau, as dívidas de jogo tanto podem assumir a natureza de obrigações civis como a de obrigações naturais. Estas constituem obrigações perfeitas, sendo que o que as essencialmente distingue das obrigações civis é o facto de estas serem executáveis coercivamente pela via judicial em caso de não cumprimento, não sendo o mesmo possível em relação àquelas. Daqui decorre que a determinação da natureza das “dívidas de jogo” assume extrema importância para as considerações a tecer adiante.

De acordo com o direito em vigor em Macau, as “dívidas de jogo” podem revestir três tipos de eficácia⁴:

1) Obrigações civis (com plena eficácia jurídica). Prevê a primeira parte do n.º 1 do art. 1171.º (Eficácia) do Código Civil, inserido no Capítulo XIII (Jogo e aposta), que “O jogo e a aposta constituem fonte de obrigações civis sempre que lei especial o preceitue, bem como nas competições desportivas, em relação às pessoas que nelas tomem parte; de contrário, o jogo e aposta, quando lícitos, são mera fonte de obrigações naturais.” O mesmo é dizer que as dívidas de jogo apenas constituem obrigações civis quando lei especial o preceitue. Uma vez que em Macau já se legislou acerca das dívidas derivadas do jogo, tal significa que parte das dívidas de jogo constituem obrigações civis e que as respectivas

3 Cfr. Liu Xiaobing, “A cobrança judicial no Interior da China de dívidas derivadas do jogo em Macau”, in *Boletim da Capital Normal University* (Edição das Ciências Sociais), 2015, n.º 3.

4 Cfr. Ieong Hou In, “Breves considerações acerca da relação entre as dívidas de jogo e as obrigações naturais em Macau”, in *Boletim do Instituto Politécnico de Macau*, Vol. 16 (2004, n.º 4).

relações obrigacionais se submetem à vinculação da lei. O credor pode, nestes casos, socorrer-se à execução judicial em caso de não cumprimento por parte do devedor, tendo este de suportar as respectivas consequências jurídicas, razão pela qual se diz que a obrigação tem plena eficácia jurídica.

2) Obrigações naturais. A segunda parte do n.º 1 do art. 1171.º (Eficácia) do Código Civil, inserido no Capítulo XIII (Jogo e aposta), prevê que, “de contrário, o jogo e aposta, quando lícitos, são mera fonte de obrigações naturais.” Significa isto dizer que, na falta de lei especial, as obrigações admitidas pelo direito apenas poderão ser naturais. Na RAEM, as obrigações naturais do jogo incluem designadamente as dívidas de jogo constituídas em casinos ilegais, bem como as dívidas de jogo decorrentes de apostas feitas em estabelecimentos privados (ter em atenção a lei do jogo ilícito). Este tipo de obrigações, por não ser judicialmente exigível, constitui uma espécie de obrigações imperfeitas.

3) Obrigações nulas (desprovidas de qualquer eficácia jurídica). Aqui as dívidas de jogo reconduzem-se essencialmente às obrigações previstas na Lei n.º 8/96/M (Jogo ilícito), de 22 de Julho de 1996, ou seja, o disposto no art. 13.º (Usura para jogo), do Capítulo IV (Empréstimos ilícitos): “Quem, com intenção de alcançar um benefício patrimonial para si ou para terceiro, facultar a uma pessoa dinheiro ou qualquer outro meio para jogar, é punido com pena correspondente à do crime de usura.” Se tais obrigações constituem usura, é óbvio que não se pode falar em licitude das mesmas, não merecendo protecção da lei.

Pelo exposto, conjugado com o conceito avançado na primeira parte do texto, conclui-se que as dívidas derivadas do jogo que nos propomos tratar na presente exposição constituem obrigações civis, como tais exigíveis judicialmente.

2. A posição do direito taiwanês perante as dívidas derivadas do jogo

a) A lei

Em Taiwan, as leis com relevância para as “dívidas de jogo” são essencialmente o Código Penal, que nos seus arts. 266.º e 268.º prevê o seguinte: “*A person who gambles in a public place or a place open to the public shall be sentenced to a fine of not more than one thousand yuan unless the item for which he gambles is one to provide temporary amusement. Gambling apparatus at the site found at the gambling table or place for exchange of gambling tokens shall be confiscated whether or not it belongs to the offender.*” e “*A person who intend to make a profit furnishes a place to gamble or assembles person to gamble shall be sentenced to imprisonment for not more than three years; in addition thereto, a fine of not more than three thousand yuan may be imposed.*”, bem como o Código Civil, cujos arts. 71.º e 72.º estabelecem que “*A juridical act which violates an imperative or prohibitive provision of the act is void except voidance is not implied*

in the provision.” e “A juridical act which is against public policy or morals is void.”, e ainda a Lei de Manutenção da Ordem Social (Social Order Maintenance Act), que prescreve no seu art. 84.º que “A person who gambles on property in non-public places or non-publicly accessible casinos shall be punishable by a fine of not more than NTD 9,000.” Por outro lado, prevê a Lei sobre a Escolha de Lei em Matéria Cível Envolvendo Elementos Estrangeiros (Act Governing the Choice of Law in Civil Matters Involving Foreign Elements) que “Where this Act provides that the law of a foreign State is applicable, if the result of such application leads to a violation of the public order or boni mores of the Republic of China, that law of the foreign State is not applied.” (art. 8.º) e “The applicable law regarding the formation and effect of a juridical act which results in a relationship of obligation is determined by the intention of the parties.” (art. 20.º). De onde, nos casos em que as partes estipulem como aplicável a lei taiwanesa, a dívida de jogo não será judicialmente exigível em Taiwan. Se, de outra forma, for escolhida a lei de Macau, colocar-se-á a questão da sua contrariedade ou não com a ordem pública ou com os bons costumes de Taiwan.

Como se deixa ver, em Taiwan não se distingue entre dívidas derivadas do jogo e dívidas de jogo em sentido geral como se faz em Macau, adoptando-se aliás uma postura negativa quanto às dívidas de jogo, através da sanção da nulidade dos contratos que tenham por objecto dívidas de jogo. O mesmo é dizer, como se diz na linguagem vulgar, que “dívidas de jogo dívidas não são”, deixando o “credor” desprovido de quaisquer meios legais de cobrança das suas dívidas.

b) A doutrina

O Professor Wang Tze-Chien tem escrito um artigo⁵ especificamente sobre as dívidas de jogo, referindo-se aí o Autor na verdade às dívidas derivadas do jogo de que tratamos no presente texto. Segundo o Autor, “No que concerne à natureza das dívidas de jogo, o Supremo Tribunal começa por dizer que o jogo é um negócio proibido por lei, mas vem depois afirmar que as dívidas de jogo constituem obrigações naturais (conferindo ao vencedor um direito de crédito desprovido de direito de acção) e que o pagamento das mesmas representa uma prestação de causa ilícita, não havendo lugar a restituição. A nosso ver, uma tal argumentação não deixa de suscitar algumas dúvidas. Primeiro, e tal como já referido, sendo “um negócio proibido por lei”, o jogo deverá ser nulo, não dando origem a qualquer relação obrigacional, naquilo que vai para além da mera inexistência do direito de acção judicial do vencedor. Depois, se as dívidas de jogo constituíssem obrigações naturais (com direito de crédito, sem direito de

5 Na sua obra *Estudos Doutrinários e Jurisprudenciais em Direito Civil (2)*, China University of Political Science and Law Press, 1998, pp. 119-141.

acção judicial), a prestação que o vencedor recebesse teria uma causa lícita, não se colocando qualquer problema de enriquecimento sem causa, nem se podendo afirmar que “a prestação não pode ser repetida por ter uma causa ilícita”. Se o cumprimento das obrigações decorrentes do jogo constituir uma prestação de causa ilícita, portanto insusceptível de repetição, as “dívidas de jogo” não serão obrigações naturais, sendo que a não repetição da prestação de causa ilícita pressupõe a ausência de uma causa jurídica.” O Autor cita depois um entendimento do Professor ZhengYu-Bo: “se a não repetição da prestação em cumprimento de obrigação natural se funda na existência de uma obrigação natural, não havendo portanto situação de enriquecimento sem causa, já nas prestações de causa ilícita não existe qualquer obrigação, e, quando em princípio se constituiria uma situação de enriquecimento sem causa, não haverá contudo lugar a restituição da prestação por se verificar uma causa ilícita em relação ao autor da prestação, em nome do princípio da ‘proibição do *venire contra factum (ilícito) proprium*’”. O Autor comentou ainda decisões judiciais de Taiwan sobre as dívidas derivadas do jogo numa fase inicial: “A fundamentação do Supremo Tribunal parece, assim, ser contraditória e dificilmente sustentável. Na Decisão n.º 421, Tai-shang, de 1955 (precedente judicial), se por um lado o Supremo entende que a substituição de uma dívida de jogo por uma dívida de mútuo não deixa de constituir uma fraude à lei, por outro lado parece entender que essa mesma dívida de mútuo se constitui validamente, com a singela diferença de o credor (vencedor do jogo) não adquirir por via disso o direito de acção judicial. (...) Em síntese, entre uma e outra decisão parece verificar-se uma contradição dogmática, quando uma aponta no sentido da nulidade e não repetição do título de empréstimo emitido ao abrigo de novação contrária a norma proibitiva, e outra no sentido de que a novação de dívida de jogo constitui fraude à lei, sendo contudo válida a constituição da correspondente dívida de mútuo, com a ressalva de o credor não adquirir por via disso qualquer direito de acçãojudicial.” Isto para concluir que “o vencedor no jogo não só não terá direito de exigir a prestação com fundamento na relação de mútuo, como terá ainda de restituir os títulos de empréstimo recebidos, por ausência de uma causa juridicamente relevante.”

c) A praxis

No caso vertido na Decisão cível n.º 38 Chong-Shang de 1995 e 145 Chong-Shang-Geng (1) de 1999, entre a autora Days He.gen.s, da Inglaterra, e PihsiangMachineryManufacturing Co.Ltd., o tribunalreferiu que “numa fase inicial, os tribunais de Taiwan “entendiam que as dívidas de jogo não tinham que ser restituídas por o jogo ser contrário à ‘ordem pública e aos bons costumes’⁶”,

6 Decisão cível n.º 38 Chong-Shang de 1995 e Decisão cível n.º 145 Chong-Shang-Geng (1) de

tendo vindo posteriormente, na Decisão n.º 2534 do Supremo Tribunal, de 1984, a dar uma interpretação do que sejam os “bons costumes”: “Por violação da ordem pública ou contrariedade aos bons costumes de sentença estrangeira entende-se a circunstância de o conteúdo da sentença ordenar a prática de um acto proibido pela lei taiwanesa, como por exemplo a entrega de produtos proibidos, ou contrariar os bons costumes ao abrigo das concepções da comunidade taiwanesa, como o reconhecimento da bigamia ou do jogo e aposta. A sentença estrangeira em causa ordenou o recorrente a pagar ao recorrido uma quantia em dinheiro a título de indemnização por danos decorrente do não cumprimento das obrigações e da responsabilidade civil extracontratual, em nada violando a ordem pública ou os bons costumes de Taiwan.” Na Decisão n.º 130, Tai-shang, de 1983, o Supremo Tribunal reorganizou estas ideias, justificando que “o facto de em Taiwan por princípio não se reconhecerem créditos derivados do jogo e aposta não prejudica as relações creditícias validamente constituídas no estrangeiro segundo a lei aplicável. Isto porque o disposto na Lei sobre a Escolha de Lei em Matéria Cível Envolvendo Elementos Estrangeiros que limita a aplicação da lei estrangeira apenas visa os casos em que o ‘resultado’ de semelhante aplicação contrarie a ordem pública ou os bons costumes de Taiwan, não sendo o juízo feito à norma da lei estrangeira em si. Não há contrariedade à ordem pública ou aos bons costumes se o resultado da aplicação da lei estrangeira não conduza à legalização do jogo e aposta em Taiwan.” Na Decisão cível n.º 396, Shang, de 1989, o *High Court* de Taiwan proporcionou uma justificação mais detalhada para o problema: “3) Por jogo e aposta entende-se o negócio aleatório pelo qual a verificação ou não de certo facto arbitrário determina o ganho ou a perda de determinados bens. É facto consabido que Las Vegas, do Estado de Nevada dos Estados Unidos, é conhecida pela exploração da indústria do jogo. Se o jogo é proibido pela lei taiwanesa, o mesmo já é permitido pela lei do Estado de Nevada, facto reconhecido pelo recorrente nos presentes autos, o que implica que este, ao ter jogado naquele Estado, deve respeitar a ordem local, sujeitando-se à regulamentação da lei local, sem que mereça qualquer protecção por parte da lei taiwanesa.” O tribunal entendeu, assim, que à relação obrigacional em causa se devia aplicar a lei de Nevada, sem que se pudesse considerar a dívida nula por decorrer de acto de jogo ilícito. Ora, quando o art. 25.º da Lei sobre a Escolha de Lei em Matéria Cível Envolvendo Elementos Estrangeiros prescreve que “*Where this Act provides that the law of a foreign State is applicable, if the result of such application leads to a violation of the public order or boni mores of the Republic of China, the law of*

1999, High Court, Taiwan, sobre o pedido de sentença definitiva para execução coerciva, sendo partes a autora Days He.gen.s, da Inglaterra, e Ré Pihsiang Machinery Manufacturing Co. Ltd.

7 Cfr. a Decisão n.º 2534 do Supremo Tribunal de Taiwan, de 1984.

the foreign State is not applied.”, o que se visa são os casos em que o resultado da aplicação da lei estrangeira nos termos da lei taiwanesa contrarie a ordem pública ou os bons costumes de Taiwan, não sendo o juízo feito à norma da lei estrangeira em si. O recorrente, ao ter jogado em Nevada dos Estados Unidos sabendo que o jogo de entretenimento é permitido pela lei daquele Estado, deve ficar sujeito à regulamentação dessa mesma lei.”

As conclusões destas Decisões tornaram-se a doutrina corrente, não só figurando em exames de advocacia⁸, como tendo sido adoptadas pela doutrina taiwanesa⁹. Segundo um Autor taiwanês, “Se os tribunais recusarem os pedidos dos credores, verificar-se-á um fenómeno auto-contraditório de ‘quem ganha pode ficar com o prémio, quem perde pode não pagar’. Aliás, em Taiwan já se tem vindo a estudar a possibilidade de se admitir certo tipo de jogo em certo âmbito espacial, sendo tendência evidente a de atenuar as restrições legais quanto ao jogo, o que deverá repercutir-se em grande medida na determinação do conteúdo da ordem pública e dos bons costumes. Pelo que não se deve negar os créditos licitamente constituídos fora da jurisdição taiwanesa com fundamento em violação da ordem pública ou dos bons costumes.”¹⁰

Pelo exposto se conclui que, no estado actual das coisas, os créditos licitamente constituídos em Macau são reconhecidos pela jurisprudência e pela doutrina de Taiwan¹¹, podendo os credores de dívidas derivadas do jogo na RAEM intentar acção judicial junto dos tribunais de Taiwan para exigir o pagamento das dívidas pelos devedores.

III. Reconhecimento e execução em Taiwan de decisões dos tribunais de Macau sobre dívidas derivadas do jogo

Em Taiwan, os credores terão de se deparar, no processo de execução, com disposições de três diplomas legais. 1) *Laws and Regulations Regarding Hong Kong & Macao Affairs*, art. 42.º: “*In determining the conditions for the validity, jurisdiction, and enforceability of civil judgements made in Hong*

8 Ver o enunciado do exame de advocacia de Taiwan do ano 2003.

9 Cfr. ChenRong-Chwan, “A questão das dívidas de jogo no direito internacional privado”, in *The Taiwan LawReview (2), PrivateLaw*, Taipei, Angle Publishing Co. Ltd., Setembro de 2002, 2.ª edição, reimpressão.

10 Cfr. ChenRong-Chwan, “A questão das dívidas de jogo no direito internacional privado”, in *The Taiwan LawReview (2), PrivateLaw*, Taipei, Angle Publishing Co. Ltd., Setembro de 2002, 2.ª edição, reimpressão.

11 Cfr. Wang Changbin, “A cobrança de dívidas de jogo de Macau na Grande China”, in *Estudos sobre o Regime Jurídico do Jogo em Macau*, Projecto de Investigação (n.º P220/GTRC/2010), Instituto Politécnico de Macau.

Kong or Macau, Article 402 of the Code of Civil Procedure and Article 4, Paragraph 1 of the Compulsory Execution Law shall apply mutatis mutandis.”.

2) *Code of Civil Procedure, art. 402.º: “A final and binding judgment rendered by a foreign court shall be recognized, except in case of any of the following circumstances: 1. Where the foreign court lacks jurisdiction pursuant to the R.O.C. laws; 2. Where a default judgment is rendered against the losing defendant, except in the case where the notice or summons of the initiation of action had been legally served in a reasonable time in the foreign country or had been served through judicial assistance provided under the R.O.C. laws; 3. Where the performance ordered by such judgment or its litigation procedure is contrary to R.O.C. public policy or morals; 4. Where there exists no mutual recognition between the foreign country and the R.O.C. The provision of the preceding paragraph shall apply mutatis mutandis to a final and binding ruling rendered by a foreign court.”.*

3) *Lei da Execução Coerciva, art. 4.º: “À execução podem servir de base qualquer dos seguintes títulos executivos: 1. Decisão final transitada em julgado. 2. Decisão de arresto, sanção ou execução cautelar e outras decisões exequíveis nos termos da lei processual civil. 3. Acordo de transacção ou conciliação alcançada nos termos da lei processual civil. 4. Escritura pública exequível nos termos da lei do notariado. 5. Decisão judicial de venda de bem hipotecado ou empenhado, a pedido do credor hipotecário ou pignoratício. 6. Outros títulos executivos admitidos por lei. Os títulos executivos sob condição, termo ou dependente de caução a prestar pelo credor apenas são exequíveis após a verificação da condição, termo ou prestação da caução. Os títulos executivos que importem contraprestação apenas são exequíveis depois de o credor ter realizado ou oferecido a prestação.”* Art. 4.º-1: “São exequíveis as decisões transitadas em julgado de tribunal estrangeiro, contanto que não se verifique qualquer das circunstâncias previstas no art. 402.º do Código de Processo Civil, e sob autorização de execução por tribunal de Taiwan. É competente para apreciar acção executiva referida na alínea anterior o tribunal do domicílio do devedor. Não tendo o devedor domicílio em Taiwan, é competente o tribunal do local onde se encontra o objecto da execução ou onde se deva proceder à execução.”

Art. 4.º-2: “Os títulos executivos que consistam em decisão final transitada em julgado produzem efeitos, para além das partes, às seguintes pessoas: 1. Os sucessores das partes e os possuidores da coisa objecto do pedido da parte ou dos seus sucessores. 2. Aqueles que actuem como autor e réu em substituição de outrem, os seus sucessores, bem como os possuidores da coisa objecto do pedido daquelas pessoas ou dos seus sucessores. O disposto no número anterior aplica-se aos títulos executivos previstos nas alíneas 2 a 6 do n.º 1 do art. 4.º.”

Daqui decorre que a execução de bens do devedor em Taiwan com

base em sentença judicial da RAEM deve seguir o disposto no art. 4.º da Lei da Execução Coerciva de Taiwan, sob a condição de não se verificarem as circunstâncias previstas no art. 402.º do Código de Processo Civil de Taiwan, estando ainda sujeita a decisão de tribunal de Taiwan. Aliás, os contratos de mútuo celebrados licitamente nos casinos de Macau já têm vindo a ser considerados pelos “tribunais” de Taiwan como não contrários à ordem pública ou aos bons costumes e confirmados e declarados exequíveis pelos mesmos.

Do exposto resulta que as dívidas derivadas do jogo são reconhecidas e judicialmente exigíveis em Taiwan, não sendo jamais reprovadas por violação da ordem pública ou dos bons costumes.

Importa notar que, na ausência de acordos de cooperação judiciária entre Taiwan e as RAE’s de Hong Kong e Macau devido a diversos factores, como os de reconhecimento e execução recíprocos de sentenças, pelo que os tribunais de Taiwan têm vindo a seguir a via declarativa, não havendo reconhecimento recíproco de sentenças.

IV. A cobrança em Taiwan de dívidas derivadas do jogo na RAEM

A cobrança de dívidas materializa-se em regra por uma de duas formas: ou a acção de condenação no pagamento das dívidas é proposta nos tribunais do local onde reside o réu, ou então é interposta nos tribunais de Macau e, caso venha a ser julgada procedente e o réu recusar-se a cumprir ou desconsiderar totalmente a sentença, pede-se a execução desta nos tribunais do local onde reside o réu para liquidação da dívida.

Do exposto na segunda parte do presente texto sabemos já que é inteiramente possível aos credores de Macau exigir o cumprimento de dívidas de jogo nos tribunais de Taiwan, resultando ainda da terceira parte, *supra*, que as sentenças dos tribunais da RAEM podem ser reconhecidas pelos tribunais de Taiwan, pelo que, perante a inviabilidade total ou parcial de execução de sentença transitada em julgado dos tribunais da RAEM, pode interpor-se acção nos tribunais competentes de Taiwan pedindo a sua execução coerciva.

Importa referir que no pedido de execução de sentenças de condenação dos tribunais da RAEM pelos tribunais de Taiwan poderão surgir alguns problemas. Dadas as diferenças existentes entre as leis processuais das duas jurisdições, as sentenças dos tribunais da RAEM não poderão ser executadas directamente em Taiwan, dependendo antes de declaração de exequibilidade por sentença dos tribunais de Taiwan. Caso o credor interponha acção junto dos tribunais competentes de Taiwan, a prova admitida pelos tribunais da RAEM apenas poderá servir como material probatório.

V. Propostas para a questão da cobrança em Taiwan de dívidas derivadas do jogo na RAEM

No que à natureza das dívidas derivadas do jogo diz respeito, os credores terão de assegurar que as mesmas constituem obrigações civis nos termos do regime jurídico aplicável, designadamente cumprindo estritamente o disposto na Lei n.º 5/2004 (Regime jurídico da concessão de crédito para jogo ou para aposta em casino) quanto às exigências de forma e conteúdo, para que as mesmas possam vir a ser judicialmente exigíveis.

Quanto ao processo de cobrança, impõe-se a optimização do regime jurídico, designadamente para garantia da cobrança transfronteiriça. Apenas com o aperfeiçoamento da lei se proporcionam bases legais para a garantia dos créditos. Nos últimos anos a República Popular da China tem feito muito no âmbito da cooperação judiciária, tendo alcançado resultados muito positivos na assinatura de acordos de cooperação, designadamente de confirmação e execução recíprocas de sentença em matéria civil e comercial entre o Interior da China e as RAE's de Macau e Hong Kong, como o Acordo sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Judiciais em Matéria Civil e Comercial entre o Interior da China e a Região Administrativa Especial de Macau e a *Enforcement of civil and commercial judgments between Hong Kong and the Mainland*. Ora, se a prova produzida nos termos da lei de Macau não puder vir a ser admitida directamente pelos tribunais de Taiwan mas apenas servindo como material probatório, tal prejudicará a sua força probatória, sendo altamente desfavorável ao processo de cobrança das dívidas¹².

Em suma, a litude das dívidas derivadas do jogo na RAEM tem vindo a ser gradualmente reconhecida em Taiwan, sendo admissível a exigibilidade judicial das mesmas. Não obstante as imperfeições que subsistem a nível procedimental, a verdade é que se deve adoptar uma atitude positiva em face da questão, pois assim se contribuirá para a progressiva resolução dos problemas.

12 Cfr. Lu Songxin, “Estudo Comparativo sobre o Crime de Branqueamento de Capitais das Quatro Regiões dos Dois Lados do Estreito”, in *Colecção do Fórum de Direito Penal entre as Quatro Regiões dos Dois Lados do Estreito – Seminário Académico sobre os Crimes Financeiros e o Direito Penal*, Novembro de 2016.

SOBRE A OBRIGAÇÃO DE NÃO CONCORRÊNCIA NOS NEGÓCIOS DE TRANSMISSÃO DE EMPRESA*

Rui Cardinal Carvalho

*Estudante do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-empresariais,
Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal*

Resumo: A observação atenta da prática negocial permite concluir que a transmissão da empresa se pode processar, ou de forma direta - através da celebração de negócios como o *trespasse* - ou de forma indireta - geralmente através da compra e venda de participações sociais na sociedade proprietária do estabelecimento em número suficiente para imitar o adquirente numa posição de controlo naquela.

É com os olhos postos nesta realidade que, no texto que agora se apresenta, procuraremos tomar partido numa questão fraturante que é a de saber se é possível equiparar os negócios de compra e venda de participações de uma sociedade (*share deals*) aos negócios de transmissão direta do estabelecimento (*asset deals*) para efeitos de transmissão daquele. A assunção de uma posição nesta questão é pressuposto essencial para que possamos cumprir o nosso principal desiderato que consiste em averiguar se, à semelhança do que sucede ao *trespassante* por força da realização de um *trespasse*, também nos *share deals* é possível afirmar que o transmitente das participações sociais fica implicitamente vinculado a não concorrer com o transmissário. Atendendo à posição que defenderemos a propósito deste problema, tornar-se-á necessário ensaiar a definição dos limites daquela obrigação, tarefa que nos propomos a realizar tomando como ponto de apoio o direito da concorrência da UE. Aquando da sua realização, procuraremos tomar posição em relação aos diversos problemas que geralmente se colocam, tanto no

* O presente estudo corresponde ao Relatório apresentado para a disciplina de Direito da Concorrência (Competition Law) do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

plano doutrinal como na prática jurídica, a propósito daqueles mesmos limites.

Palavras-chave: *Trespasse, share deal, asset deal*, obrigação implícita de não concorrência.

Introdução

Numa economia rudimentar como a que precedeu o capitalismo industrial do século XIX, cujas limitações em termos de produção, procura e possibilidades de desenvolvimento tecnológico, promoviam a existência de pequenos mercados, povoados por pequenos empresários que exploravam empresas que eram parte integrante do seu património pessoal, é natural, quase inevitável, que o único modo de transmissão da empresa conhecido e praticado fosse a transmissão direta, também designada por *asset deal*. Os modos de transmissão indireta - *share deals* - mais complexos, estão associados a economias mais desenvolvidas, com mercados estruturalmente mais intrincados, em que os atores principais e proprietários das empresas são sociedades de maior ou menor dimensão e não pequenos empresários individualmente considerados. Nestes mercados, o controlo da atividade empresarial exerce-se de modo indireto, através da detenção de participações sociais em número bastante na sociedade proprietária.

O mercado interno da União Europeia insere-se, sem dúvida, na categoria de economias desenvolvidas e, pelas suas dimensões geográfica e económica, intensidade concorrencial e nível médio de desenvolvimento tecnológico apresenta-se, em geral, como um lugar hostil ao pequeno empresário, mas é o “habitat” ideal para os empresários que consigam aproveitar as vantagens decorrentes do exercício de atividades económicas através do veículo societário, associadas à limitação da responsabilidade e ao corresponsivo potencial de desenvolvimento.

É com os olhos postos nesta realidade que, no texto que agora se apresenta, procuraremos tomar partido numa questão fraturante que é a de saber se é possível equiparar os negócios de compra e venda de participações de uma sociedade aos negócios de transmissão direta do estabelecimento para efeitos de transmissão daquele. A assunção de uma posição nesta questão é pressuposto essencial para que possamos cumprir o nosso principal desiderato que consiste em averiguar se, à semelhança do que sucede ao trespasante por força da realização de um trespasse, também nos *share deals* é possível afirmar que o transmitente das participações sociais fica implicitamente vinculado a não concorrer com o transmissário. Atendendo à posição que defenderemos a propósito deste problema, tornar-se-á necessário ensaiar a definição dos limites daquela obrigação, tarefa que nos propomos a realizar tomando como ponto de apoio o direito da concorrência da UE. Aquando da sua realização, procuraremos tomar posição em relação aos diversos problemas que geralmente se colocam, tanto no plano doutrinal

como na prática jurídica, a propósito daqueles mesmos limites.

Antes de terminar, não deixaremos de fazer uma breve alusão às cláusulas contratuais de não concorrência e a um específico problema que a propósito destas se pode colocar.

Salvaguardando desde já que apesar de tudo o que ficar dito, muito mais haveria a dizer, damos início à nossa exposição.

I. Negócios de transmissão do estabelecimento comercial – Modalidades

1. Considerações introdutórias

São inúmeras as razões que podem motivar os sujeitos a alienar/adquirir um estabelecimento pela via negocial. Do lado do adquirente, por exemplo, pode existir uma vontade de expandir a sua presença num determinado mercado e a aquisição de uma empresa¹ funcional que opere eficazmente neste pode ser uma boa alternativa à promoção do crescimento interno da sua própria empresa ou à criação, de raiz, de uma nova. O alienante, por seu turno, pode ter o desejo oposto de diminuir a sua presença no mercado em causa e a venda da empresa como um todo pode representar uma via de saída mais lucrativa do que a alienação de cada um dos seus componentes individualmente considerados².

Compreende-se, assim, a feliz expressão de Engrácia Antunes, segundo quem “pode dizer-se que a empresa nasceu, de um certo modo, condenada a circular e a mudar de mãos”³.

A observação atenta da prática negocial permite concluir que a transmissão da empresa se pode processar, ou de forma direta - através da celebração de negócios como o *trespasse*⁴ - ou de forma indireta - geralmente através da compra e venda de

1 Quando encarada como veículo idóneo à intervenção no mercado, desenvolvido por um sujeito que se deseja estabelecer e ocupar um particular espaço na atividade produtiva, a empresa revela-se no seu perfil objetivo e aparece-nos como o objeto suscetível de apropriação que é vulgarmente designado por estabelecimento comercial. Deste ponto de vista, os conceitos de “empresa” e “estabelecimento” podem ser usados indiferentemente para referir a mesma realidade - aquele perfil objetivo da empresa - sem que tal se traduza num dano considerável à coerência e rigor da exposição. Por ser assim, ao longo das próximas páginas ambos os termos irão ser empregues indistintamente.

2 Muitas outras razões existirão na prática e poderiam ser aqui indicadas, não apenas de índole económica, mas também de natureza pessoal. Para um elenco de exemplos mais desenvolvido, Antunes, José A. Engrácia, “A Empresa como Objeto de Negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals”, *ROA*, 2008, p.716.

3 Antunes, José A. Engrácia, op. cit., cit. P. 715.

4 Para facilitar a exposição, associaremos a transmissão direta/*asset deal* ao contrato de *trespasse*. Todavia, cabe dizer que são inúmeros os negócios que em concreto se podem reconduzir a esta

participações sociais na sociedade proprietária do estabelecimento⁵ em número suficiente para imitar o adquirente numa posição de controlo naquela.

2. *Share deal e asset deal* – condições de equiparação

Sendo inegável a existência de diferenças fundamentais entre as duas modalidades de transmissão enunciadas, pode colocar-se a questão de saber se, em boa verdade, se pode equiparar a transmissão direta de uma empresa explorada por uma sociedade à compra e venda de participações sociais na sociedade em causa para efeitos de transmissão do estabelecimento⁶. Em caso de resposta afirmativa a esta primeira questão, importa definir então em que condições é que se pode aceitar a equiparação.

Adiantando desde já que consideramos admissível que em determinadas circunstâncias se sustente aquela equiparação, importa analisar em que argumentos assenta a nossa posição e o porquê de repudiarmos outras soluções, também elas dignas de consideração⁷.

forma de transmissão. Desde logo, poder-se-ia fazer a distinção entre as transmissões diretas definitivas e as temporárias. Além disso, poderiam ainda ser identificadas formas híbridas, concebidas pelas partes ao abrigo da liberdade contratual. Sobre a figura jurídica do *trespass*, a literatura é abundante. Para uma panorâmica da figura, veja-se, por exemplo, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 283 a 300.

- 5 Ao longo da exposição, por motivos de simplificação, associaremos a transmissão indireta/*share deal* a este contrato. Isto não significa que se ignore a existência de uma miríade de contratos que se poderiam reconduzir à forma de transmissão indireta, significa, apenas, que vemos naquele o principal instrumento de transmissão indireta da empresa o que justifica que nele nos concentremos. Para uma descrição das modalidades especiais de transmissão indireta, veja-se Antunes, José A. Engrácia, op. cit. pp. 734 a 744.
- 6 É possível encontrar na doutrina nacional algumas linhas interessantes dedicadas a esta questão, por exemplo: Antunes, José A. Engrácia, op. cit., Monteiro, António Pinto, “Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa (“*share deal*”)”, *RLJ*, ano 137, em coautoria com Pinto, Paulo Mota, pp. 76 e ss., Silva, João Calvão da, “Compra e venda de empresas”, *CJ*, ano 18, tomo II, pp. 205 a 222, Correia, A. Ferrer e Sá, Almeno de, “Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa”, *CJ*, ano 18, pp. 257 a 302. Todavia, é na doutrina e jurisprudência estrangeiras que nos deparamos com os mais acalorados debates, em que se esgrimem as mais variadas posições e se obtêm respostas que são tudo menos coincidentes. A título de exemplo ilustrativo, veja-se a lista de bibliografia germânica indicada por Monteiro, A. Pinto, op. cit., p. 79, nota 14.
- 7 No elenco de outras soluções possíveis podemos equacionar duas soluções absolutas e apriorísticas que se reconduzem, respetivamente, à equiparação em qualquer caso e, no polo oposto, à negação absoluta da equiparação. A primeira destas posições é, quanto a nós, meramente teórica na medida em que a sua afirmação redundaria numa negação frontal de dados tão óbvios como a diferença do objeto direto de cada um dos negócios – estabelecimento comercial no *asset deal*, participações sociais no *share deal* - o facto de a aquisição do controlo da sociedade

Passando em revista as posições defendidas por alguns dos juristas mais ilustres do panorama jurídico português, podemos concluir que são essencialmente dois os critérios avançados – um critério quantitativo e um critério de interpretação do contrato – cujo preenchimento se exige para que se possa aceitar a equiparação.

Ferrer Correia, por exemplo, defendeu, numa primeira análise do assunto em 1948, que seria de equiparar o negócio de compra e venda de participações sociais ao trespasse apenas quando através da sua interpretação pudesse “considerar-se envolvida a própria transmissão da empresa (trespasse)”⁸, isto mesmo que ocorresse a transmissão da totalidade das participações sociais. Desta forma o autor dava ênfase ao critério da interpretação do contrato, em detrimento de um simples critério quantitativo. Mais tarde, este mesmo jurista renovou a sua posição, defendendo, uma vez mais, a primazia dos critérios gerais de interpretação dos contratos sobre o critério quantitativo⁹.

Parece-nos salutar esta orientação do pensamento jurídico do insigne jurista. De facto, o critério numérico padece de determinadas insuficiências congénitas que determinam a sua inelegibilidade como critério principal, como o são, desde logo, a impossibilidade de encontrar um número concreto que marque, em abstrato e com segurança, a barreira que separa os negócios equiparáveis dos que não o sejam¹⁰, ou o

estar dependente de inúmeros fatores que não apenas o número de participações sociais detidas, a circunstância de no *share deal* não existir qualquer modificação subjetiva na titularidade do direito de propriedade sobre a empresa, ao contrário do que sucede no *asset deal*, e, por fim, o facto de inúmeros negócios de transmissão de participações sociais serem, tão-somente, isso mesmo, não existindo da parte dos contraentes qualquer vontade de transmitir uma empresa da sociedade. Quanto à segunda posição, oferece-nos dizer que apesar de todas as diferenças manifestas entre o *asset deal* e o *share deal* supramencionadas e que depõem no sentido da negação da equiparação, parece que sufragá-la seria adotar uma postura que mesmo sendo sustentada por um raciocínio correto do ponto de vista de uma estrita lógica assente na ciência jurídica, entraria em confronto direto com o que na prática negocial do dia-a-dia se verifica. Acabáramos, portanto, por ter uma solução “geometricamente” agradável e perfeitamente enquadrável no sistema num puro plano teórico, mas manifestamente imprestável para dar guarida às reais necessidades criadas pela prática negocial. Repare-se que perante a realidade concreta do tráfego, muitas vezes pode afirmar-se que o *share deal* está para a transmissão do estabelecimento como o caminho está para o destino, ao ponto de se poder dizer com Ricardo Costa: “Sabe-se que que hoje em dia praticamente não se trespassem empresas. Antes se transmitem as participações de domínio ou controlo das sociedades que exploram as empresas” em “O Novo Regime do Arrendamento Urbano e os Negócios sobre a Empresa” in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, cit., p. 511.

8 Correia, A. Ferrer, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, Atlântida, 1948, cit. p. 304.

9 Correia, A. Ferrer e Sá, *Almeno de*, op.cit., pp. 269 a 271.

10 De facto, não nos parece possível estabelecer que, em qualquer caso e apesar de tudo, a transmissão de, por exemplo, 50%, ou 80%, ou até 99.9% - porque não? - equivalha à transmissão do estabelecimento. Basta recordar aqueles casos em que ocorre uma “compra de capa”/ *mantelkauf*, em que se adquirem participações em sociedades desprovidas de empresa e também as aquisições em bolsa, com intuito puramente especulativo.

seu potencial para deixar na sombra da injustiça todas as situações em que através do negócio sejam transmitidas participações em número bastante próximo, mas ainda assim inferior, ao número limite selecionado¹¹. Também na nossa perspetiva é precisamente o critério da interpretação do contrato que deve assumir maior peso no juízo de equiparação, reservando-se para o critério quantitativo um papel instrumental, indiciário, não devendo, tão-pouco, ser exigida a transmissão de uma grande percentagem do capital social.

De facto, se aquilo que se exige é que através do negócio sobre as participações se faculte ao adquirente a possibilidade de controlar o estabelecimento comercial – ainda que de forma indireta – então parece que será suficiente a transmissão de uma percentagem que determine a imissão deste numa posição de controlo da sociedade. Tal sucederá, em princípio, nas situações em que seja adquirida uma maioria absoluta da percentagem do capital. Nestas situações, o adquirente agora sócio maioritário, pode, à partida, impor os seus desígnios no âmbito dos órgãos sociais¹². Contraria-se desta forma a corrente doutrinária que exige a transmissão de todas, ou, pelo menos, quase todas as participações sociais¹³.

Para terminar, cabe referir que o artigo 486º do CSC parece depor no sentido da posição apresentada em texto na medida em que considera que “(...) duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante” e que a referida dependência se presume, não só mas também, quando a sociedade dita dominante detenha uma participação maioritária no capital¹⁴.

Analisado o critério quantitativo no que ao seu conteúdo e relevância diz respeito, importa agora examinar aquele critério da interpretação do contrato que, como já declarámos, assume para nós importância primacial. A sua verificação pressupõe que

11 Para críticas formuladas em termos semelhantes, veja-se Monteiro, A. Pinto, op. cit., pp. 85 e 86.

12 Dizemos à partida dado que sempre será necessário averiguar da existência, em cada caso, de circunstâncias como a alteração da regra de proporção entre capital e voto (arts. 250º, n.º 2, 341º e 384º, todos do CSC), de acordos parassociais de voto (artigo 17º CSC), entre outras, que impeçam a referida imposição. De forma bastante semelhante, com mais exemplos, Antunes, José A. Engrácia, op. cit, p. 731 em nota.

13 No sentido apresentado em texto, Antunes, José A. Engrácia., op. cit., p. 730. Tanto quanto conseguimos perceber pela análise de Monteiro, A. Pinto, op. cit., pp. 85 e 86, a generalidade da doutrina germânica parece colocar a fasquia numérica num nível muito elevado, exigindo, pelo menos, a transmissão de 80% das participações. Neste mesmo sentido vai o último autor indicado.

14 Precisamente neste sentido, declarando que “As participações maioritárias de capital (ou seja, superiores a 50%) constituem, por via da regra, um instrumento privilegiado do domínio entre sociedades.” e ainda que “a participação maioritária assegura à sociedade participante um poder maioritário de voto (...) permitindo-lhe assim, desse modo, impor o cunho da sua vontade”, Antunes, José A. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2002, cit. p. 487.

no contrato se possam detetar indícios de que as partes quiseram, através da compra e venda de participações sociais, transmitir a empresa, sendo esta transmissão o verdadeiro objetivo do contrato ainda que o objeto imediato tenham sido as ações ou quotas, por exemplo.

Para verificar se a vontade das partes foi, de facto, naquele sentido, há que recorrer aos vários índices interpretativos disponíveis, desde logo, as negociações preliminares¹⁵ – caso tenham tido lugar – o próprio texto do contrato – tanto de uma perspectiva literal como sistemática¹⁶⁻¹⁷ – e ainda o específico modo de formação do preço¹⁸. O tratamento da informação recolhida deve ser orientado segundo as regras gerais de interpretação civilística definidas em várias normas relevantes, nomeadamente os artigos 236º e ss. do CC¹⁹.

Em suma, defendemos que a possibilidade de equiparação do *asset deal* ao *share deal* só poderá ser averiguada casuisticamente e dependerá sempre da verificação cumulativa de ambos os critérios enunciados, entendidos tal como ficou exposto²⁰.

-
- 15 Quando nestas negociações forem detetáveis referências recorrentes à empresa como um todo ou a aspetos relevantes daquela como o sejam a sua situação financeira, o volume de clientes, etc..., existirão bons indícios de que as partes tomaram aquela como objeto mediato do negócio.
- 16 Será especialmente relevante a existência de cláusulas que, de acordo com Antunes, José A. Engrácia, “A Empresa como Objeto de Negócios...”, cit. pp.732 e 734, “tomem expressamente a empresa como ponto de referência da regulação contratual (v.g., cláusulas de garantias sobre a consistência patrimonial da empresa societária, sobre a actividade e gestão empresarial, sobre a conformidade substancial do balanço e demais demonstrações contabilísticas, etc.)”.
- 17 Haverá que atender não apenas ao “valor facial” consubstanciado na letra do contrato, mas também ao específico significado subjacente a cada uma das cláusulas, consideradas tanto na sua individualidade como também enquanto peça enquadrada no complexo sistema contratual, de modo a que se seja possível traçar com o máximo de rigor uma imagem da vontade das partes contraentes vertida naquele contrato. Falando da necessidade de atender à “globalidade do contrato”, veja-se Cordeiro, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, cit. p. 483.
- 18 Será de grande relevância detetar que o preço foi definido não apenas através de uma simples referência ao valor das participações sociais (por exemplo, por remissão direta para a cotação em bolsa), mas sim por referência à empresa societária e aos seus concretos valores externos, de organização e de exploração.
- 19 Monteiro, A. Pinto, op. cit., p. 87, conclui, e bem em nosso ver, que o “critério decisivo é, portanto, o da *qualificação* do contrato, tendo como base os elementos obtidos pela sua *interpretação* (...) para, com base neles, se apurar se se pode qualificar o negócio (além de como venda de participações sociais) como venda de estabelecimento”.
- 20 E nem será – parece-nos – necessário tratar a questão no quadro da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, dado que o problema se reconduz, afinal, a uma questão de interpretação e qualificação do contrato. Em termos quase idênticos, Monteiro, A. Pinto, op. cit., p. 88.

3. Equiparação para outros feitos

Até este momento, temos vindo a falar de equiparação no que ao efeito de transmissão do estabelecimento diz respeito. Aqui chegados, importa dizer que a posição assumida em relação a este problema não condiciona aquela que se possa vir a assumir em relação à questão de saber se também é possível defender a equiparação entre os negócios sob análise para outros efeitos – para aplicação do regime de garantia do comprador dos artigos 913º e ss. do CC, ou para afirmação da existência de uma obrigação implícita de não concorrência, por exemplo²¹. A resposta a esta questão implica, desde logo, a consideração da *ratio legis* dos preceitos legais aplicandos e dos fundamentos subjacentes a determinada solução no âmbito do *trespasse* para que se possa aferir a sua adequação ao caso concreto do *share deal*.

No âmbito deste nosso breve escrito, interessa-nos apenas a questão relativa à possibilidade de afirmação da obrigação implícita de não concorrência nos *share deals*. Por nos parecer que esta questão só pode ser razoavelmente resolvida se primeiro se compreender cabalmente o que é esta obrigação e qual o seu fundamento, a sua análise será adiada para o próximo capítulo da exposição.

II. A obrigação implícita de não concorrência

1. Considerações gerais

Resumidamente, pode dizer-se que a obrigação implícita de não concorrência se traduz no vínculo do *trespassante* a, durante um determinado período de tempo e num certo espaço, não concorrer com o *trespassário*, mais especificamente, a não exercer qualquer atividade que, por ser semelhante àquela exercida por via do estabelecimento *trespassado*, possa desfalcar o bem transmitido de valores importantes que o caracterizam, como o seja a clientela²², quando nenhuma obrigação de não concorrência tenha sido

21 Como bem sublinha Monteiro, A. Pinto, op. cit., cit. p. 99, “Há, com efeito, que notar que o problema de aplicação do regime do *trespasse* do estabelecimento aos casos de venda de participações não deve ser resolvido simplesmente pela afirmação ou negação, *para todos os efeitos*, de tal equiparação.”

22 É comum associar-se ao *trespassante* a capacidade de exercer uma força atrativa intensa sobre a clientela devido à relação que se estabeleceu entre aquele e esta antes de ocorrer o *trespasse*. Esta capacidade, associada ao conhecimento pormenorizado da concreta organização da empresa *trespassada*, permite qualificar o *trespassante* como um concorrente diferenciado, especialmente perigoso. Parece-nos fundamentalmente correta esta orientação, a tal ponto de acompanharmos aqueles autores como Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 301, nota 742 e Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 304 e 305 e 331, que entendem que será de defender a não vinculação à obrigação de não concorrência do *trespassante* em relação a quem não estejam reunidas as condições que permitam

prevista no contrato de trespasse.

Atendendo a que não existe qualquer disposição legal que preveja diretamente a referida obrigação, a determinação da sua fonte não dispensa uma consideração sobre qual seja o seu fundamento, além de que esta deve ser levada a cabo para que melhor se compreenda esta limitação à liberdade de iniciativa económica do trespasante²³⁻²⁴.

concluir pela sua capacidade para exercer uma concorrência diferenciada.

23 Ao contrário do que se verifica no direito português, em algumas ordens jurídicas a obrigação de não concorrência do trespasante está inequivocamente prevista na lei. Tal é o caso, por exemplo, da ordem jurídica de Macau, onde o artigo 108.º do Código Comercial prevê e regula, nos seus vários números, aspetos essenciais da referida obrigação. Esta disciplina, é apenas um dos vários pontos em que o referido diploma se mostra marcadamente inovador. De facto, ela insere-se num contexto mais amplo de regulação legal específica da empresa comercial e dos negócios dos quais ela pode ser objeto, onde se estabelece, por exemplo, e com meridiana clareza, que sobre a empresa incide um direito de propriedade, de onde decorrem, nas palavras do coordenador do Código Comercial de Macau, Garcia, Augusto Teixeira, “O Novo Código Comercial de Macau”, in *BFDUM*, n.º 9, 2000, “toda uma série de outros preceitos que representam seus lógicos desenvolvimentos” e que consubstanciam soluções que “congregam as opiniões da doutrina pátria mais autorizada em matéria de empresa”. Opiniões que, em Portugal, nunca chegaram a ser positivadas mas que, como ficou claro, exerceram uma poderosa influência nas soluções eleitas pelo legislador macaense. Por este motivo, arriscamos dizer que, pelo menos em matéria de empresa, o Código Comercial de Macau representa uma imagem relativamente fiel daquilo que o Código Comercial Português poderia ter sido, mas nunca foi, razão que nos leva a considerá-lo como um ponto de comparação privilegiado. Por ser assim, não deixaremos de fazer referência às soluções previstas no artigo 108.º do Código Comercial de Macau em matéria de obrigação de não concorrência, quando a comparação se afigurar oportuna. Para uma panorâmica da estrutura e soluções do Código Comercial de Macau, além da obra anteriormente referida, recomenda-se a leitura de Garcia, Augusto Teixeira, “Da Reforma do Código Comercial”, in *BFDUM*, n.º 7, 1999. *Vide* também, a propósito de uma caracterização geral, “O Código Comercial de Macau é um legado da ciência jurídica Portuguesa (tributária da tradição da ciência jurídica europeia continental), que adopta a matriz empresarial do direito comercial, codifica diversos modelos doutrinários e segue de perto vários instrumentos da nossa legislação comercial. Com efeito, este Código inspira-se na matriz empresarial do direito comercial e, salvo em alguns aspectos, corresponde ao moderno direito comercial português (...). Na verdade, o Código macaense coloca em forma de lei boa parte do direito comercial que vigora em Portugal, ainda que de elaboração doutrinária e jurisprudencial. Exemplos disto são o regime da empresa enquanto objecto de direitos e de negócios (e.g., trespasse e locação de empresa), a possibilidade de desconsideração da personalidade societária em certas situações e, ainda, o dever dos sócios de respeitarem o interesse social, em especial no que respeita aos sócios dominantes”, Pereira, Alexandre Dias, Propriedade Intelectual e Concorrência Desleal em Macau (Breve Apontamento), *Administração*, n.º 76, vol. XX, 2007, pp. 573 e 574.

24 Nas ordens jurídicas em que a obrigação de não concorrência do trespasante esteja inequivocamente prevista na lei, a questão desenvolvida em texto perde, naturalmente, o seu interesse, dado ser indubitável a sua fonte. Não obstante, entendemos que tal circunstância não importa uma perda total da utilidade das linhas que se seguem. De facto, elas podem constituir subsídios, ainda que sintéticos, para a tarefa de determinação do fundamento da norma que

São vários os fundamentos avançados pela doutrina e jurisprudência para justificar a obrigação supra descrita. Dado que não temos neste ponto qualquer pretensão de exaustividade, limitamo-nos a referir aqueles que mais se destacam e que são a obrigação de entregar a coisa vendida e assegurar o gozo pacífico dela, a concorrência leal no tráfico mercantil e, por fim, a boa-fé no cumprimento dos contratos²⁵. De entre eles preferimos, tal como a generalidade da doutrina, o primeiro. Não só porque é um fundamento “com alguma tradição entre nós”²⁶, mas também porque sendo o estabelecimento a coisa objeto direto do contrato de compra e venda, a solução de obrigar o alienante a “não exercer actividade análoga que pela sua localização lhe permita manter ou requisitar a (anterior) clientela”²⁷ é uma simples consequência do “princípio de entrega da coisa vendida e de não perturbação da sua posse e fruição”, não sendo, por isso, necessário recorrer a justificações mais complexas²⁸.

preveja a referida obrigação, tarefa esta a que nenhum jurista que aspire a uma justa e correta interpretação/aplicação da lei se pode, hoje, furtar.

- 25 Outros fundamentos possíveis seriam a equidade e os usos do comércio. Para uma interessante descrição pormenorizada dos vários fundamentos, veja-se o artigo do único autor que, na doutrina portuguesa, e tanto quanto conseguimos apurar, nega a existência da obrigação implícita, Aureliano, Nuno, “A Obrigação de não Concorrência do Trespasante de estabelecimento comercial no Direito Português” in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Volume IV*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 748 a 762.
- 26 A expressão é de Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., cit. p. 300 e quadra bem com a realidade dado que já pelo menos desde 1919/1920, data em terá sido publicada a *RLJ* em que a questão da obrigação implícita de não concorrência foi primeiramente abordada entre nós, este fundamento é avançado por largo setor da doutrina.
- 27 Correia, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa*, separata da *ROA*, ano 44, cit. pp. 36 e 37.
- 28 A defesa deste fundamento conjugada com a constatação de que a clientela (ou o dito aviamento) não é elemento constitutivo do bem complexo que é a empresa, poderia levar a que se defendesse que um seu desvio não se traduziria numa afetação do bem estabelecimento, não sendo, por isso mesmo, violada a obrigação de entregar a coisa vendida e de assegurar a sua posse pacífica. Por outras palavras, dado que o âmbito da obrigação de garantia abrange somente a coisa trespasada, o que se impediria com a obrigação de não concorrência seria tão-só a reprodução, total ou parcial, do estabelecimento e já não o exercício de qualquer atividade concorrente que, mesmo sendo suscetível de desviar a clientela, não implicasse aquela reprodução. Parece-nos ser esta a posição sustentada por Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit., pp. 325 e 326. Salvo o devido respeito pela opinião deste professor, não podemos deixar de discordar frontalmente pois entendemos que mesmo que seja claro, citando Aureliano, Nuno, op. cit., p. 767., que “a clientela não é elemento do estabelecimento nem sobre ela incidem direitos, é negar o óbvio afirmar que a mesma, *máxime* o valor que ela representa, não é tomado (...) em conta no momento da negociação do estabelecimento”. Assim, mesmo tendo presente que a clientela não é a “única concretização do valor de projecção externa do estabelecimento”, sendo necessário tomar em consideração as demais situações de facto relevantes e o próprio valor da concreta organização de fatores produtivos, é manifesto que ela é um dado relevante no processo de

Verificamos então que a fonte desta obrigação parece advir de princípios gerais do nosso ordenamento jurídico - dotados, enquanto tal, da característica da imperatividade - em matéria de cumprimento das obrigações²⁹, não sendo, no entanto, despidendo a importância da sua admissão doutrinal e jurisprudencial.

De uma perspectiva do direito da concorrência, a obrigação implícita de não concorrência parece justificar-se na medida em que a manutenção de uma situação de concorrência praticável pressupõe a existência de condições que permitam aos sujeitos entrar e sair tão livremente quanto possível dos mercados³⁰ e essa liberdade implica, entre outras coisas, que estejam garantidas as condições que possibilitem ao sujeito adquirente a consolidação da sua aquisição, efetivando assim a sua entrada no mercado. Se assim não for, a insegurança será tal que os atores económicos tenderão a abster-se de negociar estabelecimentos e o sistema concorrencial como um todo será afetado³¹. A limitação da concorrência que se efetiva através desta obrigação é, portanto, como que o preço a pagar para que o sistema concorrencial desejado tenha condições para existir.

2. O alienante das participações sociais num *share deal* também pode ficar obrigado a não concorrer

Nos negócios de compra e venda de participações sociais por força dos quais se realize uma transmissão jurídica e indireta³² do estabelecimento, parece também ser de afirmar a existência de uma obrigação implícita de não concorrência que vincula o trespassante em termos muito semelhantes ao que vimos suceder nos casos de trespasso do estabelecimento. Com efeito, também nestes negócios é patente a necessidade de proteger os interesses de quem adquire o estabelecimento, pelo que importa garantir que o alienante não é livre para, através do exercício de uma atividade semelhante à exercida através da empresa trespassada, desfalcado o estabelecimento daqueles valores

formação do preço a pagar pelo estabelecimento e que conferir ao trespassante a possibilidade de a desviar posteriormente seria uma desconsideração violenta das legítimas expectativas do trespassário.

29 Em termos muito semelhantes, Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit, p. 324.

30 Neste sentido, veja-se Cunha, Carolina, *Controlo das Concentrações de Empresas — Direito Comunitário e Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2005, p.28.

31 Também assim, Korah, Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 9ª edição, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 289 “No one would pay for goodwill if next day the former proprietor could legally canvass his former customers”.

32 A expressão é de Carvalho, Orlando, *Crítério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I—O problema da empresa como objecto de negócios*, 1967, p. 207.

característicos essenciais³³.

Saber se nesta particular situação o fundamento da obrigação de não concorrência é também o referido dever de entrega da coisa ou um outro é questão secundária³⁴. Contudo, não podemos deixar de lembrar que existe uma diferença crucial entre o *share deal* e o *asset deal* no que ao seu objeto direto diz respeito e por isso, se neste último a coisa que deve ser entregue é o estabelecimento, pelo que se compreende que se avance o dever de entrega da coisa como fundamento da obrigação, já naquele primeiro o objeto direto são as participações sociais e são elas o objeto do dever de entrega. Não parece, portanto, desrazoável procurar um outro fundamento para a obrigação implícita de não concorrência no *share deal*³⁵.

3. Dos limites da obrigação implícita de não concorrência no *share deal*. Perspetiva integrada pela consideração do direito da concorrência da União Europeia

Como é óbvio, não basta afirmar a existência da obrigação implícita de não concorrência nos *share deals*, é também necessário densificar essa obrigação e determinar quais são os seus limites, ou seja, quem exatamente fica obrigado a não concorrer, por quanto tempo dura essa obrigação, em que espaço é ela válida e que atividades estão concretamente vedadas ao alienante das participações. Na realização desta tarefa haverá sempre que ter em conta “que a obrigação implícita de não concorrência constitui uma *excepção* e um *limite ao princípio da liberdade de concorrência*”³⁶, admitidos somente “por

33 Com a mesma opinião, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., pp. 302 e 303 e Carvalho, Orlando de, op. cit., pp. 209 e 210 em nota. Este último autor faz uma ampla referência à postura dos tribunais de diversos países em relação a esta questão específica. Dela se retira que o tribunal de cúpula italiano é reticente em afirmar a obrigação de não concorrência no caso de negócios de transmissão de participações sociais. Curiosamente, uma análise da jurisprudência mais recente daquele tribunal demonstra uma inversão da posição que se traduz na defesa da aplicação analógica do artigo 2557º CCivIt aos casos de *share deal*, que merece o nosso aplauso. A título de exemplo, consulte-se o Acórdão nº 14471 de 25/06/14 da *Corte Suprema di Cassazione*, disponível em <http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/> e os acórdãos para os quais nele se remete.

34 De facto, como bem sublinha Carvalho, Orlando, op. cit., cit. p. 204, na nota 21, “a matéria da obrigação de não concorrência é uma daquelas em que, mais do que a transmissão *jurídica* do estabelecimento, se afigura pesar a sua transmissão *empírica*, a protecção dos interesses da aquisição do estabelecimento, para lá de ocorrer ou não ocorrer uma alienação em sentido próprio”

35 Não dispomos no presente texto do espaço necessário para abordar satisfatoriamente este problema. Por ser assim, remetemos a sua análise para uma próxima incursão nesta matéria.

36 Serens, M. Nogueira, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Dever de não concorrência

se mostrarem *indispensáveis* para a negociação do estabelecimento”, isto independentemente de estarmos perante um *asset deal* ou um *share deal*, pelo que o seu conteúdo não poderá nunca ultrapassar o limite dado pela função de garantia de entrega do estabelecimento que se atribui a essa obrigação. Deteta-se assim o carácter minimalista da obrigação, consequência da sua funcionalização, a determinar que - como bem escreve Nogueira Serens - “[q]ualquer extensão daquele conteúdo, tido como essencial à transmissão do estabelecimento, deverá ser encarada como uma restrição (em princípio) proibida de concorrência”³⁷.

3.1. O *share deal* como operação de concentração

Tendo em conta o concreto tipo de negócios que aqui estão em causa, parece que podemos encontrar um apoio importante na disciplina concorrencial das operações de concentração para concretizar a densificação a que nos propusemos.

De facto, se recordarmos que (1) estamos perante negócios de compra e venda de participações sociais que cumprem um critério quantitativo que implica a transmissão de uma percentagem daquelas que permita ao adquirente assumir uma posição de controlo na sociedade e ainda que (2) na esmagadora maioria destes negócios encontramos como partes sociedades que já exploravam uma ou mais empresas, concluímos que a generalidade destes negócios consubstancia uma operação de concentração à luz do RegCCT. Neste sentido, veja-se o artigo 3º do regulamento, onde é dada a definição de concentração para efeitos da sua aplicação. Da sua análise, conclui-se que existirá uma operação de concentração, não só mas também, quando (1) ocorra uma mudança duradoura do controlo de uma sociedade decorrente (2) da aquisição de partes do capital por via contratual por alguém que já detenha o controlo de pelo menos uma empresa em moldes que (3) lhe seja conferida a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a sociedade, nomeadamente através da influência da composição, nas deliberações ou decisões dos órgãos desta³⁸.

pelo trespassário” in *CJ* (STJ), 2001, Tomo II, cit. p.7.

37 À luz dos artigos 101º TFUE e 9º da Lei nº19/2012 de 8 maio (doravante LC).

38 Atendendo à dimensão e complexidade do artigo e à necessidade de economizar o espaço disponível, optámos por evitar uma sua reprodução integral, bem como uma análise exaustiva. De todo o modo, cabe referir que subjacente ao artigo em causa está a intenção de abarcar todas as situações que redundem numa alteração duradoura da estrutura das empresas, quer estas tenham origem em situações de direito, quer em situações de facto. Para uma explicação desenvolvida do preceito, consulte-se Cunha, Carolina, op. cit. pp. 75 a 85.

O artigo 36º da LC define as operações de concentração em termos praticamente idênticos aos do artigo 3º do RegCCT, pelo que, também à luz do direito da concorrência nacional se identificará nos *share deals* uma operação de concentração.

O facto de a aplicação do RegCCT estar dependente não só da existência de uma concentração mas também da verificação da sua dimensão comunitária, como logo se percebe com a leitura do seu artigo 1º, não prejudica a conclusão obtida acerca da qualificação da generalidade dos *share deals* como operações de concentração, dado que a não verificação do duplo requisito apenas determina a não submissão do negócio ao controlo previsto no regulamento³⁹.

3.2. A Comunicação 2005/C 56/03: ponto de apoio na definição dos limites da obrigação

A deteção nos *share deals* de uma operação de concentração justifica, por seu turno, a mobilização da ComRA⁴⁰. O facto de a obrigação implícita de não concorrência não poder ser considerada um acordo⁴¹ para efeitos da aplicação desta comunicação não determina a sua imprestabilidade, apenas exige que sejam encontrados pontos comuns entre os fundamentos subjacentes à afirmação da obrigação implícita de não concorrência e os fundamentos subjacentes às soluções previstas na comunicação.

Ora, uma contemplação geral daquela permite inferir que são visadas aquelas restrições que, segundo critérios objetivos, possam ser consideradas como diretamente relacionadas⁴² e necessárias à realização de uma operação de concentração no sentido de que, sem elas, a operação não poderia em princípio realizar-se, ou realizar-se-ia acarretando custos muito mais elevados. Ainda

39 Sobre o que deve entender-se por “dimensão comunitária” consulte-se o nº 2 do artigo 1º em conjunto com a Comunicação da Comissão relativa ao cálculo do volume de negócios. Atendendo aos valores exigidos para o preenchimento deste requisito é fácil de ver que muitas concentrações escaparão ao controlo previsto do regulamento. Sobre esta matéria também pode consultar-se, com proveito, Cunha, Carolina, op. cit., pp. 85 a 91.

Quando a operação de concentração não tenha a referida dimensão comunitária, pode, em alternativa, ficar sujeita ao escrutínio com base nas normas nacionais sobre concentrações, nomeadamente os artigos 36º e ss. da LC. Precisamente neste sentido, Slaughter and May, *An overview of the EU competition rules*, 2011, disponível em <https://www.slaughterandmay.com>.

40 Esta comunicação fornece orientações relevantes acerca da interpretação do conceito de restrições acessórias tendo por base a prática da Comissão e esclarece também quando e dentro de que limites é que os vários tipos de acordos mais comuns neste âmbito podem ser considerados restrições acessórias automaticamente abrangidas pela decisão da Comissão que declare compatível com o mercado comum a operação de concentração em que se integram.

41 Como se disse anteriormente, ela tem fundamento no dever de entrega da coisa, que é conatural ao contrato de compra e venda de estabelecimento e que existe mesmo no caso de *share deal*. Por isso ela não carece - antes pressupõe a falta - de um acordo entre as partes.

42 Está perfeitamente exposto no considerando 11 da comunicação que não é o juízo que as partes possam ter realizado em relação à necessidade ou relação direta da restrição que releva. Sobre o que se deve entender por restrição “diretamente relacionada” veja-se o considerando 12.

sobre o que se deve entender por “restrições necessárias”, no considerando 13 da comunicação esclarece-se que, entre outras coisas, os “acordos necessários à realização de uma concentração destinam-se normalmente a proteger o valor transferido”⁴³ e que uma restrição será necessária apenas se e na medida em que “a sua duração e alcance material e geográfico” não ultrapassem “o exigido razoavelmente para a realização da operação de concentração”.

Verifica-se assim que também nesta comunicação impera a ideia de que as restrições acessórias desempenham uma função de garantia de realização da operação de concentração e que, por isso mesmo, deverão ter um carácter minimalista na medida em que os seus limites corresponderão sempre ao estritamente necessário à realização da sua função. Ora, é precisamente isto que vimos acontecer com a obrigação implícita de não concorrência pelo que, da nossa perspectiva, está encontrada aquela similitude em termos teleológicos de que falámos supra, que torna viável o recurso à ComRA como ponto de referência na determinação dos limites daquela obrigação.

3.3. Âmbitos da obrigação

3.3.1. Âmbito temporal

Atendendo à função da obrigação implícita de não concorrência, faz sentido afirmar que ela deverá durar apenas “pelo tempo necessário à consolidação dos valores de posição no mercado nas mãos do adquirente”⁴⁴. Isto dito, cabe averiguar de que forma se deve concretizar esta afirmação geral.

A ausência de uma disposição legal específica nesta matéria parece ser indicadora de que na perspectiva do legislador nacional, mais importante do que uma solução pré-fixada, promotora da certeza jurídica, foi a obtenção da solução mais justa em cada caso, promovendo-se assim uma ideia de justiça material⁴⁵⁻⁴⁶. Parece, por conseguinte, correto afirmar que o legislador pátrio

43 Esta mesma ideia esteve presente nas Decisões da Comissão de 30 de Julho de 1998 (ponto 59), de 3 de Março de 1999 (ponto 17), de 9 de Março de 2001 (ponto 30) e de 20 de Março de 2001 (ponto 11). Todas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, números do CELEX, respetivamente, IV/M.1245; IV/M.1442; COMP/M.2330; COMP/M.2227.

44 Era esta a posição sufragada pelo Professor Orlando de Carvalho no seu ensino oral segundo o testemunho de Serens, M. Nogueira, op. cit., p. 7.

45 Noutros ordenamentos jurídicos a duração da obrigação está expressamente prevista na lei. A título de exemplo, ambos consagrando um prazo máximo de 5 anos, vejam-se os artigos 108º, n.º1, e 2557º, do Código Comercial de Macau e do CCvIt, respetivamente.

46 Valoração inversa parece ter sido feita pelo legislador da RAEM, assim se explicando a previsão legal expressa, no artigo 108.º, n.º1, de um prazo máximo de duração da obrigação de 5 anos. De qualquer modo, não se pode dizer que no *trade-off* entre a certeza e segurança jurídicas e a

remeteu a tarefa de concretização da duração da obrigação para a doutrina e para a jurisprudência. Dizer isto não significa, no entanto, que se defenda uma total discricionariedade judicial na determinação do prazo por que deverá durar obrigação. Antes pelo contrário, defende-se que deverá ser feito um esforço para encontrar critérios que permitam orientar tal tarefa e que se devem procurar disposições que, ainda que indiretamente, sustentem as soluções encontradas.

No âmbito da doutrina, gostaríamos de salientar aqui a posição de Nogueira Serens, que no âmbito do trespassse defende que a obrigação deverá

adequação da solução ao caso concreto, aquelas prevaleceram em termos absolutos. De facto, como bem notou a Comissão Eventual Destinada a Acompanhar e Participar na Elaboração dos Projetos Relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial no parecer n.º 1/99, considerando 22, “[d]o preceito parece decorrer uma obrigação de não concorrência por um período máximo, não se concretizando, por seu turno, um «período mínimo»”, sendo que à questão de saber como se determinaria, na ausência de previsão legal, o referido período mínimo, foi respondido que “não se procedeu à estipulação de um período mínimo (...) por forma a permitir que, pela *praxis*, este fosse sendo delineado ou delimitado”. Na nossa perspectiva, a opção de fixação de um teto legal máximo de duração é legítima e compreensível, fazendo eco da posição de insígnis juristas como Correia, A. Ferrer, *Sobre a projectada reforma...*, cit. p. 36, para quem “quanto aos limites temporais é de desejar que o legislador intervenha, definindo o período dentro do qual o alienante está sujeito à dita obrigação de não-concorrência”. Não obstante, não podemos deixar de apontar, em coerência com as conclusões que serão apresentadas neste ponto, que o prazo de 5 anos consagrado se apresentará, quanto a nós e via de regra, como excessivo e, na medida do excesso, injustificado. De facto, de uma interpretação literal do n.º 1 do artigo 108.º resultará que, na ausência de pactuação expressa de uma duração inferior a 5 anos, o trespassante ficará impedido de concorrer durante todo um quinquénio, mesmo que ao fim, p. ex., de 3 anos, o trespassário já tenha consolidado a sua aquisição, como, de resto, seria expectável. Será assim uma vez que a exploração de uma empresa comercial concorrente será sempre idónea, pelo menos em abstrato, a desviar a clientela da empresa transmitida, pelo que preenchida estará a hipótese do preceito. Neste caso, parece-nos claro que nos últimos 2 anos a obrigação de não concorrência estará a dispensar uma proteção imerecida e desnecessária ao trespassário, à custa de uma restrição injustificada dos direitos do trespassante. Afinal, consolidada a aquisição pelo primeiro, a concorrência feita pelo segundo não será mais intensa do que a exercida por outro qualquer concorrente. Pelo que vem de ser dito, entendemos que existe uma patente dessintonia entre o texto da norma sob análise e o seu espírito, uma vez que não parece ter sido intenção do legislador proteger o trespassário de uma qualquer concorrência, mas sim da concorrência diferencial que o trespassante poderá, em princípio, exercer devido à especial força atrativa que exerce sobre a clientela, desviando-a do estabelecimento trespassado. Se o que vem de ser dito estiver correto, justificar-se-à, então, uma interpretação restritiva do preceito sob análise, de modo reconduzir à hipótese da norma não toda e qualquer exploração de empresa comercial idónea a desviar a clientela da empresa transmitida, mas apenas a exploração particularmente idónea a produzir tal efeito de desvio, ou seja, aquela que for levada a cabo por um sujeito capaz de exercer uma concorrência diferencial enquanto a aquisição da empresa não se consolidar nas mãos do trespassário.

durar por um tempo “objetivamente necessário e suficiente”⁴⁷, que variará de caso para caso, “consoante o tipo de estabelecimento em causa (se a relação é ou não constante” mas que nunca dependerá da concreta “aptidão (ou inaptidão) que o trespassário revele para consolidar nas suas mãos o aviamento da empresa”. Apesar de todo o seu potencial, consideramos que o critério avançado pelo nosso Professor poderá tornar-se ainda mais útil se for complementado com algumas indicações, tanto do direito pátrio como do direito da União Europeia, que permitam lançar alguma luz sobre quais devam ser os tetos máximos de duração em qualquer caso.

No direito pátrio, podemos colher algum apoio no artigo 9º do Decreto-Lei nº 178/86, que estabelece o limite contratual de 2 anos para a duração da obrigação de não concorrência no contrato de agência⁴⁸.

Mais importante ainda, da nossa perspectiva, são as orientações que podemos colher na ComRa. Nela procede-se à distinção entre as situações em que a cessão da empresa “inclui a transferência da fidelidade dos clientes sob a forma de *goodwill* e saber-fazer⁴⁹” e aquelas situações em que na transmissão da empresa está apenas incluído o *goodwill*, permitindo que as cláusulas de não concorrência tenham uma maior extensão temporal no primeiro caso do que no segundo, sendo que os prazos estabelecidos - 3 e 2 anos, respetivamente – são relativamente curtos.

Mesmo tendo em mente que os limites temporais indicados não são absolutos⁵⁰, eles parecem-nos adequados à generalidade das situações. Subjacente

47 Serens, M. Nogueira, op. cit., cit. pp 7 e 19.

48 Neste sentido, sobre o trespasse, Aureliano, Nuno, op. cit. p. 795. A situação pressuposta no artigo é substancialmente distinta daquela que analisamos. No entanto, é possível encontrar algumas similitudes que justificam que a ela se recorra para obter um apoio legal indireto: Logo à partida, temos o facto de em ambas as situações estar em causa uma obrigação de não concorrência, além disso, não é de desconsiderar a possibilidade de estabelecer uma correspondência entre a “compensação” prevista no artigo e o preço pago pelo transmissário no *share deal*.

49 Cit. cons. 20. Sobre o que se deve entender por “saber fazer” para efeitos da interpretação desta comunicação, consulte-se o Regulamento nº 772/2004, artigo 1º, nº1 al. i), onde aquele conceito é definido como “um conjunto de informações práticas não patenteadas, decorrentes da experiência e de ensaios, que é: i) secreto, ou seja, que não é geralmente conhecido nem de fácil obtenção, ii) substancial, ou seja, importante e útil para o fabrico dos produtos contratuais, e iii) identificado, ou seja, descrito de forma suficientemente completa, de maneira a permitir concluir que o saber-fazer preenche os critérios de carácter secreto e substancial”.

50 A prática da Comissão – sempre por referência a cláusulas contratuais - demonstra que em determinadas circunstâncias e atendendo aos contornos concretos de cada caso concreto se podem justificar períodos de duração mais longos. A título de exemplo vejam-se as Decisões da Comissão de 23 de Outubro de 1998 (ponto 73), de 1 de Setembro de 2000 (ponto 56) e de 27 de Julho de 1995 (ponto 37), todas disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, números do CELEX,

a estas soluções parece estar a ideia de que o empresário médio é dotado das competências necessárias para, num curto espaço de tempo, consolidar as suas aquisições, promovendo uma rápida substituição da imagem do transmitente pela sua própria aos olhos do público e, em especial, da clientela⁵¹. Por isso mesmo, o prazo de dois anos será perfeitamente suficiente, a não ser naquelas situações em que a transmissão da empresa envolva também a transmissão de informações não patenteadas que, pelo seu valor, carecem de uma proteção extra contra uma eventual reprodução por parte do transmitente.

3.3.2. Âmbito geográfico

Compreende-se perfeitamente que a obrigação sob análise não possa valer para todo o espaço dado que a concorrência exercida pelo transmitente só poderá afetar a consolidação do valor adquirido pelo transmissário se for realizada no “raio de acção do estabelecimento”⁵² transmitido, pelo que só aí fará sentido a sua afirmação. Também neste ponto em particular consideramos ser de grande valia a ComRa dado que aquela ideia está perfeitamente exposta quando se estabelece, no considerando 22, que o “âmbito geográfico de uma cláusula de não concorrência deve limitar-se à área em que o cedente oferecia os produtos ou serviços relevantes antes da cessão, uma vez que o adquirente não precisa de proteção contra a concorrência do cedente nos territórios onde este não havia penetrado anteriormente”.

De uma assentada ficam assim definidos os limites geográficos da obrigação e o seu fundamento, pelo que nos abstermos de mais desenvolvimentos. Cabe só acrescentar que a determinação em concreto destes limites só poderá ser levada a cabo atendendo às vicissitudes de cada caso concreto e implicará uma complexa análise de mercado, que se funda mais em dados económicos do que propriamente jurídicos.

3.3.3. Âmbito pessoal ou subjetivo

Pretende-se agora determinar com precisão quem fica obrigado a não concorrer com o adquirente da empresa por força da realização do negócio de transmissão das participações sociais.

À partida, e atendendo aos princípios gerais da contratação, mais concretamente ao princípio da eficácia *inter partes* dos negócios jurídicos patente no artigo 406º nº 2 do CC, é de afirmar que só o alienante das participações

IV/M.1298, COMP/M.1980 e IV/M.612, respetivamente, em que se admite a duração de uma cláusula de não concorrência por 5 anos.

51 Neste sentido, Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit., pp. 330-331.

52 A expressão é de Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit. cit. p. 305.

ficará vinculado⁵³⁻⁵⁴. Parece ser esta a posição vertida na ComRa pois nela se dispõe, no considerando 24, que “[o] cedente pode vincular-se ele próprio, as suas filiais e os seus agentes comerciais. No entanto, uma obrigação de impor restrições similares a terceiros não será considerada directamente relacionada e necessária à realização da concentração”⁵⁵.

53 Em matéria de trespasse de um estabelecimento, alguns autores como Carvalho, Orlando, op. cit. pp. 492 a 496, Ramos, Maria Elisabete, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Obrigação de Não Concorrência”, *RJUM*, Lisboa, Ano 1º, p. 352 e Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., pp. 303 a 304, recorrem ao conceito de “perigosidade” e estendem o âmbito subjetivo potencial da obrigação de modo a abranger, além do trespasante, outros sujeitos como o seu cônjuge e filhos. Tanto quanto conseguimos perceber, a “perigosidade” daqueles sujeitos decorre do facto de eles poderem ter um conhecimento íntimo da organização e de outros elementos relevantes do estabelecimento, o que os coloca numa posição que lhes permite exercer uma “concorrência diferencial” (Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., pp. 303), em tudo semelhante à do transmitente.

Salvo o devido respeito pela opinião dos referidos autores, não podemos deixar de perguntar: Será a característica da “perigosidade” *de per se* suficiente para justificar uma restrição da liberdade de iniciativa económica daqueles sujeitos – terceiros em relação ao contrato - restrição essa que, de modo indireto afeta também o sistema concorrencial que se pretende defender? A nosso ver, uma inclusão dos sujeitos supramencionados no elenco de sujeitos passivos da obrigação é de difícil aceitação.

Não obstante, o recurso ao conceito de interposta pessoa - definido no artigo 579º n.º2 do CC – poderá ser uma via utilizável para limitar o exercício de atividades concorrentes por parte daquelas pessoas, desde que se demonstre que elas atuaram, nesse exercício, como “testas de ferro” do efetivo obrigado. Também Aureliano, Nuno, op. cit. pp. 787 a 789 bem como, Morais, Fernando de Gravato, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 118, partilham esta posição.

54 No ordem jurídica da RAEM a questão analisada na nota anterior é resolvida no n.º 2 do artigo 108.º do Código Comercial de Macau, segundo o qual ficarão sujeitos à obrigação de não concorrência “aqueles que, por força das suas relações pessoais com o alienante, possam desviar a clientela da empresa transmitida” - cônjuge e filhos estarão, por conseguinte, naturalmente incluídos. Esta solução, na medida em que alarga exponencialmente o âmbito potencial de sujeitos passivos da obrigação, confere um tutela mais intensa da aquisição do trespasário, o que é, certamente, um fator que facilita e incentiva a celebração de negócios sobre o estabelecimento. Todavia, temos sérias dúvidas de que seja uma solução desejável por duas ordens de razões. Primeiro, porque o preço a pagar pela sua afirmação se cifra na limitação de direitos de sujeitos que são terceiros em relação às partes do negócio de trespasse (sublinhando também este aspeto, Santos, Filipe Cassiano dos, op. cit., p. 330, nota 321). Depois, porque o elemento central e dinamizador da hipótese da norma, o conceito de “relações pessoais”, sendo um conceito indeterminado, poderá ser interpretado de várias formas, variando significativamente a amplitude do círculo de sujeitos potencialmente abrangidos pela norma consoante a interpretação sufragada. Assim, e por exemplo, adotando-se uma interpretação jus-civilística do conceito, o elenco de sujeitos passivos potenciais será certamente menos amplo do que se atribuímos ao conceito o seu significado mundano de relação social de proximidade.

55 A vinculação das filiais parece ser admitida atendendo à ausência de autonomia jurídica destas

Visto que nos *share deals* a situação paradigmática é aquela em que uma sociedade aliena as participações sociais que detém numa outra a uma terceira sociedade, a questão que mais comumente se colocará em matéria de definição dos sujeitos passivos da obrigação, será a de saber se, à semelhança do que acontece com a sociedade alienante, também os seus sócios ficarão vinculados a não concorrer com a sociedade adquirente.

Também aqui o princípio da eficácia *inter partes* dos negócios jurídicos determina que a resposta seja, à partida, em sentido negativo. Defender uma outra posição de princípio seria, a nosso ver, ignorar que a personalidade jurídica da sociedade implica que seja ela o centro de imputação dos direitos e obrigações que decorrem dos contratos por ela celebrados e que só em casos excepcionais se deve olhar através dessa personalidade para imputar direitos e obrigações aos seus sócios⁵⁶.

Nas sociedades anónimas, o próprio esquema de distribuição de competências em matéria de administração entre os sócios e o órgão de administração parece corroborar a posição sustentada. Analisando-se o artigo 406º em contraposição com o 373º n.º 2 e 3, ambos do CSC, percebe-se claramente que existe uma concentração daquelas competências no órgão de administração⁵⁷. Este esquema distributivo determina que numa situação normal os sócios não tenham qualquer intervenção direta nos negócios de transmissão de empresas da sociedade através de *share deals*⁵⁸, pelo que se torna ainda mais difícil entender que fiquem vinculados por força deles.

Nas sociedades por quotas o quadro de distribuição já é um pouco diferente. Com efeito, o artigo 246º do CSC, que dispõe sobre a competência da coletividade dos sócios nestas sociedades, já considera, na al. d) do seu n.º 2, que a alienação ou oneração de participações noutras sociedades é, em princípio, matéria da competência

em relação ao cedente. Já a vinculação dos agentes parece assentar na sua dependência económica em relação àquele.

56 De facto, a admissão deste “levantar do véu” da personalidade jurídica da sociedade - que pressupõe um afastamento de posições formalistas e absolutizadoras daquela - só poderá ser aceite quando se verifique um abuso da personalidade coletiva ou outra razão igualmente ponderosa. Para uma exposição sobre a matéria da desconsideração da personalidade jurídica acompanhada de exemplos ilustrativos, entres os quais se contam dois casos de imputação dos efeitos de um contrato aos sócios relacionados com a questão analisada em texto, veja-se Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Volume II, Das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2015, pp. 166 a 177.

57 Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2ª edição, 2010, cit. p. 42, depois de elencar as várias tarefas que integram a competência do órgão de administração, considera que “[a] administração que mais releva é a *da(s) empresa(s)* da sociedade”, que engloba, precisamente, as decisões quanto ao modo de funcionamento daquelas, relativas à sua dimensão e número e à sua aquisição e alienação.

58 Os artigos 319º e 320º, ambos do CSC, incluem a aquisição e alienação de ações no âmbito das competências do órgão deliberativo-interno, mas referem-se tão-só a ações da própria sociedade.

daqueles⁵⁹. De qualquer forma, atendendo à forma colegial das deliberações dos sócios, compreende-se mal, principalmente naquelas situações em que, atenta a distribuição da percentagem de quotas, nenhum deles poderia, só por si, impor a sua vontade, que todos eles fiquem vinculados a não concorrer por força da aprovação de uma deliberação de alienação de participações sociais detidas numa outra sociedade.

Não obstante o que vem sendo dito, certos casos existirão em que, na nossa perspectiva, será de admitir que um ou alguns sócios fiquem obrigados a não concorrer por força da celebração de um *share deal*. Será assim, por exemplo, quando numa sociedade por quotas um dos sócios for detentor de uma participação social tão expressiva que lhe permita impor a sua vontade no seio do órgão deliberativo-interno da sociedade, de tal modo que se possa reconduzir a ele a decisão de alienação das participações⁶⁰, desde que se possa qualificá-lo como um concorrente diferenciado. Além disso, pode ainda equacionar-se a vinculação do sócio de uma sociedade anónima⁶¹⁻⁶².

59 Competência legal dispositiva, no sentido de que pode ser afastada pelo estatuto social. Sobre esta matéria, mais desenvolvidamente, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, “Anotação ao artigo 246º” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume IV*, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 13 a 22. Isto implica que quando o estatuto social atribua aquela competência ao órgão de administração, os sócios – desde que não sejam também gerentes – sejam em princípio alheios aos negócios de alienação de participações sociais.

60 Este será, por conseguinte, um daqueles casos em que existem ponderosos motivos a justificar a imputação dos efeitos do negócio também à pessoa do sócio. Na verdade, é a sua vontade que é expressada na deliberação social, sendo a sociedade como que o instrumento da concretização daquela.

61 Na situação particular das sociedades anónimas a possibilidade de imputação parece-nos ser bem menor. De facto, atendendo à sua natureza tendencialmente capitalística que se reflete, como vimos, na forma de distribuição dos poderes de administração, será mais difícil encontrar uma situação que ocorra a necessária confusão entre a vontade do sócio e a da sociedade. Por falta de espaço não iremos aqui abordar esta matéria complexa. De todo o modo, parece-nos ser de exigir, pelo menos, que o sócio desempenhe funções de administração dado que será essa a circunstância em que com mais probabilidade se poderá detetar uma intervenção direta da vontade daquele no negócio.

62 Questão distinta da que ficou analisada em texto é a de saber se o sócio dominante pessoa humana, quando ocupe a posição substancialmente equiparável à do trespassante por força da alienação da sua participação social, ficará, ou não, vinculado a não concorrer com o adquirente daquela. Neste ponto particular parece-nos de aplaudir a solução vertida no n.º 3 do artigo 108.º do Código Comercial de Macau, que responde claramente à questão em sentido afirmativo, destarte eliminando qualquer incerteza que pudesse existir. Todavia, também aqui entendemos ser importante proceder a uma interpretação restritiva da norma, de modo a excluir do seu âmbito o sócio dominante em relação a quem não estejam reunidas as condições que permitam concluir pela sua capacidade para exercer uma concorrência diferenciada.

3.3.4. Âmbito objetivo

Pretende-se agora determinar com exatidão quais as atividades cujo exercício fica vedado ao transmitente das participações sociais por força da obrigação implícita de não concorrência.

À semelhança do que sucede nos casos de *trespasse*⁶³, também para os casos de *share deals* entendemos que será de afirmar que o alienante só ficará impedido de exercer atividades total ou parcialmente idênticas àquela que era exercida através da empresa da sociedade cujas participações sociais foram objeto do negócio⁶⁴. O considerando 23 da ComRa vai claramente neste sentido quando dispõe que “[d]o mesmo modo, as cláusulas de não concorrência devem limitar-se aos produtos (incluindo versões melhoradas ou actualizações de produtos, bem como os modelos que lhes sucedem) e serviços que constituem a actividade económica da empresa cedida.”

Uma questão particularmente interessante que se pode aqui suscitar é a de saber se o alienante fica impedido, por força do *share deal*, de adquirir participações numa outra sociedade com objeto semelhante ao da empresa transmitida.

Na nossa perspectiva, uma correta análise deste problema implica que se faça, logo à partida, uma distinção entre as aquisições a que esteja subjacente um puro intuito de investimento financeiro e aquelas que, pelo contrário, tenham como fim ou efeito a imissão do adquirente numa posição que lhe permita exercer uma influência efetiva na sociedade com objeto idêntico ou semelhante ao da empresa transmitida. Neste mesmo sentido vai a ComRa, no seu considerando 25, quando determina que só as aquisições subsumíveis na segunda situação deverão poder ser objeto de uma cláusula considerada como restrição diretamente relacionada e necessária à concentração. De facto, seria difícil compreender que o alienante das participações sociais se visse impedido, por exemplo, de adquirir ações numa sociedade que, pelo seu bom funcionamento e capacidade de gerar lucros, justificasse a aquisição de uma perspectiva estritamente financeira. Neste tipo de situações a atividade que se exerce é uma atividade especulativa que, por isso mesmo, também não prejudica as condições

63 Em matéria de *trespasse*, a generalidade doutrina entende que o âmbito objetivo da obrigação se restringe, citando Morais, Fernando de Gravato, op. cit., p. 116, “ao exercício de uma atividade (total ou parcial) estritamente semelhante ou intimamente ligada à do estabelecimento transmitido”. Parece-nos correto este entendimento dado que defender uma maior amplitude da obrigação redundaria na inclusão de atividades cujo exercício, pela ausência da referida semelhança, não poderia prejudicar as condições de consolidação da posição de mercado adquirida pelo *trespassário*, pelo que representaria uma restrição injustificada do direito à liberdade de iniciativa económica do *trespassante*.

64 Cabe dizer que se o transmitente já exercia atividade semelhante através de outra ou outras empresas, não fica impedido de continuar a fazê-lo. Para conclusão semelhante no âmbito do *trespasse*, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, op. cit., p. 304, nota 752.

objetivas de consolidação da aquisição do transmissário.

Antes de encerrar este ponto, parece-nos ser interessante averiguar se, por força da celebração de um *share deal*, o alienante das participações sociais pode ficar impedido de exercer funções de administração numa outra sociedade que exerça atividade concorrente.

Em primeiro lugar, cabe dizer que esta questão não se colocará naqueles casos paradigmáticos em que ambas as partes do contrato são sociedades. Isto porque, da nossa perspetiva, no nosso ordenamento jurídico está vedada às pessoas coletivas a possibilidade de assumirem cargos de administração numa outra sociedade.⁶⁵

No entanto, quando o alienante das participações seja uma pessoa humana, o problema enunciado já pode ser colocado e, por isso mesmo, não pode ser ignorado.

Como já ficou esclarecido, a afirmação da obrigação de não concorrência visa evitar que o transmitente das participações sociais possa prejudicar as possibilidades de o transmissário consolidar a sua aquisição através do exercício de uma atividade concorrencial. O que através daquela obrigação se limita, portanto, é a possibilidade de o transmitente se restabelecer no mercado dentro dos limites já mencionados, ou, por outras palavras, restringe-se a sua liberdade de iniciativa económica na sua dimensão de liberdade de entrada no mercado. Outros direitos fundamentais que assistem ao transmitente, nomeadamente o direito ao trabalho e à livre escolha de profissão previstos, respetivamente, nos artigos 58º nº 1 e 47º da CRP, permanecem intocados, sendo a sua extensão completamente alheia à circunstância de o transmitente ter realizado o *share deal*. Por ser assim, conclui-se que o transmitente deve permanecer livre para exercer as funções de administrador ou gerente numa sociedade concorrente pois esse exercício não é mais do que uma manifestação daqueles dois direitos fundamentais⁶⁶.

III. Breves considerações sobre a obrigação contratual de não concorrência

Até este ponto dedicámos a nossa atenção à obrigação implícita de não concorrência. Não obstante, tendo em conta que na prática negocial no âmbito dos *share deals* a situação mais comum parece ser aquela em que as partes preveem

65 A situação não é líquida e a posição assumida em texto é apenas uma de entre as várias que se podem assumir. Não obstante, e acompanhando Serens, M. Nogueira, op. cit., p. 10, nota 25, parece-nos determinante a clareza das disposições dos artigos 191º nº 3, 252º nº 1 e 390º nº 3, todos eles do CSC no sentido apresentado em texto.

66 Para a mesma conclusão mas com maior desenvolvimento e extensa justificação confira-se Serens, M. Nogueira, op. cit. pp. 11 a 13, cujas conclusões subscrevemos.

expressamente cláusulas de não concorrência⁶⁷, importa dedicar algumas linhas, ainda que breves, às questões que nesta matéria se podem colocar, nomeadamente ao problema de saber se a existência de uma declaração expressa pode justificar uma restrição do direito à liberdade de iniciativa económica do cedente das participações numa medida superior àquela que seria de considerar estritamente necessária atendendo à função da obrigação de não concorrência.

Na resolução desta questão será de grande valia a ComRa e as indicações nela presentes⁶⁸, não só para estabelecermos o ponto a partir do qual se pode considerar que foram excedidos os limites em princípio admissíveis⁶⁹, como também para colher orientações acerca do caminho a seguir em tal circunstância.

Como ponto de partida, parece ser de considerar que “[q]ualquer extensão daquele conteúdo, tido como essencial à transmissão do estabelecimento, deverá ser encarada como uma restrição (em princípio) proibida de concorrência”⁷⁰. Com efeito, a restrição acessória que esteja nessas condições poderá ser considerada directamente relacionada com a operação de transmissão das participações⁷¹ mas já não poderá reputar-se como necessária na parte em que exceda os limites tidos como estritamente necessários. No mesmo sentido depõe a ComRa, quando indica que “os artigos 81.º e 82.º do Tratado CE [atuais 101º e 102º do TFUE] continuam a ser potencialmente aplicáveis às restrições não directamente relacionadas e necessárias à realização da concentração”⁷². Daqui se

67 De facto, segundo o testemunho de Antunes, José A. Engrácia, op. cit. p. 746 e 747, no setor da negociação mercantil é fundamental a distinção entre aquilo que se pode designar por modelos sintéticos e modelos analíticos de negociação de empresa. Estes últimos “vêm assumindo um relevo crescente nos negócios de transmissão empresarial indirecta, mormente nos casos de aquisição de participações sociais de controlo, de fusões e de cisões” na medida em que, ao contrário dos modelos sintéticos, permitem uma regulação contratual exaustiva tanto de aspetos fundamentais como secundários do negócio, entre os quais se conta, precisamente, a obrigação de não concorrência.

68 As dificuldades com que nos deparamos supra em relação à possibilidade de recorrer a esta comunicação para definir os limites da obrigação implícita de não concorrência não se verificarão agora na medida em que esta situação é precisamente aquela a que a ComRa se pretende aplicar: estaremos perante um acordo restritivo da concorrência que se pretende acessório “isto é, “*subordinado e colateral*” a uma outra transacção legítima (v.g., trespasse do estabelecimento ...), e necessário para tornar essa transacção efectiva”, Serens, M. Nogueira, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, Coimbra, 2007, cit. p. 349.

69 Sobre estes vejam-se as considerações expendidas acerca dos âmbitos da obrigação implícita de não concorrência, em particular as referências feitas aos considerandos da ComRa.

70 Cit. p. 10.

71 Recorde-se que a característica da relação direta da restrição se afere pela sua relação económica com a transacção principal e pelo facto de a sua previsão se destinar a possibilitar uma transacção “harmoniosa” da empresa.

72 Citação do considerando 7, onde se indica ainda que “o simples facto de um acordo ou disposições

retira que a consequência da ultrapassagem daqueles limites é a submissão daquelas restrições ao crivo do artigo 101^{o73}. Isto significa, por um lado, que aquela restrição de um direito disponível terá de se compatibilizar com os interesses superiores que este último artigo pretende proteger sob pena de ser considerada nula⁷⁴, mas, por outro, que poderá ser válida se passar no seu crivo.

Dado que a exposição já vai longa, não podemos encetar uma análise exaustiva do funcionamento do artigo 101^o TFUE. Por isso, limitar-nos-emos a expor as linhas gerais que consideramos essenciais para que se perceba de que forma se deve proceder para avaliar se uma cláusula de não concorrência contida num contrato pode ser admitida à luz desse artigo, ou, pelo contrário, sofrer a sanção de nulidade prevista no seu n^o 2.

Em primeiro lugar, e seguindo a ordem prevista no artigo 101^o n^o1 do TFUE, há que verificar se o contrato em que está prevista a prática restritiva pode afetar, ou não, o comércio entre os Estados-Membros. Na realização desta tarefa são essenciais as Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os EM⁷⁵. Além disso, há que atender à jurisprudência do TJUE, que desde muito cedo definiu que nem toda a afetação do comércio entre EM seria relevante para efeitos da aplicação do artigo 101^o, consagrando uma regra *de minimis* que limita a aplicação do artigo aos acordos que tenham por efeito uma afetação sensível do comércio⁷⁶.

Saber se o acordo produz uma afetação sensível implica uma análise do mercado

não serem considerados acessórios a uma concentração não prejudica, enquanto tal, o respectivo estatuto jurídico.”.

73 Aparentemente neste sentido, vejam-se as conclusões apresentadas a propósito do Acórdão *REMIA v Comissão*, Processo 42/84, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>, onde o Advogado Geral, a p.inas 13, dispõe que a seu ver, “a não aplicação da proibição dos acordos restritivos é possível onde as restrições sejam indispensáveis para a prossecução de objetivos contratuais legalmente permitidos, tais como a consolidação dos efeitos de um acordo de venda de empresa” (tradução nossa), pelo que se pode concluir que quando não exista “indispensabilidade”, será de aplicar o artigo 101^o.

74 É esta a sanção prevista no artigo 101^o n^o 2 e que segundo a jurisprudência do TJUE consolidada nos Acórdãos *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm* e *Consten and Grundig*, respetivamente, processos 56/57 de 1966 e 56 e 56/64 de 1966, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, se aplicará apenas à disposição em causa, permanecendo válido o resto do contrato. Saber se o contrato “amputado” pode ou não continuar a vincular as partes é uma questão que deve ser apreciada à luz da legislação nacional.

75 Nas quais não só não é afastada a possibilidade de um acordo em que todas as partes se situem num mesmo EM afetar o comércio entre os EM, como também é considerado relevante o efeito meramente potencial sobre o comércio. Neste sentido, veja-se o cons. 23 da comunicação inserido no ponto 2.3 onde se pretende dar a noção de “suscetível de afetar”.

76 A título de exemplo, vejam-se os acórdãos *Tepea*, Processo 28/77 de 1978 e *Bagnasco*, Processos apensos C-215/96 e C-216/96, disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu>. Sobre o conceito de “afetação sensível”, consulte-se a Comunicação *de minimis* da Comissão (2001/ C 368/ 07).

relevante dado que “é esta a realidade na qual deve ser aferido o impacto de uma prática anti-concorrencial e determinado o carácter sensível dos seus efeitos”⁷⁷. O mercado relevante “deve ser definido na sua dupla vertente do (i) produto (ou material) e (ii) geográfico”⁷⁸.

Um outro pressuposto de aplicação do artigo 101º nº 1, é que o acordo tenha por efeito ou objeto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Quando o objeto do acordo não seja iminentemente anti concorrencial⁷⁹, haverá que averiguar dos seus efeitos atendendo ao caso concreto e ao contexto económico em que ele é realizado⁸⁰.

De todo o modo, atendendo à prática do TJUE⁸¹ parece-nos difícil conceber uma situação em que seja prevista uma obrigação de não concorrência que ultrapasse os limites do que possa ser considerado estritamente necessário para a consolidação da aquisição pelo adquirente sem que estejam preenchidos os requisitos do nº 3 do artigo 101º⁸², que não seja declarada nula na parte excedente, quanto mais não seja, por força

77 Anastácio, Gonçalo, “Comentário ao Artigo 101º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, coord. Gonçalo Anastácio e Manuel Lopes Porto, Almedina, Coimbra, 2012, cit. p. 498.

78 O processo de definição do mercado relevante é deveras complexo e implica a mobilização de conhecimentos jurídicos e económicos. O carácter multidisciplinar desta tarefa torna impossível que realizemos uma análise exaustiva da questão. Por isso, limitamo-nos a esta breve referência e à indicação da Comunicação da Comissão 97/C 372/03, relativa à definição do mercado relevante.

79 Sobre este tipo de acordos, também designados por *hard-core restrictions*, consulte-se Korah, Valentine, op. cit., pp. 287 e ss.

80 Também esta operação tem uma vertente marcadamente económica que requer conhecimentos relativamente profundos dessa ciência, pelo que nos abtemos de tecer mais considerações.

81 A título de exemplo, vejam-se os Acórdãos *Nungesser v Commission*, processo 258/78 de 1982 (§56-58), *Coditel (II)*, processo 261/81 de 1982 (§15-19), e o já referido *REMLA v Commission* (§20), todos disponíveis em <http://eur-lex.europa.eu/>, em que o Tribunal procurou averiguar a situação hipotética que existiria na ausência da restrição, de modo a verificar se seria possível a produção dos efeitos pretendidos pelo acordo sem aquela e concluiu que só seriam de admitir as restrições quando aquela possibilidade não existisse e o âmbito das restrições não fosse mais extenso que o estritamente necessário. Sobre a (complexa) doutrina do counterfactual, veja-se Korah, Valentine, op. cit., pp. 80-83.

82 Atendendo ao rigor do teste realizado pelo TJUE nestas situações, parece que só a verificação dos requisitos deste nº 3 poderá salvar uma cláusula de não concorrência mais extensa que o devido, sendo esta uma das consequências negativas da admissão de um conceito de restrição acessória tão restrito. De facto, os sujeitos que pretendam beneficiar da isenção do nº3 terão de arcar com o pesado ónus da prova da legalidade da restrição. Neste mesmo sentido, Korah, Valentine, op. cit., p. 83. A prática dos tribunais estadunidenses revela a utilização de um conceito mais amplo de restrição acessória na medida em que se exige apenas que a prática restritiva em causa seja “razoavelmente necessária” e “razoavelmente relacionada” com a operação principal. Esta prática foi cunhada pelo ilustre juiz Taft, logo no acórdão *U.S.v. Addyston Pipe & Steel Co.*,

da aplicação das normas, no caso nacional, da LC, em relação às práticas restritivas da concorrência⁸³.

Conclusão

Aqui chegados, cumpre apresentar uma resenha das conclusões que ao longo do texto se foram sucedendo.

Assim, concluímos pela possibilidade de equiparação do *share deal* ao *asset deal* naquelas situações em que seja detetável uma vontade das partes nesse sentido, e quando tal vontade esteja alicerçada numa transmissão de participações em percentagem suficiente para imitar o transmissário numa posição de controlo da sociedade. Quando assim for, será de qualificar o contrato de compra e venda de participações (também) como contrato de compra e venda de empresa. Esta qualificação acarretará a aplicação das normas destinadas à regulação do contrato de *trespasse*, assim como outras soluções que no seu âmbito se afirmem, desde que exista uma afinidade teleológica que a justifique. Assim, por exemplo, onde a transmissão de uma empresa não seja possível pela via do *trespasse*, v.g., porque a atividade exercida carece de uma licença especial que é atribuída ao titular e, como tal, não pode sem mais ser transmitida, também não será admissível pela via indireta pois as razões que justificam aquela proibição na primeira situação mantêm-se perfeitamente válidas na segunda. Destarte, parece-nos injustificado o receio de utilização do *share deal* como mecanismo de fraude à lei, pelo menos para as situações mais gravosas.

Além disto, concluímos também pela possibilidade, *rectius*, necessidade, de afirmar – tal como se faz geralmente para o *trespasse* – a existência de uma obrigação de não concorrência no âmbito dos negócios de transmissão de participações àquele equiparáveis, de modo a garantir que estão reunidas as condições necessárias à consolidação da aquisição empresarial na esfera económica e jurídica do transmissário.

Quando curámos da densificação daquela obrigação concluímos que estão essencialmente corretos os limites previstos na ComRa, na medida em que, como vimos, corresponderão àquilo que deverá ser considerado, na generalidade dos casos, como estritamente necessário ao cumprimento da função de garantia da obrigação implícita de não concorrência.

Por fim, constatámos que é possível a previsão expressa de cláusulas de não concorrência cujos limites excedam aquele “mínimo necessário”, sendo que a consequência desta ultrapassagem é a submissão dessas restrições da concorrência ao

de 1898, disponível em <https://supreme.justia.com>. Para uma análise comparativa do sistema do artigo 101º com o sistema estadunidense, consulte-se Jebelli, Kayvan Hazemi, *EU Ancillary Restraints: a reasoned approach to Article 101(1)*, disponível em <http://www.ssrn.com/en/>.

83 Vejam-se os artigos 9º e 10º da LC.

teste do artigo 101º nº 1 do TFUE.

De todo o modo, verificou-se que, atendendo à conceção estrita do conceito de “restrição acessória” adotada pelo TJUE, dificilmente encontraremos uma cláusula naquelas condições que, não sendo abrangida pela isenção do nº 3 do artigo 101º TFUE, escape à declaração de nulidade.

Bibliografia

Anastácio, Gonçalo, “Comentário ao Artigo 101º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, coord. Gonçalo Anastácio e Manuel Lopes Porto, Almedina, Coimbra, 2012

Antunes, José A. Engrácia, “A Empresa como Objecto de Negócios – “Asset Deals” Versus “Share Deals””, *ROA* 2008, p.716

Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2ª edição revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2002

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial, Volume I*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2013

Curso de Direito Comercial, Volume II, Das Sociedades, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2015

Governança das Sociedades, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2010

“Anotação ao artigo 246º” in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário – Volume IV*, coord. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2012

Aureliano, Nuno, “A Obrigação de não Concorrência do Trespasante de estabelecimento comercial no Direito Português”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Volume IV*, Coimbra, Almedina, 2003

Carvalho, Orlando, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial, I – O problema da empresa como objecto de negócios*, 1967

Costa, Ricardo “O Novo Regime do Arrendamento Urbano e os Negócios sobre a Empresa” in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Correia, A. Ferrer, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Coimbra, Atlântida, 1948
Sobre a projectada reforma da legislação comercial portuguesa, separata da *ROA*, ano 44

Correia, A. Ferrer e Sá, Almeno de, “Oferta pública de venda de acções e compra e venda de empresa”, *CJ*, ano 18

Cordeiro, A. Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999

Cunha, Carolina, *Controlo das Concentrações de Empresas – Direito Comunitário*

e *Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2005

Garcia, Augusto Teixeira, “O Novo Código Comercial de Macau”, in *BFDUM*, n.º 9, 2000

“Da Reforma do Código Comercial”, in *BFDUM*, n.º 7, 1999

Jebelli, Kayvan Hazemi, *EU Ancillary Restraints: a reasoned approach to Article 101(1)*, disponível em <http://www.ssm.com/en/>

Korah, Valentine, *An introductory guide to EC competition law and practice*, 9ª edição, Hart Publishing, Oxford, 2007

Monteiro, António Pinto, e Pinto, Paulo Mota “Compra e venda de empresa – A venda de participações sociais como venda de empresa (“share deal”)", *RLJ*, ano 137

Morais, Fernando de Gravato, *Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial*, Coimbra, Almedina, 2005

Pereira, Alexandre Dias, Propriedade Intelectual e Concorrência Desleal em Macau (Breve Apontamento), *Administração*, n.º 76, vol. XX, 2007

Ramos, Maria Elisabete, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Obrigação de Não Concorrência”, *RJUM*, Lisboa, Ano 1º

Santos, Filipe Cassiano dos, *Direito Comercial Português, Volume I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

Serens, M. Nogueira, “Trespasse de Estabelecimento Comercial – Dever de não concorrência pelo trespassário” in *CJ (STJ)*, 2001, Tomo II

A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca, Almedina, Coimbra, 2007

Slaughter and May, *An overview of the EU competition rules*, 2011, disponível em <https://www.slaughterandmay.com>.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão *REMLA v Comissão*, Processo 42/84, de 1985

Acórdão *Tepea BV v Commission*, Processo 28/77, de 1978

Acórdão *Carlo Bagnasco and Others v Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BNP)*, Processos apensos C-215/96 e C-216/96, de 1999

Acórdão *Nungesser v Commission*, Processo 258/78, de 1982

Coditel (II), Processo 261/81 de 1982

Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm Processo 56/57, de 1966

Consten and Grundig Processos 56 e 56/64, de 1966

***Supreme Court* Estadunidense**

U.S.v. Addyston Pipe & Steel Co., de 1898

***Corte Suprema di Cassazione* Italiana**

Acórdão nº 14471 de 25/06/14

VÁRIA

RECEPÇÃO E EVOLUÇÃO DA UNIÃO DE FACTO EM MACAU

Wang Wei

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: A *união de facto* é a relação entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges. Para compreender a *união de facto* ou a relação de coabitação sem vínculo matrimonial – uma relação que co-existe com o instituto do *casamento* –, na sociedade contemporânea, é preciso analisar a evolução dos conceitos de *família* e de *agregado familiar*, desde a sua origem, de modo a perceber melhor a evolução, as perplexidades e os desafios do Direito da Família de hoje.

O presente artigo pretende, mediante a análise feita à evolução histórica da *união de facto*, ao seu contexto social e aos motivos que levaram à criação do seu regime, demonstrar o desenvolvimento, o retrocesso e as mudanças verificadas nesse regime.

Nesta análise, foi feita também a interpretação das normas legais e os seus valores culturais subjacentes, com o objectivo de esclarecer eventuais dúvidas de natureza doutrinária.

Palavras-chave: Direito Romano; concubinato; união de facto; Código Civil de Portugal; sucessão jurídica; regime jurídico da união de facto em Macau; Código Civil de Macau.

1. Introdução

Após a vigência do direito romano, a coabitação fora do casamento passou a ser ilegal ou consubstancia apenas uma situação de facto fora da regulamentação

do direito? Nas últimas décadas, os valores das pessoas mudaram de acordo com o progresso da sociedade. O casamento já não é a única opção possível para a união de duas pessoas de sexo diferente. Hoje em dia, é facto incontestável a pluralidade de formas de viver das pessoas. Várias jurisdições mudaram de posição em relação à coabitação fora do casamento, começando, mesmo, a regulamentá-la.

Em meados dos anos setenta do século passado, as normas sobre a *união de facto* no direito português foram estendidas a Macau, de forma dispersa e enfatizando a protecção dos filhos nascidos da *união de facto*. Só em 1999, ao elaborar o Código Civil de Macau, o legislador estabeleceu o regime jurídico da *união de facto*.

Literalmente, *união de facto* e *casamento de facto* podem ser considerados como sinónimos. Todavia a *união de facto* é distinta do *casamento de facto*. “O seu conteúdo e implicações apresentam importantes diferenças com o regime tradicional do casamento de facto”¹.

Do ponto de vista jurídico, em Macau a *união de facto* não é um substituto do casamento, nem se confunde com ele. No fundo, a *união de facto* constitui uma relação específica, não baseada no contrato do casamento, porém, análoga à relação dos cônjuges que pode gerir certos efeitos jurídicos.

O presente artigo pretende, mediante a análise da evolução histórica da *união de facto*, o seu contexto social e as causas do seu regime, demonstrar a evolução e as mudanças do seu regime. Neste processo de investigação interpretamos também as normas relevantes, analisando os valores culturais subjacentes, de modo a esclarecer certas questões doutrinárias.

2. Do concubinato à livre união

O regime da *união de facto* tem uma longa duração, desde o “concubinato” no direito romano à “livre união” na época contemporânea, experimentando a proibição do direito canónico e indiferença do direito civil contemporâneo.

2.1. O “Concubinato” no Direito Romano

A palavra latina *Concubinatu* é composta por *cum* e *cubare*: *cum* é uma preposição e significa “com alguém”; *cubare* é um verbo e significa “ir à cama, dormir”². *Concubinatu* significa “dormir com alguém”. Sendo um termo jurídico, *concubinatu* significa união legal fora do casamento que, em chinês, é normalmente

1 Xia Yinlan: *Estudo Comparativo da “União de Facto” em Macau e da “União de Facto” no Continente Chinês*, in *Revista da Administração*, n.º 50, vol. XIII, 2000-4.º, p. 1237-1248.

2 Na antiga Roma, *Cuba* era uma deusa que protegia os bebés no berço—<http://www.mythindex.com/roman-mythology/C/Cuba.html> (consultado em 22 de Dezembro de 2010).

traduzido como “姘合”.

Na vigência do direito romano, vigorava o modelo dualista: do casamento e do concubinato.

No direito romano, o casamento consistia na comunhão da vida entre homem e mulher, formando um casal, isto é, o casamento constituía uma união destinada a procriar, sustentar os filhos e criar uma relação íntima e duradoura em vários aspectos. Esta vontade era considerada como afeição matrimonial (*affection maritalis*). Ou, melhor, a validade do casamento dependia de dois requisitos básicos: a afeição matrimonial e a coabitação³. Outro requisito importante da legalidade do casamento, no tempo dos romanos, era a capacidade matrimonial (*connubium*) ou direito de casar (*ius connubii*)⁴.

De facto, uma característica saliente da sociedade romana era a sua divisão em classes, o que constituía um instrumento importante para garantir o regime de classes. Apenas os cidadãos romanos tinham capacidade matrimonial. Mesmo os filhos nascidos da união entre romanos e estrangeiros não gozavam desse privilégio. Por isso, o casamento era visto como símbolo do *status social* privilegiado. Um homem com estatuto social, se quisesse casar com uma mulher sem estatuto social, apenas podia recorrer à forma da *união de facto*, criando assim a figura do *concubinatus*⁵.

Sob o ponto de vista histórico, o conceito e o significado do *concubinatus* no direito romano, não foram sempre iguais. Variaram conforme os vários níveis de desenvolvimento da sociedade. Inicialmente o conceito do *concubinatus* apresentava-se de forma negativa, ou seja, usando a exclusão do estupro como critério para determinar a legalidade da relação sexual fora do casamento. Ulbiano definiu inicialmente, da seguinte forma, o conceito do *concubinatus*: *cum Atilicino sentio et puto solas eas in concubinatus haberi posse sine metu criminis, in quas stuprum non committitur*⁶. Estupro (*stuprum*) significava ter relação sexual com mulher com estatuto social elevado, e “*concubinatus*” significava viver com mulher com estatuto social baixo, isto é, coabitar com mulher com estatuto social baixo, em situações que não eram consideradas como cometendo “estupro”⁷. Além

3 Pietro Bonfante, «羅馬法教科書» (*Istituzioni di diritto romano*), tradução chinesa de Huang Feng, China University of Political Science and Law, 2005, p. 107 -108.

4 *Ibid*, p. 109.

5 *Ibid*, p. 109 e 117.

6 D.L 1, 25,7 (*apud* Geraldo da Cruz Almeida, *Da União de Facto – Convivência More Uxoriorum em Direito Internacional Privado*, Pedro Ferreira Editor, 1999, p. 64, nota 98).

7 Pietro Bonfante, *op. cit.*, p. 116-117; Beryl Rawson, *Roman Concubinage and Other de Facto Marriages*, http://www.jstor.org/stable/2936094?seq=1#page_scan_tab_contents (consultado em 01.08.2015).

disso, este tipo de união tinha natureza duradoura e não temporária. A mulher, no concubinato, também não era “amante”, ou seja, os sujeitos do concubinato não podiam ser, simultaneamente, marido ou mulher doutra pessoa⁸. Ter como fim viver em conjunto já constituía concubinato, que era outra forma de união entre homem e mulher, fora do casamento. Isto é, inicialmente, o conceito de *concubinato* distinguia-se claramente do de *casamento*. Pessoas com estatutos sociais muito diferentes, com qualidades diversas, não se podiam casar, tornando, assim, o concubinato não confundível com o casamento⁹.

No final da República, em Roma, a moral da sociedade romana decaía dramaticamente, surgindo crises de natureza deontológica, enfraquecimento do casamento e dissolução da família. Augustus, com o objectivo de ressuscitar a influência da família, promulgou sucessivamente várias leis: a *Lex Iulia de maritandis ordinibus* que regulava o casamento de pessoas de diferentes estatutos sociais; *Lex Iulia de adulteriis coercendis* que punia o adultério; e *Lex Papia Poppaea* que incentivava o casamento e consolidava o regime do casamento. Todas elas destinadas a proteger o regime do casamento, punir relações extramatrimoniais ilegítimas, isto é, estupro¹⁰, excepcionando apenas a união entre homem e mulher com a intenção de constituir uma vida em comum duradoura¹¹. Por isso, na opinião dos especialistas, apesar de o objectivo do imperador romano na promulgação da lei contra adultério ser incentivar e proteger o casamento, (e não consolidar o concubinato), mas, ao permitir a união fora do casamento, com mulheres de estatuto social baixo, promoveu, antes pelo contrário, a institucionalização do concubinato¹².

Na era de Justiniano, o regime de concubinato sofreu alterações substanciais. Apesar de Justiniano colocar o concubinato abaixo do casamento, ou seja, considerava-o como união “inaequale coniugium” entre homem e mulher de forma inferior à forma do casamento, mas a diferença de estatuto social entre homem e mulher já não constituía impedimento do casamento. Justiniano definiu o concubinato como: coabitação estável com mulher, sem “afeição matrimonial”

8 Pietro Bonfante, *loc. cit.*

9 Barry Nicholas, «羅馬法概論» (*An Introduction to Roman Law*), tradução chinesa de Huang Feng, China University of Political Science and Law, 2010, p. 77; Pietro Bonfante, *op. cit.* p. 117.

10 Alexandre Herculano, *Estudos sobre o Casamento Civil*, Tipografia Universal, 1866, p. 28.

11 Zhou Zhan, Wu Wan Han e Xie BangYu, «羅馬法» (O Direito Romano), 群眾出版社 (Editora Popular), 1997, p. 111.

12 Pietro Bonfante, *op. cit.*, p. 117; Geraldo da Cruz Almeida, *Da União de Facto — Convivência More Uxorío em Direito Internacional Privado*, Pedro Ferreira Editor, 1999, p. 120-123.

e independente do seu estatuto social¹³. Isto quer dizer, a diferença principal entre o casamento e o concubinato era a existência ou não da “afeição matrimonial”. O concubinato era visto como união sem “afeição matrimonial”. No entanto, em termos legais, os elementos constitutivos do casamento e do concubinato eram basicamente idênticos. Por exemplo, uma rapariga, com idade inferior a 12 anos, não podia entrar numa relação de concubinato (requisito de idade); era proibido o incesto; só se podia ter um companheiro; etc. O concubinato que reunia os requisitos legais produzia certos efeitos do casamento, tais como alguns direitos sucessórios, o direito de alimentos, etc¹⁴.

Tal como referido por Pietro Bonfante, ao eliminar os obstáculos de união entre pessoas de estatutos sociais diferentes, de certa forma, eliminou também o fundamento do concubinato.¹⁵

2.2. A substituição do modelo dualista do casamento e do concubinato pelo regime do casamento católico

Embora no século IV a religião cristã já fosse a religião do Império Romano, o regime jurídico do concubinato manteve-se, no Império Romano do Oriente até ao século IX e, no Império Romano do Ocidente, até ao século XII¹⁶.

De facto, o caminho pelo qual a Igreja conquistou e substituiu o Direito dos leigos foi longo e demorou vários séculos. Baseando-se nos ensinamentos de Cristo e dos seus discípulos, quanto às características, requisitos, celebração e validade do casamento, após longo período da reflexão, criou-se, gradualmente, um sistema doutrinário e jurídico completo¹⁷. Nas palavras de Nuno de Salter Cid, desde a consolidação dos conceitos e a criação de enquadramentos, até à regulamentação feita pela Igreja quanto às regras a aplicar e observar, constitui um processo de longa duração¹⁸.

Quanto à regulamentação do casamento, o mais importante era as pessoas com idade nupcial prestarem o seu consentimento do casamento publicamente,

13 D.48, 5, 35; D.25, 7, 1, 3; D.25, 7, 1, 4; D.25, 7, 3pr.; D.25, 7, 3, 1 (*apud* Pietro Bonfante, *op. cit.*, p. 117, nota 1).

14 Pietro Bonfante, *op. cit.*, p. 117; Barry Nicholas, *op. cit.*, p. 77-78; Geraldo da Cruz Almeida, *Da União de Facto — Convivência More Uxorio em Direito Internacional Privado*, Pedro Ferreira Editor, 1999, p. 125-129.

15 Pietro Bonfante, *op. cit.*, p. 117.

16 He Li Xin, «我國非婚同居立法規制研究»(*Análise da legislação de união de facto na China*), Editora Jurídica, 2010, p. 130.

17 José Allen de Sousa Machado Fontes, *Aspectos Bíblicos e da Tradição Canónica sobre casamento e sua Forma*, Direito e Justiça, 1995, p. 113-130.

18 Nuno de Salter Cid, *A Comunhão de Vida à Margem do Casamento: entre o Facto e o Direito*, Almedina, 2005, p. 128.

isto é, perante os sacerdotes. Quanto aos requisitos materiais do casamento, incluíam a inexistência dos impedimentos matrimoniais e a vontade não viciada, caso a vontade fosse influenciada por coacção ou erro, seria considerada nula.¹⁹

Apesar de o direito canônico ter previsto procedimentos para a celebração do casamento, durante muito tempo, a Igreja reconhecía o casamento de facto, isto é, reconhecía a validade do casamento de facto entre homem e mulher cuja celebração não tivesse sido realizada publicamente. Mas precisavam de provar a existência dessa relação e que os dois casaram de livre vontade. Para isso podiam recorrer ao instituto da “posse do estado de casado”, ou seja, precisavam de provar que viviam como casados “tractatus” e eram reputados como tais nas relações sociais (fama). Provando isso, podiam tratar das formalidades do casamento segundo o direito canônico²⁰.

Esta situação manteve-se até ao Concílio de Trento (1545-1563)²¹. Finalmente, a Igreja incluiu o casamento nos sete sacramentos, representando o casamento a união entre Cristo e a Igreja, foram proibidas todas as relações entre homem e mulher fora do casamento, aplicando, em rigor, o modelo monista do casamento. O concubinato, tal como estupro, eram considerados relações ilegais.

2.3. A indiferença do Código de Napoleão face ao concubinato e a criação normativa pelos juízes

A revolução francesa não deu origem à ressurreição do regime de concubinato, mas trouxe um novo pensamento. Napoleão interpretou-o assim: as pessoas que viviam em concubinato não ligavam ao direito; o direito também não se interessava por elas²²; ou melhor, a união fora do casamento não precisava do direito e o direito não a regulava. Eram duas realidades independentes.

Embora o concubinato não fosse reconhecido pelo direito, a sua natureza criminal foi alterada objectivamente, e esta “descriminalização” influenciou directamente a jurisprudência. Face a essa lacuna / omissão legal, os tribunais consideravam: como a lei não proibia o concubinato, devia presumir-se que o concubinato constituía acto permitido por lei. Pelo que, os magistrados de França, no início do século XX, tinham opiniões inovadoras sobre os efeitos do concubinato,²³ considerando que a ruptura do concubinato podia originar obrigações naturais,²⁴ ou melhor, no caso de a mulher abandonada não tivesse

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*, p. 129.

21 *Ibid.*

22 Versão original: “Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux”.

23 Sobre a respectiva jurisprudência, *cf.* Mireille Dewevre-Fourcade, «同居»(Le concubinage), 商務印書館(Editora Comercial), tradução chinesa de Zheng Wenbin, 1999, p. 16-23.

24 A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo

culpa, o homem não poderia exigir judicialmente o reembolso da prestação feita, e aplicava-se também o princípio do enriquecimento sem causa para equilibrar uma eventual situação de desequilíbrio. O que constituiu uma importante inspiração para outros ordenamentos jurídicos, incluindo o de Portugal, nas áreas da produção legislativa e judicial sobre união de facto.

2.4. A livre união na época da libertação sexual

Se o concubinato surgiu para resolver a questão da união entre homem e mulher sem capacidade matrimonial, hoje em dia, o fenómeno da união de facto resulta de existir cada vez mais pessoas que não querem casar, isto é, preferem viver em conjunto sem se casarem, e o Estado não pode ignorar ou desprezar as opções dos cidadãos²⁵. Especialmente a *união de facto duradoura*, que pode implicar questões pessoais e patrimoniais e, além da relação entre os companheiros, pode envolver relações com terceiros, tais como questões relativas a filhos nascidos fora do casamento.

A “revolução sexual” ou “libertação sexual” ocorrida nas décadas de sessenta e setenta na sociedade ocidental, impulsionou, de certo modo, o desenvolvimento da união de facto. O humanista Paul Kurtz afirmou: Surgiu a nova moral que promove a libertação e liberdade da pessoa, incentiva a realização pessoal, permite a satisfação das necessidades, desejos e preferências da pessoa, eliminando, ao máximo, as imposições restritivas da sociedade. Apesar de as pessoas de hoje terem espírito científico e crítico, poderão, por isso, libertar-se totalmente da herança religiosa, baseada na teologia e fantasia e que seja oposta à natureza humana?²⁶

Assim, a “revolução sexual” constitui, em primeiro lugar, luta contra as restrições impostas durante muito tempo pelo modelo monista do casamento na Igreja. As teorias da Igreja, em especial, a teoria de que a “finalidade da relação sexual é a procriação”, foi considerada irracional, os “direitos sexuais” foram reforçados, com a consciencialização do direito da personalidade. O mais importante é a libertação das mulheres, a união de facto constitui, cada vez mais, uma opção consciente. As pessoas não concordavam que apenas podiam haver relações sexuais dentro do casamento. O fenómeno da união de facto expandiu-se

cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça. Pelo que não pode ser repetido o que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural.

25 Guilherme de Oliveira, *Notas sobre a Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto (alteração à Lei das Uniões de Facto)*, in *Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, Julho / Dezembro de 2010, p. 139; *Alteração à Lei das Uniões de Facto em Portugal*, in *Estudos de Direito da Família e Menores*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2018, p. 727-744.

26 Lester A. Kirkendall and Robert N. Whitehurst (eds.), *The New Sexual Revolution* (preface by Paul Kurtz), New York: Donald W. Brown Inc., 1971, ix.

sob a influência da nova cultura sexual e foi aceite pela sociedade. A “revolução sexual” constitui um impulso importante na evolução histórica da união de facto.

Sob o ponto de vista da técnica jurídica, o direito positivo contemporâneo sucedeu, de certo modo, ao regime do “concubinato” do Direito de Justiniano. Mas, muitos ordenamentos jurídicos abandonaram o termo “concubinato”, por ter sentido pejorativo. Tal como foi dito, a união de facto contemporânea, impulsionado pela “revolução sexual”, já não corresponde ao concubinato do direito romano – “realidade inferior à do casamento (inaequale coniugium)”, ou seja, a união de facto não é o simples retorno ao “concubinato”. À medida que vão sendo actualizados os conceitos, os respectivos estigmas também mudaram, entre os quais, o mais significativo é a substituição da designação “concubinato” pela expressão de “livre união” (*union libre*).²⁷ Philippe Malaurie e Laurent Aynès consideram que “livre união” é uma forma elegante de exprimir “concubinato”²⁸. Para a professora Catherine Labrousse-Riou, “livre união” significa: “livre união e livre separação”²⁹. Há autores que entendem que essa expressão descriminaliza, em termos subjectivos, o regime do casamento,³⁰ e outros consideram-na com duplo sentido: além do sentido de livre união e livre separação, tem ainda o sentido de possuir o direito de não optar pelo casamento, isto é, liberdade de não ser sujeita às limitações do casamento.

3. Do Código Civil Português ao Código Civil de Macau

O regime da união de facto em Macau foi decalcado do regime da união de facto em Portugal. Esse regime nasceu após a revolução democrática de 25 de Abril de 1974³¹.

O Código Civil de 1966 foi revisto à luz da nova Constituição³². Nomeadamente foi contemplada a *união fora do casamento*, em especial a relação duradoura entre duas pessoas que viviam voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges. Pela primeira vez, foram introduzidas medidas de protecção à *união de facto*, as quais foram estendidas a Macau. Foi assim criado, em Macau,

27 Além disso, alguns países do direito continental também designam essa relação por *relação de facto*, enquanto os países da Common law, normalmente, usam o termo *coabitação*.

28 Cfr.: Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Cours de Droit Civil*, Paris, 1987, p.15.

29 Cfr.: Geraldo da Cruz Almeida, *op. cit.*, p. 53.

30 Catherine Labrousse-Riou, *Cours de Droit de Famille*, Tomo I, Paris, 1984, p. 237.

31 Em Portugal, o golpe militar que ocorreu em 25 de Abril de 1974, conhecido por “Revolução dos Cravos”, derrubando a ditadura, abriu caminho ao poder político democrático que aprovou uma nova Constituição em 1976.

32 A Constituição foi aprovada em 2 de Abril de 1976, pela Assembleia Constituinte.

o enquadramento do regime jurídico da união de facto.

3.1. A Constituição Portuguesa de 1976 e a união de facto

A Constituição Portuguesa de 1976 não regulou a união de facto, pelo que na comunidade jurídica portuguesa surgiram discussões a natureza da união de facto³³.

Há autores que consideram que a expressão “constituir família”, prevista no n.º 1 do art. 36.º da Constituição, inclui a união de facto,³⁴ porque aquele número coloca a expressão “constituir família” antes da expressão “contrair casamento”, o que é diferente da Convenção sobre Direitos Humanos. Se na Convenção, pela ordem dessas expressões, pode inferir-se que contraindo casamento, constitui-se a família,³⁵ não pode inferir-se o mesmo a partir do n.º 1 do art. 36.º da Constituição Portuguesa. Ou seja, para fugir ao conceito tradicional que reduzia a origem da família ao casamento, o n.º 1 do art. 36.º da Constituição Portuguesa inverteu a ordem dessas expressões constantes na convenção sobre direitos humanos, o que demonstra, claramente, “constituir família” e “contrair casamento” são dois direitos fundamentais independentes. De acordo com o Diário da Assembleia Constituinte, a redacção do n.º 1 do art. 36.º da Constituição, proposta pela Comissão dos Direitos e Deveres Fundamentais, é muito clara, salientando que “família” e “casamento” são duas realidades distintas, o direito de “constituir família” e o de “contrair casamento” são direitos de áreas distintas³⁶.

Por outras palavras, parece que a Constituição Portuguesa enfatiza que a constituição da família não tem de ser feita, necessariamente, pelo casamento. Este entendimento, de certo modo, foi influenciado pela redacção da Constituição anterior: para a Constituição de 1933, a família era constituída pelo casamento e pelos filhos legítimos³⁷.

Qual o sentido verdadeiro do direito de constituir família previsto no n.º 1 do art. 36.º da Constituição?

33 A Constituição foi aprovada em 2 de Abril de 1976, pela Assembleia Constituinte.

34 Versão original do n.º 1 do art. 36.º: “Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

35 O n.º 1 do art. 16.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*: “Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimónio e fundar uma família (...)”. O n.º 2 do art. 23.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos: “O direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil.” O art. 12.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito”. (sublinhado nosso)

36 DAC, Suplemento ao nº 39, 29-8-1975, p.1078, col. 2.

37 Art. 12.º da anterior Constituição, após a revisão de 1935, passou a ser o art. 13.º. Jorge Miranda, *As Constituições Portuguesas de 1822 ao Texto Actual da Constituição*, Livraria Petrony, 5ª ed. 2004.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, em *Constituição Portuguesa Anotada*, entendem que o direito de constituir família destina-se, no nível constitucional, a reconhecer juridicamente a família constituída pela união de facto, porque a Constituição se refere, discriminadamente, ao direito de “constituir família” e ao de “contrair casamento”, tendo como objectivo não reduzir o conceito da família ao casamento, não igualar a família do casamento, isto é, o conceito da família da Constituição não é fechado, é aberto, não inclui apenas “família de direito”, inclui também “família de facto”³⁸. Pelo que, no ponto de vista deles, o facto de o direito civil apenas considerar como fontes das relações jurídicas familiares o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção, é insatisfatório, a lei ordinária tem o dever de incluir, de acordo com a Constituição, a união de facto nas fontes das relações jurídicas familiares. Salientam os mesmos autores que a Constituição, ao tratar o direito de constituir família como um direito autónomo, demonstra que o casamento não é a única forma legal de constituir família³⁹.

O n.º1 do art. 36.º da Constituição quer dizer que a união de facto constitui também, tal como o casamento, uma relação jurídica familiar?⁴⁰

Sem dúvida, o legislador constituinte refere-se ao direito de constituir família e ao de contrair casamento um a seguir do outro, demonstrando, claramente, a sua independência e alterando a tradição de reduzir o conceito da família ao casamento, porém, daqui se conclui que o direito de constituir família quer dizer união de facto, parece pouco convincente.

Em primeiro lugar, é muito difícil imaginar que o legislador constituinte colocou a “união de facto” antes do casamento como uma forma substitutiva deste. Por outro lado, se o direito de constituir família não quer dizer “união de facto”, tornar-se-á num termo sem conteúdo? Claro que não. Tal como foi explicado por Pereira Coelho: o direito de constituir família refere-se, em primeiro lugar, ao direito de procriação e de estabelecer as respectivas relações de filiação, independentemente de os pais viverem em conjunto, serem separados ou ser família monoparental,⁴¹ alargando, assim, o âmbito previsto pela lei constitucional antiga: “a família é constituída (...) pelos filhos legítimos”⁴².

Então, qual das normas da Constituição deve ser considerada como conferindo protecção à união de facto?

38 Gomes Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 3.ª ed., 1993, p. 20.

39 Francisco Pereira Coelho, Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, Coimbra Editora, 3ª ed, 2003, p. 103.

40 Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, Almedina, 1985, p. 98.

41 Francisco Pereira Coelho, *op. cit.*, p.163.

42 Art. 13.º da Constituição Portuguesa de 1933.

No entendimento de Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, o direito ao “desenvolvimento da personalidade” previsto no n.º 1 do art. 26.º da Constituição inclui a “união de facto”⁴³. São de opinião de que a essência da união de facto reside na manifestação do direito de personalidade. Por isso, a constituição da união de facto serve para desenvolver a personalidade ou como forma do exercício do direito da personalidade.⁴⁴ O princípio da protecção constitucional do direito da personalidade não se exige que o legislador confira à união de facto os mesmos efeitos que o casamento. Sem dúvida, estes dois institutos têm diferenças materiais: casamento implica o compromisso legal de viver em conjunto e assumir os deveres conjugais, e a união de facto não tem essa implicação, pelo que, há suficiente fundamento para tratar diferentemente *união de facto* e *casamento*. Por um lado protege-se o regime do casamento e por outro lado respeita-se o direito das pessoas de optarem por não se casarem.

O entendimento dos referidos autores constitui a opinião maioritária da doutrina e da jurisprudência, e na área da produção legislativa também: em 1977 ao rever o Código Civil Português não se incluiu a união de facto nas fontes das relações jurídicas familiares.

3.2. A reforma portuguesa de 1977 e a união de facto

Na década de setenta do século passado, o legislador português teve uma posição cautelosa, ao rever o direito civil, tentando sempre encontrar o equilíbrio entre a relação do direito civil com a Constituição, nomeadamente no que respeita à regulamentação da união de facto, evitando tomar posições extremistas,⁴⁵ ou seja, evitando a influência do “pensamento civil fora do direito civil” e o demasiado reflexo da regulamentação constitucional dos direitos nos assuntos civis, de modo a manter uma relação concorrente mas adequada entre o direito civil e o direito constitucional.

O prefácio do Decreto-Lei n.º 496/77 especificou o objectivo da revisão do direito civil: adaptação à Constituição das normas do Código Civil atinentes ao exercício dos direitos, liberdades e garantias, de modo a tornar todo o Código Civil em conformidade com o espírito da nova Constituição. Dentro das alterações, o direito de família e o de sucessões sofreram mais alterações. No que respeita à *união de facto* escreveu-se o seguinte:

“Concede-se àquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos

43 Com a revisão de 1997, este direito foi consagrado de forma mais clara na redacção do n.º 1 do art. 26.º da Constituição Portuguesa: “A todos são reconhecidos os direitos... ao desenvolvimento da personalidade”.

44 Francisco Pereira Coelho, *op. cit.*, p.104.

45 V. Prefácio do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

em condições análogas às dos cônjuges o direito de exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter do seu cônjuge ou ex-cônjuge, descendentes, ascendentes ou irmãos.

Não se foi além de um esboço de protecção, julgado ética e socialmente justificado, ao companheiro que resta de uma união de facto que tenha revelado um mínimo de durabilidade, estabilidade e aparência conjugal. Foi-se intencionalmente pouco arrojado. Havia que não estimular as uniões de facto⁴⁶.

Surgiu, assim, o art. 2020.º no Código Civil Português que, era aplicável em Macau, e que previa: aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido. O direito de alimentos caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão⁴⁷.

Apesar de o legislador ter expressado no prefácio do Decreto-Lei n.º 496/77 que na regulamentação da união de facto se foi intencionalmente pouco arrojado, mas em termos objectivos, a redacção do art. 2020.º foi-se mais longe, nomeadamente consagrou o sentido amplo do conceito da união de facto, incluindo as situações em que o casamento ainda não foi dissolvido. Tendo em conta que o Código Civil Português revisto em 1977 permitia a dissolução do casamento celebrado por qualquer forma, incluindo o casamento católico, aquele artigo suscitou alguma discordância e críticas por parte dos autores, nomeadamente discussões acerca do momento da separação judicial de pessoas e bens e dúvidas sobre a necessidade daquela norma⁴⁸.

Esta foi a primeira vez que o Código Civil de Portugal conferia protecção legal à união de facto, determinando os seus requisitos constitutivos, embora, apenas para o efeito de obtenção do direito de alimentos, constituiu uma inovação na regulamentação do regime da união de facto.

No âmbito da filiação, com o fim de implementar a proibição da discriminação dos filhos fora do casamento imposta pelo n.º 4 do art. 36.º da

46 *Ibid.*

47 Versão original do art. 2020.º (União de facto):

“1. Aquele que, no momento da morte de pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, vivia com ela há mais de dois anos em condições análogas às dos cônjuges tem direito a exigir alimentos da herança do falecido, se os não puder obter, nos termos das alíneas a) a d) do art. 2009.º.

2. O direito a que se refere o número precedente caduca se não for exercido nos dois anos subsequentes à data da morte do autor da sucessão. 3. É aplicável ao caso previsto neste artigo, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo anterior”.

48 Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. V, p. 626.

Constituição Portuguesa,⁴⁹ a reforma de 1977 e seguintes iniciativas de revisão alteraram o Código Civil de Portugal, de 1966⁵⁰.

Após a reforma de 1977, o art. 40.º da Lei n.º 46/85, de 20 de Agosto, alterou o art. 1111.º do Código Civil de Portugal, de 1966, relativo à transmissão da posição do arrendatário no caso da morte deste. Aquele artigo previa que, no caso de o primeiro inquilino ser pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, a sua posição também se transmite (...) àquele que no momento da sua morte vivia com ele há mais de 5 anos em condições análogas às dos cônjuges⁵¹. Embora esta alteração não fosse estendida a Macau, alguns anos depois, o Regime do Arrendamento Urbano (Lei n.º 12/95/M) aprovado pela Assembleia Legislativa de Macau adoptou aquela norma (al. e) do n.º 1 do art. 104.º)⁵².

3.3. Recepção e evolução do regime da união de facto em Macau

O casamento, a família e o agregado familiar são formas diversificadas do modo de vida, que demonstram não apenas as opções das pessoas, mas também os valores sociais. A coabitação entre pessoas do mesmo sexo ou do sexo diferente, muitas vezes, demonstra os valores mais profundos em termos culturais e psicológicos de uma sociedade.

Macau é o ponto de encontro entre a cultura ocidental e a oriental. No fundo, a sociedade de Macau é aberta e diversificada, quer em termos de ideologias, quer em termos do modo de vida, e tem capacidade para incluir pessoas de cultura e de modo de vida diferentes, tentando sempre maximizar a felicidade das pessoas. Em termos jurídicos, Macau protege a união de facto, porque reconhece o princípio da liberdade e que todos têm o direito ao desenvolvimento da personalidade.

49 O n.º 4 do art. 36.º da Constituição Portuguesa: “Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação”.

50 Sobre a reforma de 1977, *cf.*: Nuno de Salter Cid, *op. cit.*, p. 578 e segs.

51 Versão original: “(...) 2. No caso de o primitivo inquilino ser pessoa não casada ou separada judicialmente de pessoas e bens, a sua posição também se transmite, sem prejuízo do disposto no número anterior, àquele que no momento da sua morte vivia com ele há mais de 5 anos em condições análogas às dos cônjuges.3 - A transmissão da posição de inquilino, estabelecido nos números anteriores, defere-se pela ordem seguinte: a) Ao cônjuge sobrevivido; b) Aos parentes ou afins na linha recta, preferindo os primeiros aos segundos, os descendentes aos ascendentes e os de grau mais próximo aos de grau ulterior; c) À pessoa mencionada no n.º 2.(...)”.

52 Sobre a regulamentação da união de facto em Portugal, *cf.*: Nuno de Salter Cid, *op. cit.*, p. 497 e segs.; Manuel M. E. Trigo, *Lições Preliminares do Direito da Família e das Sucessões* (segundo as aulas do 4º ano do Curso de Direito em Língua Portuguesa no ano lectivo de 1999-2000).

3.3.1. Concepção legislativa

Em Macau, a regulamentação da união de facto respeita, por um lado, a tradição jurídica relativa ao casamento e à família,⁵³ e por outro lado, dá certa liberdade a essa nova realidade, “livre união e livre separação”.

O art. 1471.º do Código Civil de Macau prevê: “União de facto é a relação havida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges”.

A voluntariedade é uma característica importante da união de facto, influenciando todo o seu regime, o que é muito diferente do casamento.

O consentimento do casamento refere-se a um determinado ponto temporal. Os nubentes declaram a sua vontade de se casarem e prestam o compromisso de assumir os inerentes deveres conjugais. O contrato de casamento só pode ser anulado e o divórcio só é permitido nos casos previstos na lei. A anulação do contrato do casamento está prevista, nomeadamente, nos arts. 1504.º, 1508.º, e 1509.º do Código Civil de Macau. A anulação do contrato do casamento é efectivada através do tribunal (art. 1505.º do Código Civil de Macau) e o divórcio é decretado pelo tribunal ou Conservatória do Registo Civil (art. 1628.º do Código Civil de Macau e arts. 204.º e seguintes do Código do Registo Civil). Existem duas modalidades de divórcio: divórcio por mútuo consentimento (art. 1630.º e seguintes do Código Civil de Macau, arts. 1243.º e seguintes do Código do

53 O legislador não definiu a união de facto como uma das fontes das relações familiares. O Título I “Disposições Gerais” do Livro da Família tem dois capítulos, o primeiro regula as “relações jurídicas familiares” e o segundo regula apenas a união de facto. Esta sistematização tem uma função muito clara: manter o sentido tradicional das fontes das relações jurídicas familiares, restringindo-as ao casamento, ao parentesco, à afinidade e à adopção (art. 1471.º do Código Civil), diferenciando, nitidamente, em termos formais, o efeito jurídico do casamento do da união de facto. Assim, só regula a união de facto nos aspectos estritamente necessários, evitando, por um lado, afectar as características do casamento e por outro lado, respeitando a liberdade das pessoas de não optarem pelo casamento. De acordo com o Parecer n.º 2/99 da Comissão Eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos projectos relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial, o coordenador do Código Civil reiterou que a união de facto “(...) nada tem a ver com o concubinato (aliás, como mais tarde foi esclarecido, na tradução para chinês foi empregue um termo diferente do que consta da legislação da Formosa, precisamente porque este poderia ser entendido como coabitação, que é também uma situação de todo diferente da união de facto, já que esta implica que nenhuma das partes seja casada, o que pode não suceder na coabitação ou no concubinato), sendo uma situação estável equiparada ao casamento – apenas sem o vínculo formal deste –, razão pela qual se lhe estenderam, inclusive, alguns dos impedimentos aplicáveis ao casamento (art. 1472.º, n.º 1, al. b) do projecto). No entanto, é assumido que o casamento e a união de facto são institutos perfeitamente distintos, até porque as partes, ao optarem por este, quiseram um estatuto mais leve, mais desprendido”. – *Cfr. A Colectânea da Assembleia Legislativa “Código Civil”* (versão chinesa), Julho de 2003, p. 617.

Processo Civil e arts. 204.º e seguintes do Código do Registo Civil) e divórcio litigioso (arts. 1635.º e seguintes do Código Civil de Macau, arts. 953.º e seguintes do Código do Processo Civil).

Ou seja, a voluntariedade existe apenas no momento da celebração do casamento, desaparece após a sua celebração, uma vez que a relação matrimonial não pode ser dissolvida pelas partes, salvo a dissolução do casamento pela morte de um dos cônjuges. Apesar de o divórcio ser permitido pela lei, mas isto não quer dizer que o casamento possa ser dissolvido ou que possa ser dissolvido imediatamente. Mesmo com mútuo consentimento, a lei prevê que só os cônjuges que forem casados há mais de 1 ano podem requerer o divórcio (n.º 1 do art. 1630.º do Código Civil de Macau)⁵⁴. Normalmente, recorre-se ao divórcio litigioso, quando os cônjuges não conseguirem apresentar os acordos exigidos pela lei (acordos sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família) ou quando um dos cônjuges não quer divorciar e o outro interpõe a respectiva acção no tribunal. Mas só pode intentar acção de divórcio nos casos previstos na lei, nos termos do Código Civil de Macau. São estes: 1. “Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum” (n.º 1 do art. 1635.º); 2. “a separação de facto por 2 anos consecutivos” (n.º 1 do art. 1637.º); 3. “a ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a 3 anos” (n.º 2 do art. 1637.º); 4. “a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de 3 anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum” (n.º 3 do art. 1637.º). Após a decisão decretada pelo Tribunal Judicial de Base, se as partes não se conformarem com a decisão, podem recorrer ao Tribunal de Segunda Instância. Por isso, muitas vezes, o processo de divórcio demora muito tempo, constituindo um pesadelo para as partes e só termina após vários anos: “Os efeitos do divórcio produzem-se a partir da data em que a respectiva sentença transita em julgado ou a decisão se torna definitiva” (n.º 1 do art. 1644.º). Por isso, mesmo que ambos os cônjuges ou um deles pretendam terminar a relação matrimonial, precisam de aguardar pelo fim de um procedimento muito moroso.

Estas características são inerentes à dupla natureza do casamento: o casamento é um contrato e é uma fonte da relação familiar e esta última natureza determina que a relação matrimonial constitui também uma relação fundamental

54 Apesar de o divórcio por mútuo consentimento demorar menos tempo e no caso de o casal não ter filhos menores, podem recorrer à Conservatória do Registo Civil, porém por aplicar também os arts. 1243.º a 1246.º do Código do Processo Civil, incluindo a conferência de conciliação, pelo que, mesmo recorrendo à Conservatória do Registo Civil, o processo de divórcio demora ainda alguns meses para que possa extinguir a relação conjugal.

da sociedade, não sendo apenas uma relação no âmbito do direito privado, ela está sujeita a muitas normas imperativas, os sujeitos nucleares dessa relação familiar, isto é os cônjuges, são protegidos legalmente, nomeadamente no que se refere à plena comunhão de vida, aos seus direitos e deveres e ao regime de bens.

Os unidos de facto vivem em conjunto voluntariamente, a liberdade de desvinculação da relação está sempre presente. A voluntariedade tem como características a liberdade, a consciência e a própria voluntariedade na constituição da vida em comum. A voluntariedade determina também a renúncia a formalidades na constituição da união de facto, ou seja, não está sujeita a registo. Na constância da união de facto, os unidos também não estão sujeitos aos deveres legais, a manutenção da relação depende apenas da vontade das partes, qualquer delas ou ambos podem extinguir a relação.

3.3.2. Modelo legislativo

Tal como foi dito antes, o Código Civil Português de 1966, aplicável em Macau, não tinha um regime suficientemente completo da união de facto. Só tinha soluções pontuais, ou seja, somente previa soluções para determinadas situações, especificando os requisitos e os efeitos da união de facto naquelas situações. Esta é uma das opções legislativas possíveis, especialmente quando estão em causa factos marginais tal como a união de facto; criar um regime novo e completo seria, realmente, bastante complexo.

O legislador de Macau optou por regulamentar a união de facto de seguinte modo:⁵⁵ mediante a definição do conceito da união de facto, determina as modalidades da união de facto com relevância jurídica⁵⁶ e especifica “as condições gerais da sua relevância”⁵⁷ (delimitação genérica) e “as condições

55 Quanto à comparação entre delimitação genérica e casuística, António Katchi no seu artigo “União de facto no novo Código Civil” indicou quatro vantagens: em primeiro lugar, permite tornar mais concisas as normas atributivas de efeitos jurídicos (pois que lhes bastará referir a união de facto, não será necessário caracterizá-la); em segundo lugar, permite evitar a proliferação de normas com idêntica caracterização da união de facto (com efeito, os elementos que a caracterizam tendem a uma certa constância, mesmo que a delimitação da figura seja feita de um modo casuístico); em terceiro lugar, reforça a homogeneização da figura da união de facto, eliminando as diferenças desnecessárias e contribuindo para a transformar num verdadeiro instituto jurídico; em quarto lugar – e esta é a vantagem mais importante –, a delimitação genérica impede que o simples facto de o legislador, em certa norma atributiva de efeitos jurídicos à união de facto, se esquecer de caracterizar essa relação dê origem a uma lacuna da lei. Assim, o direito civil de Macau fixou, pela primeira vez, um enquadramento geral da união de facto – *Perspectivas do Direito*, Gabinete para a Tradução Jurídica, n.º 7, Vol. V, 2000-1.º, p. 48.

56 “União de facto é a relação havida entre duas pessoas que vivem voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges” (art. 1471.º do Código Civil de Macau).

57 Estabelece o art. 1472.º do Código Civil de Macau:

especiais necessárias para a produção de certos efeitos” (delimitação casuística)⁵⁸.

3.3.3. Técnicas legislativas

Pela influência do direito romano, ou melhor, uma vez que usa as regras do concubinato criadas pelo Código de Justiniano para regulamentar a união de facto, o núcleo do regime desta reside na ausência da vontade de se casarem e exige o preenchimento de requisitos similares aos do casamento para que a união de facto tenha relevância jurídica, nomeadamente os requisitos de monogamia, idade nupcial, impedimento de parentesco.

Embora a união de facto e o casamento sejam dois conceitos jurídicos diferentes com regimes distintos – “não serem casados” e “comunhão de vida” são duas características fundamentais da união de facto. O direito de Macau usa o termo “união de facto”, demonstra também, de certo modo, a sua natureza, isto é, uma relação de facto que, após decurso de certo tempo, pode produzir certos efeitos jurídicos. O conceito jurídico da união de facto: “vivem em condições análogas às dos cônjuges” (art. 1471.º do Código Civil de Macau) significa, quer para a doutrina maioritária, quer para a jurisprudência, a comunhão de mesa, leito e habitação,⁵⁹ isto é, viver, comer e dormir na mesma casa, incluindo a vida sexual. A união de facto para que produza efeitos, precisa de reunir as condições

“1. Salvo disposição legal em contrário, só se considera relevante para os efeitos estabelecidos no presente Código a união de facto de pessoas que:

- a) Sejam maiores de 18 anos;
- b) Não se encontrem em qualquer das condições referidas nas alíneas b) e c) do art. 1479.º (‘b) A demência notória, mesmo durante os intervalos lúcidos, e a interdição ou inabilitação por anomalia psíquica; c) O casamento anterior não dissolvido, ainda que o respectivo assento não tenha sido lavrado no registo do estado civil’) e no art. 1480.º (‘parentesco na linha recta e o parentesco no segundo grau da linha colateral’); e
- c) Vivam na situação descrita no artigo anterior há, pelo menos, 2 anos.

2. Na contagem do tempo da vida em união de facto observar-se-ão as seguintes regras:

- a) Se a coabitação se tiver iniciado durante a menoridade de um ou de ambos os unidos de facto, o prazo só se conta a partir da data em que a mais jovem tenha atingido a maioridade;
- b) Se qualquer dos unidos de facto tiver sido casado, o prazo só se conta a partir da separação de facto”.

58 Sobre as condições gerais e especiais da relevância da união de facto, *cf.*: Manuel Trigo, “Condições de Relevância Jurídica Civil da União de Facto”, in *Contribuições Jurídicas sobre a União de Facto e Direitos sobre a Terra em Macau e Mocambique*, Universidade de Macau, 2015, p. 20 e segs.; António Katchi, *op. cit.*, p. 43 e segs.; Duarte Santos, “O Sexo dos Membros da União de Facto no Direito de Macau” in *Contribuições Jurídicas sobre a União de Facto e Direitos sobre a Terra em Macau e Mocambique*, Universidade de Macau, 2015, p. 139-151.

59 A expressão “em condições análogas às dos cônjuges” surgiu, pela primeira vez, na versão primitiva do Código Civil Português de 1966, aplicável a Macau, e só foi usada no âmbito da filiação: “em condições análogas às dos cônjuges em comunhão duradoura de leito, de mesa e de habitação” (al. c) do art. 1817.º).

gerais de relevância, nos termos do art. 1472.º do Código Civil de Macau, uma dessas condições é a relação da união de facto há, pelo menos, 2 anos e o método legal de cálculo desse prazo é o seguinte: quando se inicia a união de facto, ambas as partes têm, pelo menos, 18 anos. Se qualquer dos unidos de facto tiver sido casado, o prazo só se conta a partir da separação de facto (n.º 2 do art. 1472.º do Código Civil de Macau). Os outros requisitos da união de facto incluem: não têm cônjuges, não são parentes na linha recta ou no segundo grau da linha colateral, não se verificam situações de demência notória e da interdição ou inabilitação por anomalia psíquica. Assim, a união de facto constitui uma relação jurídica entre a coabitação e o casamento, o qual condiciona os seus efeitos possíveis, ou seja, os efeitos jurídicos da união de facto correspondem aos do casamento, porém, não são idênticos, nomeadamente quanto aos efeitos pessoais e patrimoniais do casamento, que são “específicos” deste.

3.3.3.1. A correspondência entre os efeitos jurídicos da união de facto e os do casamento

O direito civil de Macau confere, com as necessárias adaptações, à união de facto muito dos efeitos do casamento, nomeadamente: o unido de facto tem legitimidade para requerer as providências adequadas com o fim de evitar a ofensa ao direito de personalidade do companheiro falecido (n.º 2 do art. 68.º); pode ser nomeado curador (n.º 1 do art. 92.º); tem legitimidade para requerer a interdição (n.º 1 do art. 124.º); pode ser deferida a tutela (al. e) do n.º 1 do art. 126.º); não pode votar nas matérias em que haja conflito de interesses entre a associação e o seu unido de facto (n.º 1 do art. 164.º); a prescrição de dívida não se completa entre os unidos de facto, antes de 2 anos após o termo da relação da união de facto (al. a) do n.º 1 do art. 311.º); tem o direito de obter indemnização pelos danos morais devido à morte do companheiro (n.ºs 2 e 3 do art. 489.º); tem o direito de residir no prédio arrendado pelo companheiro (al. a) do n.º 1, n.ºs 2 e 3 do art. 1041.º, al. e) do n.º 1 e al. c) do n.º 2 do art. 1043.º, art. 1056.º); tem direitos de uso e de habitação (art. 1411.º e n.º 2 do art. 1413.º); reconhecimento da paternidade (al. c) do n.º 2 do art. 1720.º); presunção de paternidade (art. 1725.º); adopção (n.º 1, al. c) do n.º 2 e n.º 5 do art. 1828.º, al. b) do n.º 1 do art. 1830.º, n.º 4 do art. 1831, n.º 1 e n.º 2 do art. 1832.º e art. 1838.º); direito de alimentos (art. 1860.º, art. 1862.º e art. 1863.º); direito sucessório (als. a) e b) do art. 1874.º, al. b) do n.º 3 e n.º 4 do art. 1942.º, art. 1972.º, al. c) do n.º 1 do art. 1973.º, art. 1985.º, als. a) e b) do n.º 1 do art. 2003.º, n.º 3 do art. 2029.º e n.º 2 do art. 2030.º) etc.

Tal como foi dito, a regulamentação da união de facto depende da forma de comunhão das partes envolvidas – vivem, de modo duradouro, em condições análogas às dos cônjuges, o que determina a correspondência entre os efeitos da união de facto e os do casamento, ou melhor, a união de facto tem certos efeitos

do casamento. No entanto, é preciso não esquecer que comparados com os direitos dos casados, os dos unidos de facto estão numa hierarquia diferente, alguns até numa hierarquia inferior, tais como o previsto no n.º 2 do art. 489 do Código Civil: por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado de facto e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, ao unido de facto e aos pais ou outros ascendentes. Alguns sem distinção, por exemplo, o art. 3.º do Decreto-Lei n.º 36/97/M prevê que são titulares da pensão de preço de sangue o cônjuge sobrevivente, divorciado, separado judicialmente de pessoas e bens e pessoa que viva em união de facto e descendentes em qualquer grau.

3.3.3.2. Enfraquecimento dos efeitos do casamento quando aplicados à união de facto

Isso não só para proteger o regime do casamento, como também para respeitar a liberdade de opção dos unidos de facto. A protecção do casamento é muito importante, uma vez que o casamento, além de ter muitas funções sociais, em termos jurídicos, é um contrato, os cônjuges precisam de cumprir os deveres resultantes desse contrato, e este compromisso faz nascer também os direitos dos cônjuges e a protecção ao casamento. Diferentemente, a união de facto é apenas um estado de facto, os unidos de facto vivem voluntariamente sem o compromisso do casamento, pelo que os efeitos pessoais e patrimoniais previstos pelo Código Civil de Macau para o casamento não são aplicáveis, em geral, à união de facto.

No entanto, o direito não pode ignorar a união de facto, em especial a relação das pessoas que vivem em conjunto durante muito tempo, com intimidade e economia comum. Se não lhes conferir protecção adequada, não corresponde ao valor da justiça, e a justiça constitui base fundamental do direito.

Por outro lado, as pessoas que não optam pelo casamento, normalmente, querem afastar certos efeitos do casamento, especialmente os efeitos imperativos,⁶⁰ por isso, enfraquecer ou afastar certos efeitos do casamento quando forem aplicados à união de facto, resulta do respeito dado à opção feita pelos unidos de facto.

60 O Parecer n.º 2/99 da Comissão Eventual destinada a acompanhar e participar na elaboração dos projectos relativos aos Códigos Civil, Processual Civil e Comercial referiu que: “o casamento e a união de facto são institutos perfeitamente distintos, até porque as partes, ao optarem por este, quiseram um estatuto mais leve, mais desprendido” – Cfr. A Colectânea da Assembleia Legislativa “Código Civil” (versão chinesa), Julho de 2003, p. 618.

A EXEQUIBILIDADE DO ESCRITO PARTICULAR

Chu Lam Lam

Assistente Eventual, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Quando o devedor não realizar a prestação devida, o credor pode, segundo o direito processual vigente em Macau, instaurar directamente a execução, se possuir título executivo, sem necessidade de propositura de acção declarativa, o que, sem dúvida, deixa o credor ver mais rapidamente satisfeito o seu direito violado, reforçando assim a tutela dos credores, evitando ao mesmo tempo o gasto dos recursos jurisdicionais. Sendo o título executivo documento indispensável para a propositura da acção executiva, se o requerimento de execução não tiver sido acompanhado por aquele, o Juiz deve indeferi-lo liminarmente, ou proferir despacho de aperfeiçoamento. São os títulos executivos regulados por lei. O vigente Código de Processo Civil consagra, no seu artigo 677.º, taxativamente, os documentos que podem constituir título executivo. O facto de ter sido alargada significativamente a exequibilidade do documento particular levantou grande controvérsia. De facto, existe desde sempre controvérsia quanto à atribuição, ou não, da exequibilidade a todos e quaisquer documentos particulares que reúnem determinados requisitos, independentemente do tipo do documento particular em causa. Por sua vez, o legislador local limitou-se a fixar os requisitos gerais do documento particular sem qualquer limitação ao tipo do documento particular em causa: quaisquer documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias determináveis. Qual é a melhor solução? É a constante do actual Código de Processo Civil que confere exequibilidade a todos e quaisquer documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias determináveis, ou a prevista no Código de Processo Civil Português de 2013 que confere exequibilidade apenas a determinados documentos particulares? Fica por saber.

Palavras-chave: Exequibilidade; documento particular; título executivo.

1. Introdução

Quando o devedor não realizar a prestação devida, qual o mecanismo processual que o credor tem para defender os seus direitos segundo o direito vigente em Macau?

Classifica-se o direito processual civil em dois tipos: acção declarativa e acção executiva (artigos 11.º e 12.º do Código de Processo Civil). Diferentemente do que se passa na acção declarativa, a instauração da execução não se destina a pedir ao Tribunal para declarar a existência ou não de um direito ou de um facto, nem pedir ao Tribunal para condenar o Réu a prestação de uma coisa ou um facto, nem constituir, modificar ou extinguir um direito. A execução destina-se a possibilitar ao exequente a reparação efectiva do direito violado, a executar coercivamente, através dos meios jurisdicionais, o devedor quando não cumprir voluntariamente a prestação devida. A execução tem como pressuposto a obrigação de cumprir uma prestação: obrigação de pagamento de quantia certa, de entrega de coisa certa ou de prestação de um facto. Diferentemente do que se passa na acção declarativa, não basta a mera expectativa de uma possível violação de direito para instaurar a execução. Para tal, é indispensável a violação efectiva do direito. Destinando-se este tipo de acção a reparação efectiva do direito violado, a sua existência deve estar isenta de dúvidas. Por outras palavras, a execução pressupõe que o Tribunal não tem qualquer dúvida quanto à existência do direito que nela se pretende efectivar. Se a acção declarativa tem por finalidade confirmar da existência do direito, esta constitui o ponto de partida da execução.

Se através da execução o Exequente conseguirá obter do Executado a prestação devida (entrega de coisa certa ou prestação de um facto), ou obter os produtos da venda para satisfação do crédito depois da penhora e venda judicial do património do devedor, não será mais rápido e mais eficaz para a tutela dos seus direitos permitindo-lhe instaurar logo a execução?

A execução pode classificar-se em três tipos, em função da sua finalidade (artigos 375.º e 12.º n.º 2): execução para pagamento de quantia certa (artigos 695.º e seguintes do Código de Processo Civil), execução para entrega de coisa certa (artigos 821.º e seguintes do Código de Processo Civil) e execução para prestação de facto (artigos 826.º e seguintes do Código de Processo Civil). Como o próprio nome sugere, na execução para pagamento de quantia certa, os credores pretendem a satisfação dos seus créditos através da execução do património do devedor; a pedido do Exequente, o tribunal penhora os bens do Executado que sejam suficientes para pagar as suas dívidas vendendo-os, e paga as dívidas com os produtos da venda, daí que se realiza a prestação devida pelo Executado que não tiver sido voluntariamente cumprida. Na execução para entrega de coisa certa:

tendo o Exequente direito a exigir ao Executado a entrega de coisa certa, se o Executado não a entregar voluntariamente, o Exequente pode pedir ao tribunal que se proceda às buscas, penhora e apreensão da coisa, para que lhe seja entregue. Se o tribunal não a encontrar, o Exequente pode pedir ao tribunal que apure o valor da coisa e o prejuízo resultante da falta da entrega, e que sejam penhorados bens do Exequente suficientes para venda, satisfazendo os créditos com os produtos de venda (artigo 824.º do Código de Processo Civil). Na execução para entrega da coisa certa, o Exequente pode ver o seu crédito satisfeito, quer porque adquire a coisa que o Executado lhe devia entregar, quer porque lhe foi pago o montante equivalente ao valor da coisa que o Executado lhe devia entregar. Na situação em que o devedor está obrigado a prestar um facto mas não o prestou, o credor pode requerer a prestação por outrem à custa do devedor, se o facto for fungível. Pode ser penhorado e vendido o património do Executado para esse efeito quando for necessário; se o facto for infungível, assim o credor apenas pode requerer a penhora e venda do património do Executado enquanto indemnização do dano sofrido com a não realização da prestação por parte do devedor. A execução para pagamento de quantia certa constitui a forma principal (e típica) da acção executiva. São as suas disposições aplicáveis às outras duas formas de execução quando a prestação devida seja impossível e que seja necessário pagar o valor equivalente para a substituir, sendo, ainda, subsidiariamente aplicáveis a outros tipos de execução as disposições relativas à acção executiva para pagamento de quantia certa (artigo 375.º n.º 2 do Código de Processo Civil).

Em que situação o credor pode instaurar directamente a execução sem necessidade de intentar primeiro a acção declarativa?

É o caso em que estão preenchidos, para além dos pressupostos gerais, os pressupostos especiais para a instauração da execução: a dívida exequenda deve ser certa, exigível e líquida (pressupostos substanciais), e deve ter título executivo (pressuposto formal). Podem ser intentadas diversas acções executivas em função do título.

2. Dívida certa, exigível e líquida

Podendo instaurar execução somente quando o devedor não cumprir as suas dívidas, estas devem ser certas, exigíveis e líquida (artigo 686.º do Código de Processo Civil).

A obrigação é certa quando se encontra determinada, quando o objecto sobre que incide a prestação se encontra determinado. A incerteza das obrigações relaciona-se sobretudo com as obrigações alternativas (artigo 536.º n.º 1 do Código Civil) e obrigações genéricas (artigo 532.º do Código Civil); é necessária a escolha ou determinação da obrigação para poder haver execução. Se o direito à escolha

pertence ao credor, a escolha deve ser feita antes da execução, e o credor deve indicar expressamente no requerimento de execução a obrigação escolhida para poder deduzir um pedido determinado. Se a escolha pertence ao devedor (artigos 532.º, 535.º n.º 2 e 536.º n.º 2 do Código Civil), é este notificado para declarar por qual das prestações opta dentro do prazo fixado pelo tribunal. Na falta de declaração, a execução pode seguir quanto à prestação que o credor escolher (artigo 687.º n.º 3 do Código de Processo Civil). Se a escolha pertence a terceiro, é esta efectuada pelo tribunal, se o terceiro não a faz (artigo 542.º do Código Civil, artigo 687.º n.º 3 e 1219.º do Código de Processo Civil). O regime das obrigações alternativas aplica-se, com as necessárias adaptações, às obrigações genéricas.

A dívida é exigível quando está vencida. Nas acções declarativas pode ser condenado o réu a pagar dívidas não vencidas (artigo 393.º n.ºs 1 e 2 e artigo 565.º do Código de Processo Civil). Mas aquando da propositura da acção executiva a dívida tem de ser exigível ou estar vencida. São inexigíveis as seguintes obrigações: obrigações não vencidas; obrigações sujeitas à condição suspensiva, que não se verifica ainda (artigo 688.º n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil); obrigações não exigíveis por falta de interpelação (obrigações puras) (artigo 688.º n.º 3 do Código de Processo Civil); obrigações dependentes de uma prestação por parte do credor ou de terceiro que ainda não tiver sido efectuada (artigo 688.º n.º 1 do Código de Processo Civil).

É líquida a obrigação cujo montante ou quantidade está determinado, e é ilíquida a obrigação cujo montante ainda não o está, como por exemplo, o devedor deve indemnizar pelos prejuízos por ele causados, mas não se encontra totalmente definido o âmbito de indemnização aquando da instauração da execução, ou paga em patacas o preço correspondente a 1,000 lebres, ou paga os juros moratórios resultantes em três anos, entre outros. É apenas líquida a obrigação cujo valor de prestação é determinada. Só nas situações raríssimas é que se pode deduzir pedidos ilíquidos, a saber:

- i) Situação prevista no n.º 2 do artigo 689.º do Código de Processo Civil: “Quando a execução compreenda juros que continuem a vencer-se, a liquidação dos juros é feita a final pela secretaria, em face do título executivo e dos documentos que o exequente ofereça em conformidade com ele.” É este pedido designado por pedido genérico, nos termos do artigo 392.º do Código de Processo Civil;
- ii) Situação prevista no artigo 392.º n.º 1 al. a) do Código de Processo Civil: a título de exemplo, se do título executivo consta expressamente que o devedor deve entregar um conjunto de gados, a execução correspondente é execução para entrega de coisa certa, cujo objectivo é uma universalidade. (Quando o objecto mediato da acção seja uma

universalidade, quando não seja ainda possível determinar, de modo definitivo, as consequências do facto ilícito, ou o lesado pretenda usar da faculdade que lhe confere o artigo 563.º do Código Civil, quando a fixação do quantitativo esteja dependente de prestação de contas ou de outro acto que deva ser praticado pelo réu.)

O Código de Processo Civil de 1999 introduziu a fase preliminar da execução (artigos 686.º e seguintes do Código de Processo Civil). As obrigações incertas, inexigíveis ou ilíquidas devem, através do mecanismo implementado pela fase preliminar da execução, tornar-se certas, exigíveis e líquidas, para poder constituir-se objecto da execução. As obrigações ilíquidas devem ser liquidadas. Se a obrigação for ilíquida e a liquidação depender de simples cálculo aritmético, cabe ao exequente, no requerimento inicial da execução, fixar o quantitativo a pagar (artigo 689.º n.º 1 do Código de Processo Civil). Além disso, a liquidação normalmente cabe ao Tribunal (artigo 690.º do Código de Processo Civil), podendo, em casos excepcionais, a liquidação ser feita pelo árbitro (artigo 693.º do Código de Processo Civil). Em qualquer caso, a liquidação tem de ser realizada na fase preliminar da execução. Servindo-se para investigação de factos, a liquidação tem natureza do processo declarativo (artigo 691.º n.º 1 do Código de Processo Civil).

3. Exequibilidade de documento particular

A execução funda-se em título executivo, que a lei reconhece como suficiente para comprovar a existência do direito exequendo, que determina a finalidade e âmbito da execução e que justifica a legitimidade do exequente e do executado. Apenas o credor que consta do título pode intentar a acção executiva contra o devedor (artigo 68.º n.º 1 do Código de Processo Civil); o credor que possui o título executivo não tem legitimidade para intentar acção declarativa (artigo 73.º n.º 3 al. a) do Código de Processo Civil)¹.

O artigo 12.º do Código de Processo Civil regula somente a função do título e a espécie das execuções, não tendo dado definição ao título, em relação à qual os estudiosos têm opiniões diversas: Castro Mendes entende que “*título executivo é, formalmente, um tipo de documento jurídico que a lei confere o bastante poder de exigir prestação e que pode servir de execução, e, substancialmente, um meio*

1 Tanto o Código de Processo Civil de Macau de 1961 como o regime vigente em Portugal permite aos credores que possuem título executivo intentarem acção declarativa, sem prejuízo das custas judiciais desta resultantes. *Vide* artigo 449.º n.º 2 al. c) do Código de Processo Civil de Macau de 1961 e do Código de Processo Civil Português.

jurídico que evidencia a existência do seu direito à execução”². Por sua vez, Germano Marques da Silva³ , Pessoa Jorge⁴ e Palma Carlos⁵ consideram “*o título executivo é o acto documentado que constitui ou reconhece um direito.*”. Para Lebre de Freitas ⁶, título executivo é um documento. Seja como for, todos concordam que o título executivo é o documento indispensável para a instauração da execução. Se a execução tiver sido intentada sem ser acompanhada pelo título executivo, o Juiz deve rejeitar liminarmente o requerimento⁷ ou profere o despacho de aperfeiçoamento⁸.

Ora, sendo documento de tanta importância, que documento pode constituir título? O artigo 677.º do Código de Processo Civil elencou taxativamente os documentos que o podem ser:

1. As sentenças condenatórias;
2. Os documentos exarados ou autenticados por notário que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação;
3. Os documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias, cujo montante seja determinado ou determinável nos termos do artigo 689.º, ou de obrigação de entrega de coisas móveis ou de prestação de facto;

2 Castro Mendes, Manual do Processo Civil, p. 74.

3 Curso de processo civil executivo.

4 Lições de Direito processual Civil.

5 Direito processual Civil (Acção Executiva).

6 José Lebre de Freitas, A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013, Coimbra Editora, 6.ª Edição, 2014, p. 76 a 81.

7 José Alberto dos Reis entende que o Juiz deve rejeitar liminarmente o requerimento inicial, por virtude do disposto do artigo 394.º n.º 1 al. d) do Código de Processo Civil (manifesta improcedência do pedido); tendo Lopo Cardoso entendido que o título executivo constitui a causa de pedir da execução, nessa medida o Juiz deve rejeitar liminarmente o requerimento inicial por ser inepto (artigo 139.º n.º 2 al. a) e 394.º n.º 1 al. a) do Código de Processo Civil).

8 Castro Mendes refere que são taxativas as situações alistadas no artigo 394.º do Código de Processo Civil, pelo que não se deve abusar o fundamento de “improcedência”, sendo a “improcedência” *stricto sensu* vício substancial relacionado com a improcedência do pedido, enquanto o não acompanhamento do título executivo ou a inexequibilidade vício processual. O Juiz deve, assim, profere despacho de aperfeiçoamento com fundamento de irregularidade do requerimento inicial por não vir acompanhado de documentos essenciais (artigo 375.º n.º 1 e artigo 397.º n.º 1 do Código de Processo Civil). Cândida Pires considera que o entendimento de Castro Mendes mais se coaduna com o regime de processo civil vigente em Macau (artigo 6.º do Código de Processo Civil, princípio de economia processual, regra que impõe a remoção de obstáculos ao prosseguimento da acção executiva).

4. Os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva⁹.

Não existe grande dúvida quanto a sentenças e documentos exarados ou autenticados por notário enquanto títulos executivos. Já em relação a documentos particulares, não existe um critério absoluto quanto aos seus requisitos, espécie e âmbito para poder constituir título executivo, que o legislador ora o restringe, ora o alarga. Pegando no exemplo de Portugal, na revisão de 1995-1996 do Código de Processo Civil Português, o legislador adoptou um critério geral atribuindo exequibilidade aos documentos particulares assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias de montante determinado ou determinável, ou que importem constituição ou reconhecimento de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto. No entanto, em 2013, o Código de Processo Civil Português restringiu largamente a exequibilidade dos títulos executivos. A regra geral passou a ser conferir exequibilidade a apenas títulos de crédito (cheques, livranças e letras) (artigo 703.º n.º 1 al. c do Código de Processo Civil Português). Além disso, também em Espanha, em 2000, foi restringida a exequibilidade dos documentos particulares, tendo retirado exequibilidade aos documentos particulares que tiverem sido jurados e reconhecidos perante o Juiz, podendo constituir título executivo apenas cheques, letras e notas de débito de advogados¹⁰.

Por duas razões não levantam controvérsia as sentenças e os documentos exarados ou autenticados por notário enquanto títulos executivos: primeiro, porque são eles documentos fáceis delimitar; segundo, porque o legislador estabelece regulamentação expressa sobre os seus requisitos.

Em princípio, apenas as sentenças transitadas em julgado constituem título executivo. No entanto, se o recurso tiver meramente efeito devolutivo (artigo 608.º n.º 1 do Código de Processo Civil), a sentença pode constituir título executivo na pendência de recurso¹¹. As decisões proferidas por tribunais ou árbitros do

9 A título de exemplo: certidões em que constam custas, multas e indemnizações calculadas no processo (artigos 376.º a 388.º do Código de Processo Civil); contas que se apresentam saldo a favor do autor no processo especial de prestação de contas (artigo 882.º n.º 4 do Código de Processo Civil); documentos referidos nos artigos 1014.º n.º 3, n.º 4 e 1015.º do Código de Processo Civil.

10 José Lebre de Freitas, *A Acção Executiva à luz do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra Editora, 6.ª Edição, 2014, nota 48, p. 71 a 72.

11 A sentença pode constituir título executivo na pendência de recurso, mas:

i) se a sentença tiver sido revogada total ou parcialmente, a execução já iniciada extingue-se ou modifica-se em função do resultado do recurso; (situação em que existe já o resultado do recurso mas a execução ainda está a correr);

exterior de Macau só podem servir de base à execução depois de revistas e confirmadas pelo competente tribunal de Macau, salvo disposição em contrário de convenção internacional aplicável em Macau ou de acordo no domínio da cooperação judiciária. São equiparados às sentenças condenatórias, sob o ponto de vista da exequibilidade, os despachos e quaisquer outras decisões ou actos de autoridade judicial que condenem no cumprimento duma obrigação (artigo 679.º n.º 1 do Código de Processo Civil), pelo que são ainda decisões judiciais: a sentença que homologa conciliação, confissão ou transacção das partes (artigos 428.º e 699.º n.º 2 do Código de Processo Civil), despacho-saneador que tiver conhecido o mérito da causa ou qualquer excepção peremptória (artigo 429.º n.º 1 al. b) e despacho que condena o pagamento de indemnização por litigância de má-fé, que fixa retribuições dos peritos ou que condena no pagamento de multa. As decisões do tribunal arbitral são equiparadas às decisões judiciais (artigo 679.º n.º 2 do Código de Processo Civil). São exarados por notário os documentos lavrados por notário, com as formalidades legais, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, e autenticados os documentos confirmados pelas partes perante o notário ao abrigo das regras do direito notarial (artigo 356.º do Código Civil e artigo 50.º do CN). Para constituírem título executivo, esses documentos devem importar a constituição ou reconhecimento de uma obrigação, como por exemplo o testamento em que o *de cuius* reconhece a existência de certa dívida.

Tal como se referiu acima, existe desde sempre controvérsia quanto à atribuição, ou não, da exequibilidade a todos e quaisquer documentos particulares que reúnem determinados requisitos, independentemente do tipo de documento particular em causa. O regime local não logrou escapar a essa controvérsia. O vigente Código de Processo Civil, comparado com o Código de Processo Civil de 1961, alargou significativamente a exequibilidade dos documentos particulares. Na altura, podiam constituir título executivo somente os documentos particulares, livranças, letras, cheques, extratos de factura dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas ou de entrega de coisas fungíveis (artigo 46.º al. c do Código de Processo Civil de 1961), e em certos documentos particulares a assinatura do devedor devia estar reconhecida por notário (artigo 51.º do Código de Processo Civil de 1961). Hoje, podem ser títulos executivos quaisquer documentos particulares assinados pelo devedor que importem a constituição ou reconhecimento de obrigação de montante determinável, cuja assinatura não carece de estar reconhecida por notário, salvo se for assinatura a rogo (artigo 682.º do

-
- ii) se ainda não existir resultado do recurso mas a execução tiver entrado na fase de pagamento, será suspensa a execução, não poderá o exequente obter o resultado da venda, salvo prestação de caução por parte do exequente (artigo 678.º n.º 3 do Código de Processo Civil);
 - iii) pode o executado obter a suspensão da execução prestando caução (artigo 678.º n.º 4 do Código de Processo Civil).

Código de Processo Civil).

O coordenador da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, José Manuel Borges Soeiro explica na Nota Explicativa do Código de Processo Civil¹² que o aumento dos títulos executivos destina-se a permitir aos credores iniciarem a instância executiva sem que previamente tenha necessitado de intentar a acção declarativa, bem como a simplificação e a melhor agilização do processo executivo. No entanto, a referida revisão atingiu a esse objectivo? Acredita-se que se mantém essa dúvida. A título de exemplo, Luís Cavaleiro de Ferreira indicou, na altura, que *“se o objectivo é meritório, não deixa, porém, de importar riscos e pode vir a revelar-se causa de algum retrocesso na prática jurídica local.”*¹³.

A sua preocupação é justificada. Sendo demasiado alargado o actual regime quanto a susceptibilidade de certos documentos particulares constituírem título executivo, é fácil levantar discussão das partes. A título do exemplo, no acórdão proferido no Processo n.º 35/2004 do Tribunal de Segunda Instância, em relação ao documento particular utilizado para instaurar o processo executivo como título executivo, o Tribunal tomou a seguinte decisão: *“Não basta para que haja um título executivo que se comprove a celebração de um contrato de mútuo e que as diversas declarações negociais produzidas tenham coberto, num jogo de proposta e aceitação com fixação da taxa de juros aplicáveis, os pontos essenciais de negociação. 2. Não constitui um título executivo um documento, denominado requerimento para empréstimo com hipoteca, mediante proposta de realização de uma hipoteca sobre uma fracção prometida comprar sabendo-se até que essa proposta foi aceite, alguns dias depois, estabelecendo o banco qual a taxa aplicável. (...) 7. Embora uma das partes se comprometa num documento a hipotecar uma dada fracção para garantia de um capital devido e taxa de juros aplicável, bem como as despesas de registo, ali se refira o prazo respectivo, tal não é suficiente para constituir título executivo porque o documento materializa apenas o compromisso de hipotecar para garantia de uma dívida, para mais quando os termos e cláusulas ali se não descrevem.”*

Ocorreu um caso semelhante no Recurso n.º 303/2004 do Tribunal de Segunda Instância, no qual se decidiu que: *“2. Um pedido de empréstimo a um Banco subscrito e assinado por um particular seu cliente e com posterior autorização do dito Banco, não constitui documento que importe a “constituição ou reconhecimento de obrigações” a que se refere o art.º 677º, al. c) do C.P.C.M., já que o mutuário apenas subscreveu a “proposta de empréstimo”, estando alheio ao posteriormente processado.”*. Por outro lado, num outro caso do mesmo ano,

12 Código de Processo Civil (Versão Portuguesa), Imprensa Oficial de Macau, 1999, p. LXII.

13 Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, n.º 10, Centro de Estudos Jurídicos da Universidade de Macau, 2000, p. 158.

o Juiz voltou a não reconhecer o documento particular que serviu como título executivo para instaurar o processo executivo: “2. *O contrato de empreitada para construção de um edifício sob regime de propriedade horizontal não pode ser tido como um documento particular que importe constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias a cargo da dona da obra e, como tal, com valor de título executivo nos termos contemplados no artigoº 677.º, alínea c), do Código de Processo Civil, se não estiver cabalmente demonstrada, pela empreiteira pretendente de execução, a efectiva aceitação da obra pela sua dona.*” (Processo n.º 113/2014, do Tribunal de Segunda Instância).

Fica ainda por provar se o alargamento da exequibilidade de documentos particulares é susceptível ou não de alcançar o objectivo previsto, no sentido de permitir aos credores ver mais facilmente o seu direito satisfeito, bem como a poupança de recursos jurisdicionais uma vez que possibilita a instauração imediata da execução sem necessidade de intentar previamente a acção declarativa. No entanto, os referidos exemplos dizem exactamente o contrário, as partes vencidas necessitam de voltar a propor a acção declarativa para satisfazer o seu direito, tudo só depois do decurso de uma longa primeira instância e do recurso.

Por outro lado, tendo sido alargado a exequibilidade de documentos particulares, o legislador, no Código de Processo Civil de 1999, consagrou a regra excepcional nos termos da qual se a execução se fundar em documento particular sem a assinatura reconhecida e o embargante alegar a não genuinidade da assinatura e juntar documento que constitua princípio de prova, pode o juiz, ouvido o embargado, suspender a execução (artigo 701.º n.º 1 do Código de Processo Civil). O eventual surgimento dessa situação abrandará o prosseguimento de todo o processo executivo, uma vez que o embargo do executado tem natureza do processo declarativo, cujo requerimento inicial é apensado aos autos do processo executivo, e é recorrível a decisão proferida no embargo do executado (artigo 816.º n.º 1 al. b do Código de Processo Civil).

4. Conclusão breve

Se é certo que permitir aos credores instaurarem directamente a execução sem necessidade de propositura prévia da acção declarativa deixa-os indubitavelmente verem mais rapidamente satisfeito o seu direito violado, reforçando assim a tutela dos credores, evitando ao mesmo tempo o gasto dos recursos jurisdicionais, a verdade é, porém, que a execução, que se destina a executar, através dos meios jurisdicionais, coercivamente as prestações do devedor que não tiverem sido voluntariamente cumpridas, pressupõe que existe a obrigação de prestar, cuja existência já não se discute. Assim, para poder ser instaurada a execução, a obrigação por executar por parte do credor deve estar

certa, exigível e líquida, e dispõe de um título executivo, sendo este o documento indispensável para a instauração da execução. Não tendo sido o requerimento inicial da execução acompanhado do título, o Juiz deve rejeitá-lo ou proferir o despacho de aperfeiçoamento.

Quais os documentos que podem constituir título executivo? São aqueles que se encontram regulados por lei como tal. O artigo 677.º do vigente Código de Processo Civil indica taxativamente os documentos que podem constituir título executivo, entre os quais é mais controverso o facto de ter alargado significativamente a exequibilidade dos documentos particulares. O Código de Processo Civil de 1961 determinava que podiam constituir título executivo somente os documentos particulares, livranças, letras, cheques, extratos de factura dos quais conste a obrigação de pagamento de quantias determinadas ou de entrega de coisas fungíveis, e em certos documentos particulares a assinatura do devedor devia estar reconhecida por notário, enquanto no presente podem ser títulos executivos quaisquer documentos particulares assinados pelo devedor que importem a constituição ou reconhecimento de obrigação de montante determinável, cuja assinatura não carece de estar reconhecida por notário, salvo se for assinatura a rogo.

Tal como se referiu, existe desde sempre controvérsia quanto à atribuição, ou não, da exequibilidade a todos e quaisquer documentos particulares que reúnem determinados requisitos independentemente do tipo de documento particular em causa. O legislador local limitou-se a fixar os requisitos gerais do documento particular sem qualquer limitação ao tipo do documento particular em causa: quaisquer documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias determináveis. Com efeito, o nosso regime actual assimila-se com o do Código de Processo Civil Português vigente em 1995-1996. Na altura o legislador de Portugal adoptou um critério geral atribuindo exequibilidade aos documentos particulares assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias de montante determinado ou determinável, ou que importem constituição ou reconhecimento de obrigação de entrega de coisa ou de prestação de facto. No entanto, em 2013, o Código de Processo Civil Português restringiu largamente a exequibilidade dos títulos executivos. A regra geral passou a ser conferir apenas exequibilidade a títulos de crédito (cheques, livranças e letras).

Qual é a melhor solução? É o constante do actual Código de Processo Civil que confere exequibilidade a todos e quaisquer documentos particulares, assinados pelo devedor, que importem constituição ou reconhecimento de obrigações pecuniárias determináveis, ou a prevista no Código de Processo Civil Português de 2013 que confere exequibilidade a apenas determinados documentos particulares? Teoricamente, tendo alargado significativamente a

exequibilidade dos documentos particulares, parece, pelo menos aparentemente, que o primeiro regime protege melhor os direitos dos credores porque lhes permite instaurarem directamente a execução sem necessidade de propositura prévia da acção declarativa. A verdade é, porém, que, a prática demonstra que esta solução é arriscada. Sendo demasiado alargado o regime actual sobre a regulamentação dos documentos particulares, é fácil provocar discussão entre as partes sobre a susceptibilidade de alguns documentos constituírem ou não título executivo. Se depois de longa e demorada primeira instância e recurso, o Tribunal acaba por considerar que não pode constituir título executivo o documento particular que as partes serviram como tal e que o utilizaram para instaurar a executiva, porque o mesmo não preenche os requisitos previstos no al. c) do artigo 677.º do Código de Processo Civil, a parte vencida, necessitará de voltar a propor a acção declarativa para satisfazer o seu direito. Fica por averiguar o número deste tipo de situação.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - A RELAÇÃO ENTRE O MÉDICO E OS DOENTES

Rui Amaral

*Assistente em Tempo Parcial, Faculdade de Direito da Universidade de Macau
Jurista, Direcção dos Serviços de Saúde, RAEM*

Resumo: O erro médico é um dos temas mais desafiantes no debate em torno da judicialização da medicina. Em quase todo o mundo tem-se vindo a constatar um considerável aumento das acções judiciais por erro médico. O dispositivo normativo da inversão do ônus da prova, presente no Código Civil de Macau e em muitos outros ordenamentos jurídicos, constitui, indubitavelmente, para além de um ganho jurídico, político e social, uma possibilidade de recurso sempre presente a que os doentes/lesados poderão sempre lançar mão nas acções que pretendem intentar contra os prestadores dos cuidados de saúde. Contudo, esta realidade não deve fazer olvidar que numa perspectiva ético-profissional este dispositivo normativo interfere directamente numa instituição social que deve também ser preservada: a relação médico-doente. Essa relação que veio a definir, ao longo da história, o papel social do médico não apenas como um mero prestador de serviços, mas como aquele que está legalmente habilitado, tecnicamente apto e socialmente legitimado para exercer a arte da medicina.

Palavras-chave: Erro médico; prova; relação médico-doente; inversão do ônus da prova; presunções judiciais; apreciação livre da prova; papel do médico.

Introdução

O modelo da medicina neste século XXI transformou-se na arte de gerir a e uma enorme complexidade e da avaliação de como tal complexidade pode, de facto, ser dominada de forma mais humana.

A décima edição da classificação internacional de doenças da Organização

Mundial da Saúde tem aumentado exponencialmente tendo, neste momento, distinguido mais de quatorze mil diferentes doenças, síndromes, e diversos tipos de lesões – por outras palavras, mais de quatorze mil maneiras diferentes de o nosso corpo falhar. E, para quase todas elas, a ciência tem-nos revelado coisas que poderemos fazer para ajudar. Se não podermos curar a doença, geralmente poderemos reduzir os danos e o sofrimento que causam. Mas para cada situação os passos a seguir são diferentes e quase sempre nunca são simples. Os médicos têm agora, à sua disposição, cerca de seis mil medicamentos e quatro mil procedimentos médicos e cirúrgicos, cada um com diferentes requisitos, riscos e avaliações.

E assim nos encontramos neste início de século: acumulamos extraordinário conhecimento. Colocá-mo-lo nas mãos de algumas das pessoas mais bem formadas, qualificadas e empenhadas na nossa sociedade e dessa forma temos conseguido alcançar feitos extraordinários. No entanto, esse conhecimento é por diversas vezes incontrolável. Falhas evitáveis são comuns e persistentes, para não mencionarmos desmoralizantes e frustrantes, em muitos domínios - desde a medicina, às finanças e às intervenções governamentais. E a razão dessa situação é por demais evidente: o volume e a complexidade do que sabemos ultrapassou a nossa capacidade individual. O conhecimento tanto nos pode salvar como nos sobrecarrega de informação.

Isso significa que precisamos de uma estratégia diferente para superar o fracasso, que utilize a experiência e tire proveito das pessoas dos conhecimentos adquiridos por forma a colmatar as inevitáveis insuficiências humanas.

1. Conceito de prova e de ónus da prova

Em termos gerais pode dizer-se que a prova é a demonstração da verdade dos factos juridicamente relevantes para certos efeitos.

Do artigo 334.º do Código Civil decorre a noção de prova: as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos. Algo diferente é a noção corrente de prova, geralmente identificada com o acto processual que visa convencer o juiz da verdade de um facto até ali duvidoso para ele. Neste contexto, a produção de determinado meio de prova em juízo tende a criar no espírito do julgador uma certa convicção, uma certeza subjectiva acerca de uma dada ocorrência alegada pela parte como suporte dos interesses que defende no processo.

Em matéria de responsabilidade civil médica, o princípio fundamental é o de que quem invoca um direito tem de alegar o facto ou factos em que o baseia. Só alegando-os poderá vir a prová-los. Só provando-os, poderá fazer triunfar o direito que se arroga, se a prova do facto ou factos for necessária para esse triunfo mediante o convencimento do juiz.

Ao encargo de provar o facto chama-se, na linguagem técnica do processo acolhida no Código Civil, artigos 335.º e 337.º, ónus da prova, mas este ónus tem como pressuposto um outro ónus: o ónus da alegação. Quem quer fazer triunfar um direito subjectivo tem de provar os factos que dão direito a exigir para ele a tutela jurisdicional; mas, para provar esses factos, tem primeiro de os alegar perante o tribunal.

No nosso direito processual civil vigora o princípio do dispositivo que veio introduzir a noção de factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas pelas partes, para determinar que o juiz os tome como base para a decisão da causa; mas ao mesmo tempo, admite que sejam officiosamente tomados em consideração os factos instrumentais que resultem da instrução e discussão da causa.

Mas o autor ao propor a acção ainda assim não pode limitar-se, em abstracto, a solicitar a tutela dos tribunais. Tem sempre de invocar a existência de uma dada situação jurídica concreta, de invocar factos concretos e de formular perante o tribunal uma dada pretensão com base nesses factos.

Ora, atendendo ao disposto no artigo 3.º, que se define como o princípio da iniciativa das partes, em conjugação com o referido artigo 5.º, se conclui que é sobre os factos que o autor traz ao processo na sua petição, e sobre aqueles que o réu lhe contrapõe ao defender-se, que a prova há-de, em regra recair.

Neste contexto, a iniciativa privada vem assim condicionar os poderes do juiz, não só quanto ao desencadear do processo e à amplitude da tutela jurídica solicitada, mas também quanto à aquisição de factos para o processo.

No sistema dispositivo, a parte está sujeita ao ónus de fornecer e provar os factos – ónus subjectivo – que o tribunal há-de apreciar. Não os provando, e sendo eles essenciais para a definição do seu direito, o juiz, em princípio, julgará contra ela.

2. O desequilíbrio na relação médico-doente

A doutrina e a jurisprudência têm evidenciado, como característica dominante da relação entre o médico e o doente, o desequilíbrio relacional também designado por *hipossuficiência*, e que se vem a reflectir, inelutavelmente, no plano probatório.

Neste contexto, identifica-se o doente como um sujeito que se encontra particularmente enfraquecido porque física ou mentalmente debilitado por força da patologia que o afecta e o médico como uma pessoa capaz de lhe dar a protecção e o tratamento de que carece. A debilidade do doente acentua-se, dada a necessidade de exposição de áreas intimas e reservadas da sua vida ao médico, para que este esteja munido da informação indispensável à prestação de uma

assistência adequada.

Esta assimetria relacional aumenta, pelo carácter especializado da prestação dos cuidados de saúde, e pelo desnível de conhecimentos e preparação técnico-científica entre ambas as partes. O profissional-devedor é um especialista prestador de cuidados de saúde e o doente-credor é, em regra, um leigo nessa matéria o que legitima a exigência de que em caso de dano o segundo não seja obrigado a fornecer provas, por ser considerado em situação desvantajosa ou hipossuficiente. O ónus da prova, que normalmente recairia sobre o acusador, o credor, passa a ser obrigação do acusado, o devedor.

O modelo contratual subjacente a esta concepção sugere o entendimento implícito de que o doente espera do médico, acima de tudo, a prestação de serviço especializado competente. É indiscutível a relevância da competência técnica, imprescindível até mesmo para caracterizar o médico na relação profissional. No entanto, competência técnica não é o bastante. O *ethos* contrapaternalista da ética médica moderna parece ter sido mal compreendido, caso a virtude e a confiança, também símbolos da tradição hipocrática da medicina, venham a ser relegados para segundo plano e o profissional médico transmutado num fornecedor de provas.

Atente-se que a problemática não está no juiz solicitar ao médico o fornecimento de provas. O cerne da questão reside na interferência deste dispositivo jurídico na qualidade da relação médico-doente.

Nesse sentido, parece problemático e perigoso se, especificamente no caso dessa relação (que não pode ser resumida a uma situação comum de consumidor-fornecedor), o esforço de igualar materialmente as partes (mediante a distribuição do encargo probatório) se sobreponha à solicitação de que os médicos devem também cuidar de valores como a da confiança e do trato humanitário dos doentes.

Em tal contexto é pertinente questionar: a vulnerabilidade do enfermo e a hipossuficiência em questão têm a mesma natureza daquela que reconhece o consumidor como parte mais fraca na relação com o fornecedor? Que consequências, a médio e longo prazos, podem advir deste dispositivo jurídico para a relação médico-doente?

No tocante ao contexto ético-profissional da relação médico-doente, é preciso ter em atenção que para que tenhamos uma sociedade onde os papéis sociais, estabelecidos numa complexa rede de relações e valores, não venham originar médicos mais preocupados em como se proteger dos seus doentes e constituir provas do que com a essência da profissão: que é «o de cuidar», e não «o de prestar um serviço». O exercício profissional médico caracteriza-se por ter na prestação de serviço uma decorrência do cuidar e não o cuidado como decorrência da prestação de serviço.

A questão posta trata-se de posicionamento contrário à fixação apriorística da inversão do ónus da prova, anterior ao estabelecimento da relação médico-

doente. Esse posicionamento contrário funda-se inicialmente em constatações de eventos indesejáveis que de forma directa ou indirecta associam-se ao dispositivo normativo em questão: o extraordinário aumento no número de litígios alegando erro médico; o posicionamento defensivo de médicos, o aumento do mercado de seguros profissionais de responsabilidade civil, quer por outras medidas extraordinárias de defesa.

A questão é quando e em que situações o dispositivo normativo de inversão do ónus da prova confere o almejado equilíbrio às partes envolvidas no litígio e em que situações esse mesmo dispositivo, nos limites pretendidos pela Justiça, traz um maior prejuízo colectivo do que um ganho individual.

Em auxílio a estas questões de natureza ética sobrepõe-se a realidade actual de os doentes de hoje disporem de meios informacionais nunca antes vistos, o que vem determinar a existência de um maior envolvimento e participação do doente no programa prestacional, bem como, e particularmente, o de após o momento de cumprimento do programa prestacional acordado, surgida uma querela e solicitada a intervenção de um tribunal, existirem diversos factores cujo funcionamento permite que o apontado desequilíbrio desapareça em juízo¹.

Para este efeito recorre-se a soluções já existentes no âmbito do nosso direito processual, em particular, das regras que distribuem o ónus da prova entre as partes processuais com recurso ao denominado «direito probatório material»², por forma a dar cumprimento a uma ideia de eficiência nessa distribuição, e por consequência, de promoção da busca da verdade objectiva e de satisfação de imperativos de justiça.

Importa, pois, nesta nossa exposição e porque afinal estamos no domínio de instrumentos de natureza processual, analisar alguns dos mecanismos já disponíveis no nosso ordenamento por forma a perceber a necessidade no recurso a dispositivos da inversão do encargo probatório no domínio da responsabilidade médica. Entendemos estes procedimentos como inseridos numa orientação emergente na actualidade, que tende a compreender o direito processual como uma disciplina que se deve adaptar à situação que em concreto é objecto de julgamento, assente numa conceitualização dinâmica da distribuição do ónus probatório atendendo às características particulares de cada litígio para identificar a parte processual que se encontra *in casu*, em melhores condições para provar determinado facto, e a quem se atribui, portanto, o ónus de cumprir tal tarefa probatória³.

1 Cfr. Juan SONODA (Perdida de chances de curación y sobrevida, in Revista Lecciones y Ensayos, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998/99 – 72/73/74, p. 364, nota 45).

2 Cfr. entre nós RIBEIRO DE FARIA.

3 Cfr. Vazques FERREYRA, Prueba, p. 154 e Micheli.

Esta é uma concepção que tem por base a relação obrigacional complexa como a que encontramos no domínio da relação médico-doente⁴⁵, e que se projecta na relação processual, impregnando toda a actividade desenvolvida em juízo. Trata-se, pois, de um corolário do princípio da boa fé, que rege toda a vida da relação obrigacional, incluindo os períodos de crise que ela atravesse, e, portanto também, a discussão judicial tendente a resolvê-los.

Mas antes de tal explicitação sumária dos efeitos desta doutrina em matéria de inversão do ónus da prova, importa salientar como ensina Cândida da Silva Antunes Pires⁶ que, no nosso actual sistema processual, os poderes inquisitórios do tribunal abrangem uma ampla iniciativa, traduzida na atribuição *ex officio* de relevantes poderes instrutórios que resultam, fundamentalmente, da conjugação do preceituado nos artigos 5.º, 6.º e 8.º do CPC: o que alguma doutrina refere como o *princípio da oficialidade* ou da *livre iniciativa do tribunal*.

Tendo este princípio como pano de fundo, começaremos por referir os dispositivos que se orientam primacialmente, para um objectivo de facilitação da actividade probatória, numa perspectiva de racionalização e optimização da tarefa demonstrativa da realidade dos factos controvertidos e depois atentaremos noutros que se dirigem, sobretudo, a corrigir a distribuição do ónus probatório, em homenagem a uma ideia de justiça, agravando a posição daquele que, com o seu comportamento seu, criou «um risco injustificado» de verificação do dano ocorrido e a conseqüente dificuldade de *ascertainment* do curso factual.

3. Mecanismos simplificadores da actividade probatória atendendo à regularidade dos acontecimentos

Em vários ordenamento jurídico, foram-se desenvolvendo instrumentos, que, através da prova de determinados elementos fácticos – de (mais) fácil

4 Importa ter em consideração que a actividade médica «é melhor qualificada como uma obrigação de risco ou de resultado aleatório, porque o médico não se obriga apenas a usar a sua melhor diligência para obter um diagnóstico ou conseguir uma terapia adequada, antes se vincula a fazer uso da sua ciência e aptidão profissional para a realização do diagnóstico e para a definição da terapia aconselhável. Ainda que o médico não possa responder pela obtenção de um resultado, ele é responsável perante o doente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento».

5 *A relação jurídica Médico/Doente perspectiva-se, hoje, como uma relação complexa é uma rede formada por uma trama intrincada de posições jurídicas que se orientam para o fim uno e comum a todas, e que se modificam em ordem à sua satisfação. Assim, o programa obrigacional imanente a essa relação é “delimitado em função da finalidade última, que é a consecução da cura do doente, a melhoria do seu estado de saúde ou a atenuação do seu sofrimento”.*

6 Lições de Processo Civil de Macau – Processo de Declaração, Procedimentos Cautelares, Processo de Execução, 2.ª Edição revista e ampliada, Universidade de Macau, Almedina.

demonstração, pelo doente –, possibilitam, que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da verificação *in casu* de certos pressupostos fundadores da responsabilidade civil – cuja prova se revela mais difícil. Trata-se de dispositivos que apresentam uma acentuada afinidade com o mecanismo das presunções judiciais e que auxiliam o julgador, no procedimento complexo – que envolve «*una rete di passaggi inferenziali*» racionalmente fundada – de escolha da «*migliore narrazione*» dos factos, de entre aquelas, que lhe foram apresentadas.

Em Itália, nessa operação, as máximas de experiência derivadas da regra da experiência comum e da normalidade aparecem como um instrumento útil e válido, desde que sujeitas a «*valutazione complessa*» e «*controlli di coerenza e congruenza*». À luz daquela regra, o que é evidente não necessita de demonstração, pelo que, quem alega um curso regular de acontecimentos ficará dispensado de os provar. Incumbirá a quem argúi um desvio a um padrão de normalidade, a demonstração da verificação *in casu* dos factos atípicos.

Próximo deste instituto se situa a *Res ipsa Loquitur*. Trata-se de uma regra probatória aplicada nos países de *Common Law*, que assenta em evidências circunstâncias, na medida em que, perante os específicos contornos do caso concreto, e «*in the light of common experience and knowledge*», é possível extrair uma inferência sobre a verificação de determinada factualidade.

Assim, perante o dano detectado e as circunstâncias em que o mesmo ocorreu, os acontecimentos falam por si mesmos: o dano só pode ser explicado pela prévia prática de um acto censurável. São situações em que os factos são eloquentes – a culpa, o nexos causal aparecem *in re ipsa* dos fenómenos analisados e dos resultados danosos produzidos. Caberá ao demandado desmenti-los, fornecendo a versão real dos acontecimentos – apresentando uma explicação razoável, para os danos sofridos pelo demandante, isenta de qualquer intervenção negligente da parte do demandado.

4. Mecanismos sancionatórios, ao nível probatório, da criação injustificada de um risco potenciador do dano ocorrido

A estes mecanismos subjaz o princípio à luz do qual, se uma pessoa der origem culposamente a uma situação que configura uma fonte de perigo para terceiros, e se um (ou mais) desses terceiros sofrer(em) um dano que constitui uma concretização normal daquele perigo, deverá aquela, em princípio, responder por esse dano.

Só se eximirá da obrigação de indemnizar, se conseguir demonstrar que o dano não procedeu daquela fonte, por ela, gerada e controlada. Nas demais situações, a afirmação da responsabilidade encontra a sua justificação no facto de, apesar de não se poder asseverar com certeza que, sem aquela fonte de perigo o

dano não se teria verificado, poder afirmar-se que a existência da mesma aumentou as possibilidades de ele se vir a verificar.

Tal entendimento foi desenvolvido no Reino Unido, a propósito de hipóteses, em que ocorre uma violação de normas de segurança por parte do empregador e uma concomitante verificação, num trabalhador, de um dano que aquelas normas pretendiam evitar, mas para cuja produção poderão ter sido decisivos outros factores presentes *in casu*. Da ocorrência de uma «innocent source» com uma «guilty source», emergem dificuldades na afirmação do liame causal entre o acto desvalioso do agente e o dano, semelhantes às existentes no âmbito da reponsabilidade do profissional de saúde.

Em 1972, no caso *McGhee v National Coal Board*, a *House of Lords*, num aresto que representa um marco no percurso da jurisprudência deste tribunal superior do Reino Unido, consagrou o princípio, segundo o qual, existindo a violação de um dever («a statutory duty») e produzindo-se o dano que a sua imposição visava evitar, sem que seja possível demonstrar, de acordo com o «*current state of medical knowledge*» que o respeito por aquele dever teria impedido a produção deste dano haverá lugar à inversão do ónus da prova, recaíndo sobre o lesante demandado o encargo de provar que não existiu um nexó causal entre aqueles dois factos, já que «*it is a sound principle that where a person has, by breach of duty of care, created the risk, and injury occurs within the area of that risk, the loss should be borne by him unless he shows that it had some other cause*».

A razão de uma tal inversão do ónus da prova, no âmbito da responsabilidade médica, encontra-se, não só no conjunto de conhecimentos técnicos que o mesmo, como profissional, detém, mas também, no facto de ter sido ele que, com o seu erro, «criou a situação que não permite apurar com suficiente certeza, qual teria sido o decurso da doença, se o tratamento tivesse sido realizado correctamente, secundum *legem artis*».

Para além destes mecanismos inversores do ónus da prova que bem poderão ser aplicados no quadro do nosso ordenamento poderemos ainda encontrar outros mecanismos.

5. Inversão do ónus probatório (n.º 2 do artigo 337.º)

Perante a existência de uma qualquer norma que estabeleça uma presunção ou dispense ou libere o ónus da prova (ou convenção que produza iguais efeitos, quando seja de admitir a sua validade) – vide n.º 1 do artigo 337.º – o nosso legislador admite uma situação em que, a título excepcional, se prevê tal efeito: a do circunstancialismo do n.º 2 do artigo 337.º: «(...) quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado(...)».

Avultam, aqui, dois requisitos, para a inversão do ónus da prova – o do comportamento culposo da parte não onerada com a demonstração de um facto controvertido e o da impossibilitação, por esse facto, da respectiva prova.

Assim, a mera «falta de preparação técnica da parte onerada» ou a «especial dificuldade da prova» devida não serão, em princípio, argumentos capazes de fundar uma alteração ou inversão da repartição legal do ónus da prova.

Exemplos paradigmáticos de hipóteses subsumíveis àquele preceito serão, pelo contrário, as situações, em que a parte contrária destrói documentos, que seriam necessários para que aquele que invoca um direito pudesse fazer prova de um facto constitutivo do mesmo.

Um exemplo das virtualidades deste dispositivo, a nível da responsabilidade de que ora se trata, é o da destruição dolosa pelo médico da ficha clínica do doente, que, por aquele deve ser elaborada, custodiada e conservada. Tal comportamento culposo do profissional pode inviabilizar a actividade processual do doente, já que aquele documento reveste uma grande importância probatória – dele constam referências aos vários actos adoptados pelo médico, às reacções do doente, permitindo reconstruir o iter seguido pelo profissional de saúde e o raciocínio em que se baseou a opção por uma dada terapia, a rejeição de outra e a razão de ser de uma inflexão num dado tratamento. Por isso, por força daquele acto destrutivo do profissional de saúde, pôr-se-á a seu cargo a prova de que agiu adequadamente.

Outro exemplo fornecido por Vaz Serra de uma situação que caberia no preceito considerado, dizia respeito à responsabilidade médica e fora retirada de um caso decidido pelo Tribunal Federal alemão. Para averiguar a culpa de um médico, era necessário conhecer a dimensão e o material (algodão ou gaze) de que era feita uma compressa, que não havia sido removida da verida causada por uma operação. A compressa foi inutilizada pelo médico, inviabilizando a prova que cabia ao doente. O tribunal alemão, invertendo o ónus da prova, considerou o médico onerado com a demonstração da sua não culpabilidade.

6. Presunções judiciais, prova *prima facie* e apreciação livre da prova

Ao lado do mecanismo inversor do ónus probatório referidos anteriormente, existem outros mecanismos de grande utilidade, para o lesado, que são as «presunções judiciais» – artigo 344.º – que permitem extrair de um facto conhecido (facto com significado de dano) um facto desconhecido (a produção do dano).

Assim em certas situações típicas, os tribunais, ao apreciar os factos de acordo com a experiência da vida inferem a verificação de outros factos, cuja demonstração não se mostrou inequívoca.

Na verdade, a operação de apreciação do produto da actividade probatória desenvolvida pelas partes, apesar de apresentar, de uma forma inelutável, uma

margem de discricionariedade, não constitui um espaço de liberdade sem constrangimentos para o julgador. Este deve movimentar-se aí em obediência a critérios de «coerência lógica», que permitam a sindicância do raciocínio e do percurso argumentativo que o conduziram à decisão que, por fim, adoptou.

A convicção do juiz funda-se numa representação hipotética dos factos, construída a partir daquela versão que, de entre as duas – logicamente plausíveis – que as partes em confronto deles apresentam, aparece mais atendível – mais provável – com base nos resultados das provas. As regras da experiência e a probabilidade figuram como critérios prestáveis, a que o julgador pode recorrer, no exame crítico do produto da actividade probatória.

É, então, ao nível da operação de apreciação da prova que a denominada prova *prima facie* ou de primeira aparência – que se apresenta familiar das presunções naturais referidas – aparece como um mecanismo susceptível de ser empregue, no nosso ordenamento, face às dificuldades inegáveis, nomeadamente na prova do nexo causal entre o acto (positivo ou negativo) do médico e o dano verificado. Encontra-se uma base fundante para tal precisamente no princípio da livre apreciação das provas, previsto no n.º 1 do artigo 558.º do CPC.

Ora, o julgador, no juízo que venha a formular sobre a actividade probatória desenvolvida, deverá ponderar as especiais dificuldades que ela acarretou para a parte onerada. Desta forma, poderá «julgar suficiente uma prova que, noutra situação, não seria bastante para a prova do facto».

7. A solução prevista no n.º 6 do artigo 560.º

Por fim, pretendemos trazer para discussão, dadas as virtualidades que encerra, uma norma que consagra uma disciplina que permite aprisionar juridicamente a dúvida na determinação do *quantum* reparatório. Trata-se do n.º 6 do artigo 560.º, onde se dispõe que: «Se não puder ser averiguado o valor exacto dos danos, o tribunal julga equitativamente dentro dos limites que tiver por provados».

A letra do artigo refere-se, apenas, à situação de existir uma impossibilidade quanto à determinação do montante dos danos. No entanto, Vaz Serra entende que o regime nele previsto deve aplicar-se, com as necessárias adaptações à situação em que a própria existência de danos seja insusceptível de averiguação. Este alargamento, conseguido ou por interpretação extensiva ou por aplicação analógica, justifica-se, segundo o Autor, pelo facto de ambas as situações merecerem tratamento idêntico. Desta forma, se alcança um regime próximo do consagrado no parágrafo 287 da Ordenança de Processo Civil alemã, e do que constava do articulado proposto por Vaz Serra, para o Código Civil de 1966.

Assim, e citando Larenz a propósito do referido parágrafo da lei alemã: «A

afirmação de que de um determinado evento nasceu um dano e em determinado montante não pode muitas vezes ser no caso concreto, exactamente feita e provada, porque depende de simples avaliações e juízos de verosimilhança». E continua o mesmo autor «(...) com base numa considerável verosimilhança por ele [tribunal] afirmada pode ele fixar uma conexão causal, quando esta lhe basta para a formação da sua convicção». Estas palavras valeriam, segundo Vaz Serra, para o nosso direito, à luz do disposto no n.º 6 do artigo 560.º e no artigo 563.º.

Aceitando esta virtualidade expansiva da letra do n.º 6 do artigo 560.º, bastará ao autor alegar e provar um facto que contenha ínsito «um normal ou presumido significado de dano» para que o tribunal considerar esse dano e o valore equitativamente. Para confortar este entendimento pode ainda ser chamado à colação o n.º 1 do artigo 434.º do Código do Processo Civil, que dispensa a alegação e prova dos factos notórios.

À semelhança do caso analisado por Vaz Serra, relativo à perda de habitação que «causa, em regra danos à pessoa que perde esta, e que tem de procurar nova habitação e levar para ela os seus objectos», o comportamento culposos do médico que, sem causa justificativa, se desvia das *leges artis* causa, em princípio, danos (nomeadamente aqueles que as normas desrespeitadas visavam evitar) à pessoa do doente lesado. Trata-se, pois, de um significado danoso contido no próprio acto desvalioso que, à luz da equidade, deverá ser quantificado.

Portanto, à luz desta concepção, e na medida em que o recurso ao referido preceito permite presumir o nexos causal entre o facto e o dano, tal norma proporciona a facilitação da tarefa probatória do doente.

8. Conclusões

O estudo e análise realizados permitem-nos formular as seguintes considerações finais:

- Ante a complexidade na vigência da relação médico-doente, só é possível ditar as regras de aplicação do dispositivo normativo de inversão do ónus da prova após o estabelecimento da relação e instalação do conflito;

- A relação médico-doente é a instituição social que definiu ao longo da história o papel do médico não como mero prestador de serviço, mas como aquele tecnicamente apto e socialmente legitimado a exercer a arte da medicina. Tal exercício não quer dizer apenas obter resultados esperados; exercer essa arte significa predominantemente gerir nas relações sociais o abismo que por vezes se coloca entre o esperado e o alcançado. Dito de outra forma, o médico actua como mediador entre o conhecimento e o doente, na compreensão do intervalo entre o resultado previsto e o obtido por meio de intervenção cientificamente reconhecida, moralmente admitida e juridicamente permitida;

- Em face da evidência de o exercício da actividade dos profissionais de saúde ir parametrizado numa realidade incontornável, o facto de o organismo humano ser por vezes imprevisível e incompreensível, é um fardo extremamente pesado e injusto, em determinadas situações, a inversão do ónus da prova dos médicos, devendo dar-se prioridade, na composição de conflitos daí decorrentes, a instrumentos processuais em detrimento da criação de presunções legais, até porque das mesmas surgem naturais dificuldades de prova em contrário com influência decisiva sobre a relação jurídica controvertida.

Finalmente, concluo com a seguinte observação, sendo certo que o erro médico é a excepção e não a regra da medicina nesta Região Administrativa Especial de Macau, e sendo certo, que a maioria dos nossos médicos seja composta por profissionais comprometidos e empenhados no exercício da boa arte médica, seria lamentável se a tentativa de gerar equilíbrios nos casos em que se supõe que o doente como minoria viesse abalar ainda mais a instituição «relação médico-doente» – a qual não pode ser reduzida a um contrato seco, desprovido das marcas históricas que definiram o papel social do médico. É preciso ter cuidado para que as reivindicações jurídicas, certamente crescentes na regulamentação do exercício do profissional médico, não venham a conferir-lhe o carácter legalista reinante nos Estados Unidos da América.

Se a crescente onda de judicialização da medicina podem ser vistos como indícios de desenvolvimento do nosso ordenamento jurídico, também indica que em paralelo a esse avanço se impõe pensar a desejada dosagem da intervenção nas relações sociais, mais precisamente na relação médico-doente, como exemplo de uma relação social que não pode ser reduzida à mera competência técnica (mesmo que condição *sine qua non*) ou unicamente ao contrato implícito (apesar da sua excelência histórica), tão pouco cabe reduzi-la à fixação legal (mesmo perante a sua protecção do bem jurídico como a vida e a saúde).

ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE NA RAEM: O PROGRAMA DE COMPARTICIPAÇÃO NOS CUIDADOS DE SAÚDE

Crisália Soares de Freitas

Jurista, Direcção dos Serviços de Saúde, RAEM

*Licenciada e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra,
Portugal*

Resumo: O Programa de Participação nos Cuidados de Saúde, cuja participação é feita por meio de vales de saúde, foi instituído na Região Administrativa Especial de Macau (“RAEM”) através do Regulamento Administrativo n.º 15/2009 e tem por objectivo promover junto da população o conceito de “medicina familiar”. A emissão destes vales enquadra-se na prossecução da política governamental para a área da saúde. Trata-se de um benefício concedido apenas a residentes permanentes da RAEM. Este programa destina-se exclusivamente à participação nos serviços de medicina familiar prestados em unidades privadas de saúde. O vale de saúde é transmissível, uma única vez, por endosso nominal a favor de cônjuge, ascendente ou descendente que seja titular de bilhete de identidade de residente permanente da RAEM. Acontece, porém, que os limites legalmente estabelecidos para a transmissão dos vales de saúde nem sempre são respeitados, colocando-se a questão de saber a quem é que os Serviços de Saúde podem exigir a devolução das quantias indevidamente pagas em resultado de errada liquidação dos vales de saúde.

Palavras-chave: Saúde pública; programa de participação nos

cuidados de saúde; vale de saúde; medicina familiar; unidades privadas de saúde; transmissão dos vales de saúde.

I – O acesso aos cuidados de saúde na RAEM

1. Breve descrição do serviço de saúde pública na RAEM

Os serviços de saúde prestados na RAEM podem dividir-se em dois grandes grupos: o serviço de saúde público e o serviço de saúde privado. No que diz respeito ao primeiro (do qual nos iremos aqui ocupar), encontramos os cuidados de saúde primários ou generalizados, prestados essencialmente pelos Centros de Saúde; e os cuidados de saúde diferenciados, prestados pelo Centro Hospitalar Conde de São Januário (“CHCSJ”).

Funcionam em Macau sete centros de saúde e três postos de saúde, sendo que três desses centros – o Centro de Saúde de Nossa Senhora do Carmo – Lago, o Centro de Saúde do Fai Chi Kei e o Centro de Saúde da Areia Preta – dispõem de uma clínica de medicina tradicional chinesa. Os centros de saúde prestam os seguintes tipos de serviços: saúde infantil, saúde para adultos, saúde materna, planeamento familiar, saúde escolar, saúde oral, serviços de medicina tradicional chinesa, vacinação e serviços de educação para a saúde.

O CHCSJ, por sua vez, presta serviços de urgência, internamento, serviço de exames e consultas externas de especialidade.

Podemos ainda encontrar na RAEM o Serviço de Psiquiatria, o Centro de Prevenção e Controlo da Doença, o Laboratório de Saúde Pública, o Centro de Transfusões de Sangue, o Departamento dos Assuntos Farmacêuticos, o Centro de Avaliação das Queixas Relativas a Actividades de Prestação de Cuidados de Saúde e a Unidade Técnica de Licenciamento das Actividades e Profissões Privadas de Prestação de Cuidados de Saúde.

Compete aos Serviços de Saúde de Macau administrar todos os assuntos relacionados com os cuidados de saúde prestados na região. Com efeito, segundo o Decreto-Lei n.º 81/99/M, de 15 de Novembro¹, em particular o n.º 2 do artigo 1.º e o artigo 3.º, os Serviços de Saúde têm por missão executar as acções necessárias à promoção e defesa da saúde e à prevenção da doença, através da coordenação das actividades dos agentes públicos e privados do sector e da prestação de cuidados de saúde primários e diferenciados necessários ao bem-estar da população de Macau.

1 O Decreto-Lei n.º 81/99/M, de 15 de Novembro é o diploma que regula a estrutura orgânico-funcional dos Serviços de Saúde de Macau.

2. O acesso da população da RAEM aos cuidados de saúde dispensados directa ou indirectamente pelos Serviços de Saúde

O acesso da população da RAEM aos cuidados de saúde dispensados directa ou indirectamente pelos Serviços de Saúde encontra-se regulado pelo Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março.

Este diploma determina no seu artigo 2.º, sob a epígrafe “Universalidade”, que os cuidados de saúde prestados directamente por serviços e estabelecimentos dependentes dos Serviços de Saúde, ou indirectamente por outras entidades, são acessíveis a toda a população da RAEM, nas condições ali definidas.

Assim, no que se refere à gratuidade dos cuidados de saúde prestados pelos serviços e estabelecimentos dependentes dos Serviços de Saúde, torna-se necessário distinguir entre residentes (portadores do Bilhete de Identidade de Residente Permanente ou não Permanente de Macau) e não residentes de Macau, uma vez que só os residentes de Macau têm direito à prestação de cuidados de saúde gratuitos.

Neste contexto, de acordo com o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, os encargos com os cuidados de saúde generalizados prestados aos residentes de Macau nos Centros de Saúde são gratuitos. Por isso, além dos cuidados gerais que visam a prevenção da doença e a promoção da saúde a toda a população da sua área, os centros de saúde prestam aos residentes de Macau, em regime de gratuidade, os seguintes cuidados personalizados: cuidados médicos em ambulatório, cuidados de enfermagem (quer no próprio centro, quer no domicílio), informação e educação para a saúde, medicamentos da lista dos medicamentos essenciais para cuidados primários, meios complementares de diagnóstico e terapêutica, apoio social a indivíduos ou grupos sociais em risco através da participação de assistentes sociais nas equipas de saúde e consultas de desabilitação tabágica.

São ainda gratuitos os encargos com os serviços de cuidados de saúde diferenciados prestados no CHCSJ aos indivíduos portadores do Bilhete de Identidade de Residente de Macau que correspondam às seguintes condições: grávidas, parturientes e puérperas, crianças até à idade de dez anos, alunos do ensino primário e secundário, indivíduos com 65 e mais anos de idade; indivíduos que se encontrem em situação de ruptura social determinante de incapacidade económica para a cobertura dos encargos (portadores do Cartão de Identificação de Beneficiário emitido pelo Instituto de Acção Social); indivíduos suspeitos ou portadores de doenças infecto-contagiosas, toxico-dependência, doenças do foro oncológico-psiquiátrico (com Cartão de acesso a cuidados de saúde emitido pelos Serviços de Saúde ou declaração médica); indivíduos portadores de cartão

de registo de avaliação de deficiência (sendo neste caso necessário, ao abrigo da Lei n.º 9/2011², que se tratem de Residentes Permanentes de Macau); reclusos (portadores de documento comprovativo emitido pelo Estabelecimento Prisional). São também gratuitos os cuidados prestados a pessoal dos serviços públicos de Macau, incluindo os respectivos familiares (portadores de Cartão de acesso a cuidados de saúde emitido pelo seu próprio serviço)³, bem como os cuidados de saúde prestados ao pessoal docente e não docente (portadores de Cartão de Professor ou Cartão de Empregado das Instituições Educativas emitido pela Direcção dos Serviços de Educação e Juventude).

Em contrapartida, os encargos com os cuidados de saúde diferenciados prestados aos residentes de Macau no CHCSJ que não tenham direito nos termos acima elencados à gratuitidade dos cuidados de saúde são cobrados a 70%. Os serviços prestados pelos Centros de Saúde a não residentes de Macau devem ser pagos, de acordo com os critérios de cobrança definidos pelos Serviços de Saúde⁴. Não há, ainda, gratuitidade do acesso aos cuidados de saúde quando existe ou se presume existir a responsabilidade de terceiro ou terceiros, quando os utentes tenham transferido a respectiva responsabilidade para terceiros e quando os encargos com os cuidados de saúde tenham resultado de acidente ou agressão em que se possa presumir um responsável ou responsáveis (cfr., respectivamente, o n.º 3 e o n.º 4 do artigo 3.º e o artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março).

Nos termos do n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março, consideram-se indirectamente dispensados pelos Serviços de Saúde os cuidados prestados, ao abrigo deste diploma, por estabelecimentos de saúde de Portugal, da Região Administrativa Especial de Hong Kong, da República Popular da China, de outros países e, ainda, pelos estabelecimentos de saúde privados de Macau.

A matéria relacionada com os cuidados de saúde prestados pelo sector privado ou prestados fora de Macau encontra-se regulada no Capítulo IV (artigos 21.º a 23.º) do diploma supra citado e, ainda, no Decreto-Lei n.º 34/90/M, de 16 de Julho, que define as condições a observar no processamento e no pagamento das despesas derivadas do recurso a cuidados de saúde prestados fora de Macau

2 A Lei n.º 9/2011 define o regime do subsídio de invalidez e dos cuidados de saúde prestados em regime de gratuitidade aos residentes permanentes da RAEM que sejam portadores de deficiência.

3 *Vide* também os artigos 145.º e seguintes do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (“ETAPM”).

4 A este respeito, *vide* a tabela anexa ao Decreto-Lei n.º 24/86/M, de 15 de Março, o Despacho n.º 98/GM/98, o Decreto-Lei n.º 9/99/M, de 15 de Março e o Despacho do Secretário para os Assuntos Sociais e Cultura n.º 45/2000).

que, nos termos previstos na lei, devam ser suportadas por este.

Relativamente aos cuidados prestados pelo sector privado, o artigo 21.º do Decreto-Lei que regula o acesso da população de Macau aos cuidados de saúde dispõe que quando, por falta de meios técnicos ou humanos, os serviços e estabelecimentos dependentes dos Serviços de Saúde não estejam em condições de prestar os cuidados necessários, poderão ser celebrados acordos com prestadores isolados ou instituições do sector privado da RAEM, visando facultar, aos utentes que têm direito ao acesso a cuidados de saúde gratuitos, a que fizemos referência supra, o acesso a esses cuidados de saúde. Os acordos celebrados definirão os prescritores e prestadores, as condições de comparticipação e demais condições de acesso aos referidos cuidados, bem como os poderes de inspecção e controlo da respectiva qualidade, que incumbirão aos Serviços de Saúde. O acesso aos cuidados de saúde processar-se-á mediante requisição assinada pelo director clínico do Hospital sob proposta do médico hospitalar assistente.

Por seu turno, o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 24/86/M estipula que quando, por falta de meios técnicos ou humanos, nem os serviços e estabelecimentos dependentes dos Serviços de Saúde, nem o sector privado da RAEM estejam em condições de prestar os cuidados necessários, poderão ser celebrados acordos com instituições prestadoras ou serviços oficiais ou privados de fora de Macau, visando facultar aos utentes que têm direito ao acesso a cuidados de saúde gratuitos, beneficiários referidos no artigo 3.º do citado diploma, o acesso a esses cuidados de saúde. Estes acordos definirão os prescritores e prestadores, as condições de comparticipação dos utentes e demais condições de acesso, além das já fixadas neste diploma, bem como os direitos à recepção de relatórios globais e processos clínicos individuais que ficarão a caber aos Serviços de Saúde. O acesso a esses cuidados de saúde processar-se-á mediante atestado médico ou proposta apresentada pelo médico assistente dirigidos à Junta para Serviços Médicos no Exterior.

Os encargos decorrentes da utilização de serviços de saúde fora de Macau abrangem, além do custo dos cuidados propriamente ditos, os encargos da deslocação ou deslocações do doente, incluindo alojamento e alimentação, em número de vezes autorizado pela Junta; o custo da deslocação, alojamento e alimentação de um dos pais ou seu substituto, quando se trate de crianças com idade inferior a 12 anos; o custo da deslocação, alojamento e alimentação de um acompanhante, sempre que clinicamente se justifique e seja autorizada pela Junta e a taxa de prorrogação da estadia fora de Macau, quando exigível.

Em conformidade com o consagrado no artigo 23.º do citado diploma, desde que devidamente autorizados pela Junta para Serviços Médicos no Exterior, os cuidados prestados fora de Macau são inteiramente gratuitos para os suspeitos ou portadores de doenças infecto-contagiosas, toxico-dependência, doenças do foro

oncológico-psiquiátrico, para os grupos em risco como grávidas, parturientes e puérperas, crianças até à idade de dez anos, alunos do ensino primário e secundário, indivíduos com 65 e mais anos de idade e para os indivíduos que se encontram em ruptura social, determinante de incapacidade económica para a cobertura de encargos.

No que concerne aos cuidados de saúde prestados fora da RAEM aos trabalhadores dos serviços públicos de Macau, incluindo os respectivos familiares⁵, o artigo 153.º do ETAPM determina que tais cuidados são comparticipados nos seguintes termos: 100% do custo, quando tenham sido previamente prescritos ou autorizados pela Junta para Serviços Médicos no Exterior; 50% do custo, quando resultem de problemas de saúde ocorridos fora da RAEM que exijam intervenção imediata, mediante ratificação posterior pela Junta para Serviços Médicos no Exterior. Neste caso, os cuidados prestados podem ser comparticipados a 100% se o beneficiário titular se encontrar no exterior ao serviço da RAEM, após ratificação posterior da competente Junta; 100% do custo, quando os cuidados de saúde, em situação de emergência e por inexistência de meios na Região ou impossibilidade de imediato recurso aos trâmites previstos na lei, não possam ser prestados em Macau, desde que confirmado posteriormente por decisão da mesma Junta. No presente caso, o interessado deve fazer prova perante a Junta das circunstâncias nele admitidas.

II – O Programa de comparticipação nos cuidados de saúde

1. Os objectivos do Programa

No cumprimento e execução dos objectivos previstos nas Linhas de Acção Governativa para 2009, o Programa de Comparticipação nos Cuidados de Saúde (doravante designado por “Programa”) foi instituído na RAEM através do Regulamento Administrativo n.º 15/2009, tendo entrado em vigor no dia 2 de Junho de 2009⁶. Com a implementação deste Programa o Governo pretendeu partilhar com a população os frutos do desenvolvimento económico da Região, proporcionando aos seus residentes algum alívio no custo de vida.

Este Programa apresenta, pois, um forte significado político e tem por

5 Segundo o disposto no n.º 1 do artigo 148.º do ETAPM, consideram-se beneficiários familiares o cônjuge, desde que não separado judicialmente do beneficiário titular e os familiares que confrim direito ao subsídio de família, enquanto este subsistir, nos termos dos artigos 205.º a 208.º do ETAPM.

6 Actualmente o Programa de Comparticipação nos Cuidados de Saúde encontra-se regulado no Regulamento Administrativo n.º 11/2016.

objectivo promover junto da população o conceito de “medicina familiar”. Daí o n.º 2 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 15/2009 referir que “*o vale de saúde constitui um meio de pagamento especial de serviços de medicina de família prestados nas unidades privadas de saúde*”.

Este Programa visa prosseguir fundamentalmente os seguintes objectivos: promover um sistema de medicina familiar e sensibilizar os cidadãos sobre a protecção da sua saúde; reforçar a colaboração entre o sector público e privado de prestação de cuidados de saúde desenvolvendo, simultaneamente, os recursos comunitários na área da saúde; elevar o nível geral dos serviços sociais e médicos e diversificar o desenvolvimento.

O Programa de Participação nos Cuidados de Saúde, cuja participação é feita por meio de vales de saúde, é uma iniciativa no âmbito da cooperação entre as instituições médicas públicas e privadas que muito tem contribuído para a promoção do desenvolvimento do sistema de médicos de família.

2. O objecto do Programa – as unidades privadas de saúde

O Programa de Participação nos Cuidados de Saúde, actualmente regulado pelo Regulamento Administrativo n.º 11/2016⁷, destina-se exclusivamente à participação nos serviços de medicina familiar prestados em unidades privadas de saúde (*vide* o n.º 2 do artigo 2.º e o n.º 2 do artigo 5.º do citado Regulamento Administrativo).

O âmbito de aplicação deste Programa foi restringido às unidades privadas de saúde que não recebam subsídios do Governo e que tenham aderido ao Programa. São consideradas como unidades privadas de saúde, para efeitos do disposto no Regulamento Administrativo n.º 11/2016, os profissionais que exerçam a sua actividade em regime individual, com excepção dos enfermeiros, e as entidades singulares ou colectivas a que se refere o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 84/90/M, de 31 de Dezembro⁸ que não sejam beneficiários de subsídios do Orçamento da RAEM e que adiram ao Programa, sendo que a adesão é feita mediante a assinatura de um acordo, a celebrar entre os Serviços de Saúde e a unidade privada de saúde. Os médicos de medicina ocidental, médicos ou mestres de medicina tradicional chinesa, médicos dentistas ou odontologistas, terapeutas e estabelecimentos de cuidados de saúde inscritos nos Serviços de Saúde podem aderir ao Programa de Participação nos Cuidados de Saúde,

7 A única diferença relativamente ao Regulamento Administrativo n.º 15/2009 consiste apenas no montante da participação, tendo passado de 500 patacas para as actuais 600 patacas.

8 Este diploma regula o licenciamento para o exercício da actividade privada de prestação de cuidados de saúde na RAEM.

excepto se receberem subsídios do Governo da RAEM⁹.

As obrigações das unidades privadas de saúde estão consagradas, de forma não taxativa, no acordo de adesão celebrado com os Serviços de Saúde. São obrigações das unidades privadas de saúde, designadamente: prestar cuidados de saúde de qualidade, em tempo útil, nas melhores condições de atendimento, não estabelecendo qualquer tipo de discriminação relativamente aos demais utentes da unidade privada de saúde; prestar cuidados de saúde nos termos das orientações técnicas dos Serviços de Saúde disponibilizadas na página da Internet www.vs.gov.mo; prestar aos Serviços de Saúde informações e esclarecimentos necessários ao desempenho das suas funções; facultar aos Serviços de Saúde informações estatísticas, relativamente à utilização dos serviços, para efeitos de fiscalização e controlo de qualidade, no respeito pelas regras deontológicas e de segredo profissional; respeitar os requisitos e especificações técnicas para recolha, tratamento e transmissão de informação; respeitar a livre escolha dos beneficiários dos vales de saúde, abstendo-se de qualquer comportamento ou prática de actos que ponham em causa este princípio; não exigir aos utilizadores de vales de saúde a cobrança de despesas adicionais ou elevar as despesas cobradas; conservar os processos clínicos e registos de prescrição de todos os utentes; confirmar os dados do utente através da verificação do bilhete de identidade de residente permanente do utilizador dos vales de saúde; proceder à prescrição conforme as normas constantes da “lista de medicamentos de medicina tradicional chinesa”, caso os serviços prestados estejam incluídos no âmbito da medicina tradicional chinesa; colaborar com os Serviços de Saúde na promoção das campanhas e programas de saúde pública.

O Programa de Comparticipação abrange os seguintes serviços de medicina de família: Medicina Ocidental (Clínica Geral, Cirurgia Geral, Medicina Interna, Ginecologia e Pediatria), Medicina Tradicional Chinesa (Tratamento Geral de Medicina Tradicional Chinesa, Ortopedia [Tit ta], Acupunctura, Terapêutica/massagem de reabilitação), Estomatologia/Odontologia, Terapia/Reabilitação (Terapeuta [Quiropráticos], Medicina Física, Terapia Ocupacional, Medicina Desportiva, Psicoterapia, Terapia da fala e Podiatria) e, por fim, exames auxiliares de diagnóstico (Laboratoriais, Endoscópicos, Anatomopatológicos, Radiografia, Tomografia Axial Computorizada, Ecografia ultrassónica e Fisiográficos). Todavia, este Programa não abrange a prestação de cuidados de saúde que envolvam a hospitalização e os cuidados de saúde de natureza estética e, bem assim, os vales de saúde não podem ser aplicados na aquisição de medicamentos nas farmácias ou na aquisição de materiais médicos (equipamentos e próteses).

9 A lista das unidades privadas de saúde que aderiram ao Programa de Comparticipação nos Cuidados de Saúde pode ser consultada no *site* www.vs.gov.mo ou através do número de telefone 28225050.

3. Os beneficiários do Programa

Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016 são beneficiários deste Programa: os residentes da RAEM que, até 31 de Julho de 2017, sejam titulares de bilhete de identidade de residente permanente da RAEM, válido ou renovável, emitido ao abrigo da Lei n.º 8/2002 (Regime do bilhete de identidade de residente da Região Administrativa Especial de Macau); os titulares de bilhete de identidade de residente de Macau emitido anteriormente à vigência do Regulamento Administrativo n.º 23/2002 (Regulamento do bilhete de identidade de residente da Região Administrativa Especial de Macau), que se encontrem no exterior da RAEM e provem situação impeditiva da substituição daquele pelo bilhete de identidade de residente permanente da RAEM, em razão de incapacidade permanente ou internamento em instituições médicas ou de solidariedade social¹⁰.

4. Montante da comparticipação nos cuidados de saúde e forma de atribuição

A comparticipação nos cuidados de saúde é no montante de 600 patacas, sendo feita por meio de vales de saúde, no valor nominal de 50 patacas. Os vales de saúde podem ser obtidos em quiosques de auto-impressão e, no que se refere ao Programa de Comparticipação nos Cuidados de Saúde para o ano de 2016 os vales de saúde só podem ser utilizados pelos beneficiários até ao dia 31 de Agosto de 2017. Os cuidados de saúde prestados aos beneficiários são confirmados através das suas assinaturas nos vales de saúde e, bem assim, mediante a exibição no acto da consulta do bilhete de identidade de residente permanente da RAEM.

Em conformidade com o estipulado no n.º 4 do Despacho do Chefe do Executivo n.º 130/2016, que aprova o modelo do vale de saúde, os vales de saúde não são convertíveis em dinheiro. Por isso, caso o montante a pagar às unidades privadas de saúde seja inferior ao valor nominal do vale de saúde, o beneficiário não pode exigir a restituição da diferença. Apesar de puderem ser utilizados um ou mais vales de saúde de uma só vez, os beneficiários devem utilizar os vales de saúde com valor nominal idêntico ou inferior às despesas médicas, sendo a diferença paga em numerário, pois os vales de saúde não conferem direito ao recebimento de troco.

10 A prova da situação impeditiva da referida substituição é feita mediante a apresentação de atestado médico passado ou confirmado por autoridade competente do local onde o beneficiário reside ou por documento emitido por instituição médica ou de solidariedade social reconhecidas no mesmo local.

Os vales de saúde devem ser enviados mensalmente aos Serviços de Saúde pela unidade privada de saúde aderente ao Programa para validação e processamento do pagamento, sendo a liquidação efectuada pelos Serviços de Saúde até ao dia 30 do mês seguinte ao da respectiva validação¹¹.

5. A transmissão dos vales de saúde

O vale de saúde constitui um meio de pagamento especial de serviços de medicina familiar prestados nas unidades privadas de saúde, tratando-se de um benefício concedido apenas a residentes permanentes da RAEM. Os vales de saúde são emitidos a favor de um residente permanente e cada um desses 11 títulos, no valor nominal de 50 patacas, pode ser utilizado pelo beneficiário para pagar serviços médicos prestados por unidades privadas de saúde que tenham celebrado com os Serviços de Saúde um acordo de adesão ao mencionado Programa. Encontramos, assim, duas limitações à utilização dos vales de saúde: eles só podem ser usados por residentes permanentes e só podem ser utilizados para pagar serviços médicos prestados por unidades privadas de saúde aderentes ao Programa. A criação dos vales de saúde permite ao Governo ter a garantia de que os beneficiários do Programa de Participação nos Cuidados de Saúde utilizam as 600 patacas para pagar exclusivamente serviços médicos.

Tendo em consideração que os vales de saúde incorporam um direito de crédito de 600 patacas e que são necessários para a efectiva cobrança dessa quantia, eles apresentam as características dos títulos de crédito. Daí o artigo 11.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016 prescrever que aos vales de saúde são subsidiariamente aplicáveis as disposições relativas aos títulos à ordem constantes do Código Comercial. Os títulos de crédito atribuem legitimação activa e passiva. A legitimação activa permite ao portador exercer ou transmitir o direito mencionado no título; a legitimação passiva, por sua vez, permite ao devedor exonerar-se validamente da obrigação mencionada no título pagando ao portador.

Os vales de saúde são, deste modo, títulos de crédito que, uma vez verificados determinados requisitos, conferem legitimidade ao portador (ao beneficiário ou ao endossado) impondo, porém, simultaneamente limites à legitimidade do portador. Na verdade, a legitimação nos vales de saúde está materialmente ligada à qualidade de residente permanente, na medida em que a participação do Governo nos cuidados de saúde apenas pode ser concedida a quem tem aquela qualidade, ou seja, a quem é residente permanente.

A emissão pelo Governo dos vales de saúde a favor dos residentes permanentes enquadra-se na prossecução da política governamental para a

¹¹ Vide os n.ºs 5 e 6 do Despacho do Chefe do Executivo n.º 130/2016.

área da saúde e de apoio à população, daí o n.º 2 do artigo 1.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016 referir que *“O Programa destina-se exclusivamente à comparticipação nos serviços de medicina de família prestados em unidades privadas de saúde, nos termos do presente regulamento administrativo”*. O Governo entendeu conceder este benefício apenas aos residentes permanentes da RAEM e não a todos os seus residentes, tendo em conformidade com tal decisão criado os vales de saúde, emitindo-os a favor de cada residente permanente.

A concessão deste direito aos residentes permanentes aplica-se quer quando é o próprio beneficiário a utilizar os vales de saúde, quer quando há uma transmissão desses mesmos vales. Por isso, o Regulamento Administrativo n.º 11/2016 teve o cuidado de referir expressamente, no n.º 6 do artigo 5.º, que *“o vale de saúde só é transmissível, uma única vez, por endosso nominal a favor de cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau em linha recta do beneficiário, que seja titular de bilhete de identidade de residente permanente da RAEM.”* E tanto assim é que para além de este limite constar inequivocamente da letra da lei, consta também no próprio vale de saúde, mais concretamente no local indicado para a realização do endosso. Os beneficiários deste Programa podem, deste modo, endossar os vales de saúde para o cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau em linha recta (pais ou filhos) titulares de bilhete de identidade de residente permanente de Macau. Esta transmissão faz-se mediante assinatura da declaração de transmissão e respectiva entrega ao endossado. A razão de ser desta limitação reside no facto de se tratar de um Programa de apoio aos residentes permanentes, o que determina que quem não seja residente permanente não possa beneficiar do Programa. Tratando-se de um direito/benefício que a lei quis conceder apenas aos residentes permanentes, concluiu-se que os residentes não permanentes não gozam desse direito, não fazendo este parte do núcleo de direitos abrangidos pela sua capacidade de gozo (*vide* o artigo 64.º do Código Civil).

Acresce que o n.º 6 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016, ao consagrar expressamente que os vales de saúde são transmissíveis, uma única vez, por endosso nominal a favor de cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau em linha recta do beneficiário, que seja titular de bilhete de identidade de residente permanente da RAEM, exclui de forma explícita as uniões de facto. E isto porque, em nossa opinião, o normativo legal acima citado faz uma enumeração taxativa dos sujeitos a quem podem ser transmitidos os vales de saúde, não incluindo intencionalmente as pessoas que vivam voluntariamente em condições análogas às dos cônjuges, ou seja, os unidos de facto. Se fosse intenção do legislador incluir na referida norma legal as uniões de facto tê-lo-ia feito de forma expressa e inequívoca ou, pelo menos, teria utilizado a expressão *“demais pessoas consideradas equiparadas”*, tal como fez, por exemplo, no n.º

1 do artigo 12.º da Lei n.º 2/2011¹².

Em boa verdade, e tal como resulta do explanado supra, este Programa é distinto da prestação de cuidados de saúde pública a que têm direito os trabalhadores da Administração Pública, em regime de gratuidade, nos termos dos artigos 145.º e seguintes do ETAPM. A este propósito, atendendo ao consagrado no n.º 1 do artigo 5.º do ETAPM que determina de forma expressa que, para efeitos deste diploma, são havidos como cônjuges, aqueles que não sendo casados ou, sendo-o, se encontrem separados judicialmente de pessoas e bens e vivam, há mais de dois anos, em condições análogas às dos cônjuges e, ainda, ao preceituado na alínea a) do n.º 1 do artigo 148.º do ETAPM que dispõe que o cônjuge, desde que não separado judicialmente do beneficiário titular, é considerado um beneficiário familiar para efeitos de acesso aos cuidados de saúde pública, em regime de gratuidade, dúvidas não há de que o unido de facto é equiparado a cônjuge do beneficiário titular e, por conseguinte, tem direito a que lhe sejam prestados cuidados de saúde pública de forma gratuita.

Todavia, em nosso entender, o Regulamento Administrativo n.º 11/2016 ao não incluir expressamente, no n.º 6 do artigo 5.º, os unidos de facto, nem ter feito qualquer referência à expressão “*ou demais pessoas consideradas equiparadas*” teve por objectivo excluir as uniões de facto do direito ao acesso aos cuidados de saúde familiar prestados por instituições médicas privadas. Por tal motivo, os beneficiários do Programa de Participação nos Cuidados de Saúde não podem endossar os vales de saúde a unidos de facto, mesmo que estes sejam residentes permanentes.

Em suma, o endosso do vale de saúde só pode ser efectuado a quem já é beneficiário do programa e, simultaneamente, cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau em linha recta do beneficiário/endossante. Se assim não for, o endossado, apesar da detenção física do vale de saúde, carece de legitimação para usar aquele como meio de pagamento, verificando-se a invalidade do endosso e a consequente não legitimação do portador. O portador (beneficiário ou endossado) só goza de legitimação activa (direito a usar como meio de pagamento o vale de saúde) se for residente permanente, sendo que caso haja uma transmissão do vale de saúde o endossado tem, ainda, de ser cônjuge, pai ou filho do beneficiário/endossante.

12 A Lei n.º 2/2011, que regula o regime do prémio de antiguidade e dos subsídios de residência e de família dos trabalhadores dos serviços públicos da RAEM, dispõe no n.º 1 do artigo 12.º o seguinte: “*Os trabalhadores dos serviços públicos que se encontrem em efectividade de funções ou desligados do serviço para efeitos de aposentação, bem como os aposentados, que tenham a seu cargo cônjuge, descendentes, ascendentes ou demais pessoas consideradas equiparadas, por força da presente lei ou nos termos da lei geral aplicável aos trabalhadores da Administração Pública, têm direito, por mês, a um subsídio de família em relação a cada uma dessas pessoas.*”

A este respeito pode colocar-se a questão de saber se a opção do Governo em conceder este benefício da comparticipação nos serviços de medicina da família prestados em unidades privadas de saúde apenas aos residentes permanentes e em restringir o leque de sujeitos a quem os vales podem ser transmitidos viola algum dos princípios consagrados na Lei Básica da RAEM, em particular o princípio da igualdade consagrado no artigo 25.º. Avançamos desde já que em nosso entendimento não se verifica aqui qualquer violação da Lei Básica.

Com efeito, como é sabido e constitui jurisprudência pacífica, o princípio da igualdade, acolhido no artigo 25.º da Lei Básica (e o princípio da justiça material que lhe está inerente) funciona como um dos limites da discricionariedade, só neste domínio encontrando a sua justificação. Ou seja, tal princípio só se configura como fonte autónoma de invalidade quando a Administração goze de liberdade para escolher o comportamento a adoptar, não relevando no domínio da actividade vinculada, consistente esta na simples subsunção à previsão normativa dos comandos legais vigentes de um dado caso concreto. Para além disso, como tem sido também, desde há largos anos, uniformemente entendido na jurisprudência, a obrigação da igualdade de tratamento exige apenas que aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade. O princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções, antes lhe proíbe a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Em suma, traduz-se na ideia da proibição do arbítrio.

Neste sentido, conforme é defendido pelo Professor Jorge Miranda¹³, fora dos casos expressamente proibidos de discriminação, só existe violação do princípio da igualdade quando estivermos perante discriminações arbitrárias ou manifestamente injustificadas: (...) *“Daí que a discriminação só se deva ter por intolerável e atentatória do princípio da igualdade quando de todo em todo se mostre desrazoável, arbitrária e desproporcionada. Por contraste, tratamentos jurídicos discriminatórios poderão existir que, fundados em motivações objectivas, razoáveis e justificadas, se deverão ter por conformes com os ditames do princípio da igualdade. (...)”*.

Na senda deste entendimento, vejam-se, igualmente, as opiniões dos

13 In “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4.ª Edição, Coimbra Editora, pág. 248. Vide também a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal aí citada e, em especial, o Acórdão n.º 231/94, de 9 de Março, D.R. 1.ª Série - A, n.º 98, de 28 de Abril de 1994, págs. 2056 e 2057,

Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira¹⁴: “*A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo: nem aquilo que é fundamentalmente igual deve ser tratado arbitrariamente como desigual, nem aquilo que é essencialmente desigual deve ser arbitrariamente tratado como igual. Nesta perspectiva, o princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes. Porém, a vinculação jurídico-material do legislador ao princípio da igualdade não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois a ele pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que há-de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só quando os limites externos da «discricionariedade legislativa» são violados, isto é, quando a medida legislativa não tem adequado suporte material, é que existe uma «infracção» do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio.*”

Ora, em nossa opinião, não é arbitrária, nem é manifestamente injustificada a decisão do Governo de atribuir apenas e tão-só aos residentes permanentes e aos sujeitos elencados no n.º 6 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016 a legitimidade activa para poder usufruir do Programa de Participação nos Cuidados de Saúde e, dessa forma, utilizar ou endossar nos termos definidos pelo referido Regulamento os vales de saúde que são emitidos pelo Governo a seu favor.

6. A transmissão ilegal dos vales de saúde¹⁵

Segundo o estipulado no n.º 6 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016, o vale de saúde só é transmissível, uma única vez, por endosso nominal, a favor de cônjuge, ascendente ou descendente, que seja titular de bilhete de identidade de residente permanente da RAEM. Os Serviços de Saúde têm-se deparado com situações em que o endosso não respeita os limites estabelecidos no citado preceito legal. A não observância dos limites aí proclamados determina a nulidade do endosso, na medida em que o mesmo contraria uma norma legal imperativa (o n.º 6 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016) e

14 *In* “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Volume I, 4.ª edição, pág. 339.

15 Esclarece-se, desde já, que esta matéria só irá ser abordada do ponto de vista dos Serviços de Saúde, *rectius* do Governo. O que significa que iremos apenas debruçar-nos sobre a questão de saber a quem é que os Serviços de Saúde podem exigir a devolução das quantias indevidamente liquidadas, devido à transmissão ilegal dos vales de saúde.

porque o endossado acaba por não adquirir o título, não tendo então capacidade para o acto.

Coloca-se, portanto, a questão de saber a quem é que os Serviços de Saúde podem exigir a devolução do pagamento do valor dos vales de saúde utilizados ilegalmente quando tal pagamento já tenha sido efectuado às instituições médicas privadas aderentes ao Programa. Ou seja, devem os Serviços de Saúde exigir a devolução do montante indevidamente pago ao beneficiário do Programa de Participação nos Cuidados de Saúde, ao endossado ou às unidades privadas de saúde? Há responsabilidade solidária entre o beneficiário e o prestador de serviços médicos, devendo os Serviços de Saúde exigir a devolução do montante dos vales de saúde a qualquer um deles? Ou, finalmente, para efeitos de recuperação das quantias indevidamente pagas pelos Serviços de Saúde, deve haver repartição de culpas entre o beneficiário e a unidade privada de saúde?

Este problema deve, em nossa perspectiva, ser analisado tendo em conta dois pontos de vista: a transmissão ilegal do vale de saúde por o endossado não ser residente permanente da RAEM; e a transmissão ilegal por o vale de saúde ter sido endossado a favor de alguém que não é cônjuge, pai ou filho do beneficiário/endossante.

Assim, relativamente à transmissão do vale de saúde a quem não é residente permanente, deve, desde logo, ter-se em consideração que uma das obrigações que recai sobre as unidades privadas de saúde diz precisamente respeito à confirmação dos dados do utente através da verificação do bilhete de identidade de residente permanente do utilizador dos vales de saúde. Como vimos, os vales de saúde são títulos de crédito que atribuem legitimação ao portador se estiverem reunidos certos pressupostos, o que significa que recai sobre os prestadores de serviços médicos o controlo da legitimação do portador quando tal controlo possa ser feito por eles, como acontece no caso ora em análise. Na verdade, a confirmação por parte das unidades privadas de saúde sobre se o utilizador do vale de saúde é ou não residente permanente é uma tarefa fácil de desempenhar, pois tal confirmação é feita pela simples exibição e consequente verificação do bilhete de identidade de residente. Por isso, as unidades privadas de saúde só recebem vales de saúde transmitidos a não residentes permanentes e, portanto, ilegalmente transmitidos, se não observarem os deveres mínimos de cuidado que a situação exige e a que estão legal e contratualmente obrigados.

Ademais, muito embora se possa entender que o beneficiário/endossante ao endossar o vale de saúde a quem não é residente permanente é quem dá azo a esta situação, a verdade é que entre esse endosso e o efectivo pagamento por parte dos Serviços de Saúde há a intervenção de mais dois sujeitos: o endossado, que efectivamente utiliza o vale de saúde, e a unidade privada de saúde, que não efectua, como devia, o controlo da legitimação do portador. Aliás, se a unidade

privada de saúde verificasse, como lhe compete, os elementos de identificação civil do endossado, teria forçosamente de concluir pela sua falta de legitimação, já que o mesmo não é residente permanente, tal como exige o n.º 6 do artigo 5.º do Regulamento Administrativo n.º 11/2016. Neste sentido, entendemos que é a não verificação pelo prestador do serviço médico da legitimação do portador e não propriamente o endosso pelo beneficiário que determina que os vales de saúde sejam recepcionados e, por conseguinte, indevidamente liquidados pelos Serviços de Saúde. O que significa que, em nossa opinião, o pagamento indevido por parte dos Serviços de Saúde não pode ser visto como uma consequência directa e imediata do endosso efectuado pelo beneficiário deste Programa a favor de um residente não permanente da RAEM, razão pela qual se torna difícil comprovar a existência de causalidade adequada (um dos pressupostos que têm de estar preenchidos para que se possa convocar as regras da responsabilidade civil elencadas no artigo 477.º do Código Civil) entre aquele endosso e o pagamento dos vales de saúde por parte dos Serviços de Saúde. Assim, não podendo o beneficiário/endossante vir a ser responsabilizado através das regras da responsabilidade civil e não havendo nenhuma norma legal específica que sancione a actuação do beneficiário/endossante, pois o Regulamento Administrativo n.º 11/2016 nada refere sobre esta matéria, não é a ele que os Serviços de Saúde devem exigir a devolução da quantia indevidamente paga¹⁶.

Por outro lado, no que diz respeito ao endossado, deve salientar-se que os Serviços de Saúde, por terem pago o preço do serviço médico que lhe foi prestado sem a isso estarem obrigados, dado que o mesmo não é residente permanente e, como tal, não é beneficiário do Programa de Participação nos Cuidados de Saúde, poderiam, em tese, recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa consagrado nos artigos 467.º e seguintes do Código Civil. Todavia, face ao princípio da subsidiariedade contido no artigo 468.º do Código Civil, o empobrecido (neste caso, os Serviços de Saúde) só pode recorrer à acção de enriquecimento quando a lei não lhe faculte outro meio de ser indemnizado ou restituído, o que não é o caso, visto que os Serviços de Saúde têm título contra o prestador dos serviços médicos. Assim, sem prejuízo do endossado estar obrigado para com o prestador do serviço médico¹⁷, os Serviços de Saúde, como podem

16 Em nossa perspectiva, o beneficiário/endossante só pode ser responsabilizado caso se consiga provar (o que não se revela uma tarefa fácil) a existência de um conluio entre ele, o endossado e a unidade privada de saúde ou entre ele e esta, com o intuito de prejudicar o Governo.

17 Uma vez que o endossado, por falta de legitimação, não é titular do vale de saúde, não tendo, portanto, o vale de saúde qualquer valor solutório, o endossado continua devedor do preço correspondente aos serviços médicos que lhe foram prestados, valor este que lhe pode ser exigido pela unidade privada de saúde prestadora dos serviços médicos, de acordo com as regras gerais do Direito dos Contratos.

ser ressarcidos por este, não podem recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa contra o endossado.

Entendemos, deste modo, que cabe ao prestador dos serviços médicos, de acordo com as cláusulas constantes no acordo de adesão que celebraram com os Serviços de Saúde, a verificação do título de residente do utilizador do vale de saúde, pois é o comportamento da unidade privada de saúde que, ao não verificar que o endossado não é residente permanente da RAEM, determina que os vales de saúde sejam efectivamente recepcionados e, em consequência, indevidamente liquidados pelos Serviços de Saúde. Por isso, em conformidade com o disposto n.º 1 do art. 470.º do Código Civil¹⁸, que confere o direito à repetição do indevido, os Serviços de Saúde têm direito de exigir à unidade privada de saúde a devolução do pagamento efectuado, uma vez que os vales de saúde foram indevidamente validados e liquidados. Não há, portanto, em nossa opinião, responsabilidade solidária, nem lugar a qualquer repartição de culpas, o que significa que a recuperação da quantia paga tem de ser integral, devendo a mesma ser reclamada ao prestador dos serviços médicos¹⁹.

Quanto à transmissão de vales de saúde a favor de alguém que não é cônjuge, pai ou filho do beneficiário/endossante, entendemos que nestes casos já não há, em princípio²⁰, responsabilidade das unidades privadas de saúde, já que se torna difícil, se não praticamente impossível, que este controlo seja feito por aquelas. Admitir uma solução diferente determinaria que os prestadores dos serviços médicos exigissem aos endossados no acto da consulta uma certidão a comprovar o grau familiar com o beneficiário/endossante.

Afastada assim, em princípio, a responsabilidade das unidades privadas de saúde resta-nos analisar a eventual responsabilidade do beneficiário e do endossante.

Em primeiro lugar, torna-se relevante esclarecer que, sendo os vales de saúde um meio de pagamento especial de serviços de medicina de família prestados nas unidades privadas de saúde e sendo eles emitidos pelo Governo a favor de um residente permanente, o Governo, através dos Serviços de Saúde, é o único devedor dos vales de saúde. É o Governo, por intermédio dos Serviços de Saúde, quem tem de pagar às unidades privadas de saúde o valor indicado nos vales de

18 Este normativo legal dispõe o seguinte: “(...) o que for prestado com a intenção de cumprir uma obrigação pode ser repetido, se esta não existia no momento da prestação.”.

19 É esta também a opinião sufragada pelo Professor Augusto Teixeira Garcia no Parecer que emitiu aos Serviços de Saúde, no dia 11 de Setembro de 2012, a propósito da transmissão ilegal de vales de saúde a um residente não permanente da RAEM.

20 Tal como vimos supra a respeito do beneficiário, a unidade privada de saúde só pode nestes casos ser responsabilizada se for feita prova da existência de algum conluio.

saúde. Por seu turno, as unidades privadas de saúde ao aderirem ao Programa de Participação nos Cuidados de Saúde e, em consequência, ao obrigarem-se a receber, como forma de pagamento dos serviços médicos prestados, os vales de saúde emitidos pelo Governo a favor de um residente permanente e ao enviarem, mensalmente, aos Serviços de Saúde os vales de saúde para validação e processamento do pagamento²¹, são os únicos credores do montante designado nos vales de saúde. Por sua vez, os residentes permanentes são os beneficiários deste Programa e, como tal, os portadores do título. Nestes termos, o Governo assume a qualidade de emitente e de devedor e não de portador dos vales de saúde.

Assim sendo, quando o Governo efectua o pagamento dos vales de saúde, ainda que erradamente, cessa a relação cartular estabelecida com a emissão desses vales de saúde. Ou seja, deixa de haver acção cartular, uma vez que a liquidação do título (vales de saúde) determina o fim da função para que foi criado, o que faz com que o Governo não tenha acção cartular contra nenhum dos anteriores portadores. Os anteriores portadores dos vales de saúde (o próprio beneficiário ou o endossado) não estão, pois, obrigados para com o Governo. Por outro lado, de acordo com a disciplina geral dos títulos de crédito, os endossantes de um título de crédito, neste caso o beneficiário do Programa, só são responsáveis pelo cumprimento do mesmo se isso resultar da lei ou de alguma cláusula contratual, o que não se verifica em relação aos vales de saúde, dado que nem a lei (Regulamento Administrativo n.º 11/2016), nem os próprios vales de saúde o determinam.

Finalmente, no que concerne ao endossado, uma vez que os Serviços de Saúde pagaram o valor dos serviços médicos que lhe foram prestados sem para tal estarem obrigados, pois ele não é cônjuge, ascendente ou descendente do 1.º grau em linha recta do beneficiário/endossante, os Serviços de Saúde podem lançar mão do instituto do enriquecimento sem causa previsto nos artigos 467.º e seguintes do Código Civil. Com efeito, o endossado, por não ser um dos sujeitos a quem a lei atribui o direito a que lhe sejam endossados os vales de saúde, e, portanto, ao não ser beneficiário do Programa de Participação nos Cuidados de Saúde, não tem causa justificativa para utilizar os vales de saúde. Ao utilizá-los para pagar o preço dos serviços médicos que lhe foram prestados o endossado teve um enriquecimento à custa de quem pagou, através da errada liquidação dos vales de saúde, no montante desses mesmos cuidados de saúde. Ou seja, o endossado ao utilizar indevidamente os vales de saúde obtém um enriquecimento à custa dos Serviços de Saúde, *rectius* do Governo, pelo que está obrigado, ao abrigo do preceituado no n.º 1 do artigo 467.º do Código Civil, a restituir aquilo com que injustamente se locupletou. E como nestes casos não pode, em princípio, ser assacada às unidades privadas de saúde nenhuma responsabilidade, estando as

21 *Vide* o n.º 5 do Despacho do Chefe do Executivo n.º 130/2016.

mesmas de boa fé, e como os Serviços de Saúde não têm também título contra o beneficiário/endossante, é ao endossado que os Serviços de Saúde devem exigir a restituição do montante indevidamente liquidado. Os Serviços de Saúde podem, assim, ser ressarcidos pela pessoa a quem foram indevidamente transmitidos os vales de saúde.

Bibliografia

JORGE MIRANDA: “Manual de Direito Constitucional”, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4.ª Edição, Coimbra Editora.

GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA: “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, Volume I, 4.ª edição.

AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA: Parecer emitido aos Serviços de Saúde, no dia 11 de Setembro de 2012, a propósito da transmissão de vales de saúde a quem não é residente permanente da RAEM.

Ligações electrónicas

WWW.VS.GOV.MO

VIDA DA FACULDADE

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Janeiro — Dezembro 2016)



Notícia dos Mestrados
Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa

Nome	Área	Supervisor	Título da Tese	Data
Liu Xiangqian	International Commercial Law	Prof. Mo Shijian	On the current situation and perfection of independent directors system in China	14/01/2016
Wu Yisha	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	The supervision and regulation of public trust in china – based on the PRC Trust Law	11/03/2016
Lei Mio Chun	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Prof. Jiang Chaoyang	Administrative authorization	12/03/2016
Ao Im Peng	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Prof. Jiang Chaoyang	Research of Typical Administrative Contract of Macao	12/03/2016
Jiang Donglin	Juridical Science	Prof. Fan JianHong	Legal risk and regulation P2P lending	20/05/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Dong Peirong	International Commercial Law	Prof. Fan JianHong	Study on the legitimacy of subjects of a “valuation adjustment mechanism”	20/05/2016
Hu Shouxin	Comparative Civil Law	Prof. Tong Io Cheng	A Research on the circulation legal issues of the contracted management right of rural land	24/05/2016
Liu Pei	Comparative Civil Law	Profª. Wang Wei	Locus standi of the procuratorial organs in civil public interest litigation in Mainland China	24/05/2016
Zheng Yuanyuan	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	The research on the supervision system of small loan company	27/05/2016
Cheok Sin Chi	Juridical Science	Prof. Jiang Chaoyang	The analysis of authorized legislation feasibility under the Macao Basic Law	28/05/2016
Ho Ka Lei	Juridical Science	Prof. Jiang Chaoyang	Research on the problem of implementation of Macau’s Social Security System	28/05/2016
Fong In Leng	Juridical Science	Prof. Jiang Chaoyang	A study of the principle of decision-making in the Macao Administrative Procedure Act	28/05/2016
Lau Hon Kit	Juridical - Political Sciences	Prof. Zhao GuoQiang	Research into some question of computer crime	01/06/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Lei Wai Hong	Juridical Science	Prof. Iau Teng Pio	Macao “Code of Criminal Procedure” New Special Procedure Study	01/06/2016
Zhao Chenguang	Juridical Science	Prof. Mo Shijian	Foreign Capital M&A in China’s Agricultural Enterprises on the Study of National security review system	01/06/2016
Zong Dong	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Prof. Zhai Xiaobo	Analysis on the re- construed concept of administrative compensation and its taxonomy	03/06/2016
Cheong Lai Ha	Juridical Science	Prof. Tong Io Cheng	“Sales not devastating lease” – On the interpretation of the Article 1004 of the Macau Civil Code	07/06/2016
Chen Xinfeng	Comparative Criminal Law	Prof. Zhao Guoqiang	Research on the crime of rape	01/07/2016
Lam I Cheng	Juridical Science	Prof. Zhao Guoqiang	The criminal responsibility of discontinuation of crime – Macao criminal law as a perspective	01/07/2016
Wang Jingyi	Comparative Criminal Law	Prof. Lok Wai Kin	Is There a Moral Obligation to obey the Law?	11/07/2016
Wang Jinyi	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Prof. Lok Wai Kin	Comprehensive use of legal interpretation methods of 《Hong Kong Basic Law》 – from the perspective of the issue of Mainland mothers coming to give birth in Hong Kong	11/07/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhang Xu	International Commercial Law	Profª. Wang Wei	On the Reform of Capital System in China - Creditor protection in Perspective	11/07/2016
Qian Xueying	International Commercial Law	Profª. Wang Wei	Research on the legal issues of ODR in China –The perspective of B2C electronic commerce dispute resolution	11/07/2016
Chong Sok Fong	Juridical Science	Profª. Li Zhe	A study on the system of absentia trial in Macao Criminal Procedure	12/07/2016
Kong Sut Mui	Juridical Science	Prof. Zhao Guoqiang	A study on various issues of drug trafficking	14/07/2016
Chang Pak Ngai	Juridical Science	Prof. Zhao Guoqiang	A study and Discussion of the “Extension of Penalty” in Macau	14/07/2016
Kuan Weng I	Juridical Science	Prof. Zhao Guoqiang	Qualitative study of trespass on property from the deceased	14/07/2016
Feng Butian	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	The legislative way and legal system to the haze problem in China	18/07/2016
Mok I Leng	Juridical Science	Prof. Fan Jianhong	A Study on the articles of unfair competition in the “Macau Commercial Code”	19/07/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Xu Luzi	Juridical Science	Prof. Tong Io Cheng	A discussion on the influence of three different legal systems of Guangdong, Hong Kong and Macao on police intelligence cooperation under the globalization vision	26/07/2016
Tou Wang Kei	Juridical Science	Prof. Tong Io Cheng	Research on the Principles of Malpractice and Medical Liability	26/07/2016
Gu Chang	Juridical Science	Prof. Tong Io Cheng	Integrity Protection of unmarried female reproductive rights in China - From the perspective of Natural Law	27/07/2016
Tang Chi Keong	Comparative Civil Law	Prof. Iau Teng Pio	Discussion on the regime of unification of judicial opinions in the Macao Civil Procedure Law	27/07/2016
Xia Fei	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	The Research of e-business Taxation	15/08/2016
Hao Zhuran	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	Analysis damages for termination of the contract – Focus on damages for expectant interests	15/08/2016
Li Shangqi	Constitutional Law, Basic Law And Administrative Law	Prof. Jiang Chaoyang	The government consulting organization of Macao in the condition of public administration	18/08/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Zhou Jiaoqi	Juridical Science	Prof. Fan Jianhong	Research on the Responsibility mechanism of executive director of Mainland China	18/08/2016
Zhang Jingyao	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	Research on unauthorized dispose the matrimonial joint housing during the existence of marriage	23/08/2016
Chen Shaomei	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	The analysis of circulation of right to use house sites: as the center of explanation	23/08/2016
Liu Yifei	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	Intellectual property protection for fashion design	23/08/2016
Zhang Ying	International Commercial Law	Prof. Fan Jianhong	The study of optimizing administrative mode about negative list of China by taking international experience for reference	23/08/2016
Jiang Peilin	International Commercial Law	Prof. Fan Jianhong	Research on the Copyright Protection of Fan Labor	23/08/2016
Huang Jingtian	Comparative Civil Law	Prof ^a . Wang Wei	The plaintiff qualification of class action in chinese litigation: on the basis of Comparative Law	23/08/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Hu Yue	International Commercial Law	Profª. Wang Wei	The legal protection for creditors of controlled company in corporate groups	22/08/2016
Li Zhengyuan	International Commercial Law	Profª. Wang Wei	Liability of Directors to the Third Party	22/08/2016
Sou Sio Kei	Comparative Civil Law	Prof. Iau Teng Pio	Discourse on the Problem of Judicial Conciliation in the System of Macau Civil Procedure	23/08/2016
Lee Kam Iut	Juridical Science	Prof. Zhao Guoqiang	A Study on Various Issues of Money Laundering Crime	23/08/2016
Zhou Liumin	International Commercial Law	Prof. Tong Io Cheng	The analysis on legal problems regarding Chinese enterprises' investment projects in Mozambique – based on the case in mining sector	07/09/2016
Liu Mengmeng	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	The Application of Restitution in Chinese Civil Law	19/09/2016
Zhang Xin	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	The Research on The Protection of Possession	19/09/2016
Yin Xinyue	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	Legal attribute of Valuation Adjustment Mechanism - Based Judicial Practice	20/09/2016
Ren Xiaolin	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	The Study on the Unilateral Promises of Debt	20/09/2016
Yang Fan	Comparative Civil Law	Prof. Shui Bing	Discussion on the distinction between the behavior of friendship and the gratuitous contract	20/09/2016



Nome	Área	Orientador	Título da Tese	Data
Guo Lisha	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	On the Legal Structure and the Real Effect of the Alienation Guarantee	19/10/2016
Chen Hangbin	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	Concerning the legal attribute and the rights of ownership of the frozen embryos	19/10/2016
Zhang Yan	International Commercial Law	Prof. Shui Bing	The Surrogate Legitimacy and Legal Regulation	19/10/2016

Ma Zhe	International Commercial Law	Prof. Tong Io Cheng	The Review and Improvement of Macau Bankruptcy Law: a Historical and Functional Comparative Study	14/11/2016
Wei Yucheng	International Commercial Law	Prof. Mo Shijian	Balance between Confidentiality of Real Estate Registration Information in China and Information Inquire-Use Rights of State Organs –Take the Investigation Organ for Example	23/11/2016
Du Xiaoyue	Comparative Criminal Law	Prof. Zhao Guoqiang	Choices of Non-Criminal Path to Euthanasia	30/11/2016
Li Ning	Comparative Criminal Law	Prof. Zhao Guoqiang	Research on Sexual Harassment Criminalizing	30/11/2016



Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Xu Huan	Prof. António Pinto Monteiro	Do Contrato de Mediação Imobiliária	10/03/2016
Zhang Cong	Prof ^ª . Vera Lúcia Raposo	Algumas Propostas para o Aperfeiçoamento do Regime de Homem de Confiança da RAEM	25/04/2016
Carla Alexandra Cocco Gomes	Prof. Augusto Teixeira Garcia	O Enquadramento Jurídico do Carregamento de Veículos Eléctricos face ao Serviço Público de Fornecimento de Energia Eléctrica em Macau	18/05/2016
Cheong Hio Chong	Prof ^ª . Paula Nunes Correia	Direito à Privacidade em Macau: Protecção dos Dados Pessoais	13/06/2016
Lao Chi Ieng	Prof ^ª . Paula Nunes Correia	Da Oponibilidade do Registo a Terceiros Adquirentes – Coordenação entre os Direitos Reais e o Registo Predial	15/06/2016
Tam Hio Kuan	Prof. Manuel Marcelino Escovar Trigo	Da União de Facto – Relevância Jurídica para a Responsabilidade por Dívidas	07/07/2016



Master of Law in International Law



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Liu Beishi	Prof. Muruga Perumal Ramaswamy	The United Nations Convention against Corruption and the Impact on Domestic Anti-Corruption Systems: The Case of China	14/01/2016
Li Yang	Prof. Tu Guangjian	Indirect Jurisdiction of Contract Cases in the Context of Hague Recognition and Enforcement Convention	20/01/2016
Huang Ping	Prof. Tu Guangjian	Carrier's Liability Rules in International Aviation Transport	21/06/2016
Xia Jun	Prof. Tu Guangjian	Taxation of Cross-border Trade and E-Commerce	21/06/2016
Xian Jinghan	Prof. John Shijian Mo	Recoverability of Pure Economic Loss in Ship-Based Oil Pollution in China	18/08/2016
Guo Qingxue	Prof. Muruga Perumal Ramaswamy	International Legal Protection and Domestic Relief System for Victims of Miscarriage of Justice	19/10/2016

Master of Law in International Business Law



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wu Sichen	Prof. Augusto Teixeira Garcia	Research on Legal Issues of VIE Mode	16/01/2016
Li Ao	Prof. Tu Guangjian	Transnational Patent Infringement Litigation : Jurisdiction And Applicable Law	27/01/2016
Yang Meng	Prof. Tu Guangjian	The Research on the Jurisdiction of International Criminal Court	28/01/2016
Jiang Yun	Prof. Augusto Teixeira Garcia	Comparative Study on the History of Derivative Action	01/02/2016
Ho Chong In	Prof. Mo Shijian	Legal issues arising from remuneration of real estate brokers in Macau	13/05/2016
Huang Zeyu	Prof. Tu Guangjian	Pathological Arbitration Clauses in International Commercial Arbitration: Law and Practice in China	30/05/2016
Zhang Xiawei	Prof. Tu Guangjian	Equity-Based Crowd-Funding in China: The Existing Legal Issues and Legislative Proposals under Current Internet Financial Situation	14/06/2016
Guilherme Vargas Castilhos	Prof ^a . Wei Dan	Expanding Markets: A Comparative Analysis of the Brazilian and Chinese Legal Framework on Foreign Enterprises	22/06/2016



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Daniel Jorge Martins Xavier	Prof. Rostam J. Neuwirth	Pushing the Envelope: Digital Rights Management and the Limits of Copyright	11/07/2016
Shi Jin	Prof. Tu Guangjian	Research on the Protection of Network Copyright due to Foreign: Infringement from the View of International Private Law	13/07/2016
Dai Wei	Prof ^a . Wei Dan	Trade Liberalization and Emerging Non-trade Concerns: the Case of Animal Welfare	26/07/2016
Ng Ka Lai	Prof. Augusto Teixeira Garcia	Legal Analysis on Macao SAR to make investment with Sovereign Wealth Fund	06/09/2016
Guo Bochuan	Prof. Rostam J. Neuwirth	The Evolution of Cross-Strait Relations: from WTO Accession to A Free Trade Agreement	04/11/2016
Xiao Shiling	Prof. Sten Idris Verhoeven	Civil Forfeiture and Human Rights Protection	08/12/2016
Chen Zhangchuchu	Prof. Hsiao I Hsuan	The Coordination of pharmaceutical patent and public health from the view of TRIPS	15/12/2016



Master of Law in European Union Law



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wang Xi	Prof. Mo Shijian	Importance of Community Interest in EU Anti-Dumping Legislation and Practice-Lesson for China	16/02/2016
Cui Rixing	Prof. Paulo Canelas de Castro	Water Privatization in the European Union: Models and Outstanding Questions	12/05/2016
Zhang Xiaoshi	Prof. Rostam J. Neuwirth	The Closer You Look, The Less You See: Intellectual Property Rights and Magic Performances – Insights from the EU and China	11/07/2016



ACTIVIDADES
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE MACAU



19 e 21 April 2016 - Seminar on “Macau Colloquium of Legal Theory 2016” - Speaker: Prof. Philip Schofield

20 April 2016 - Conference on “Medical liability and patient’s rights”

Date	Speaker	Presentations
20 April 2016	Teresa Robalo	Shall Abortion be seen as a Victimless Crime?
	Fernando Dias Simões	Patients, Consumers, Laypeople: Reflections on Citizen’s Right to Information
	Bing Shui	Where Law Meets Culture: The Legal Protection of the Dead in China
	Man Teng Iong	Advance Directives
	Jerry I-Hsuan Hsiao	Assisted Reproductive Technology (ART) and Patient’s Right to ‘Enablement’ - A Case Study on Preventing Mitochondrial Diseases
	Alexandr Svetlicinii	Avastin/Lucentis and Beyond: Competition and Regulation for Off-Label Promotion of Medicines
	Inda Soong	Patient’s safety in Medical Care
	Carlos Romeo Casabona	Medical Liability and Measures of Preventing Adverse Events in Hospitals

Date	Speaker	Presentations
20 April 2016	Vera Lúcia Raposo	Electronic Health Records: A Reckless Risk or a Wise Medical Helper?
	Li (Stephen) Du	Microblogging about Violent Attacks on Medical Staff by Patients and Their Relatives: A Case Study on Longmen Hospital Violence Event
	Rui Cascão	The Contractual Approach to Medical Liability: A Comparative Approach
	Rui Amaral	Inversion of the Burden of Proof – The Relationship Between Doctor and Patients

22 April 2016 - Seminário de Mestrado e Licenciatura em Direito em Língua Portuguesa Sétimo Seminário sobre a exploração dos jogos de fortuna ou azar e os contratos em especial

Data	Orador	Título da Apresentação
22 April 2016	Jorge Godinho	Existe um direito do jogo?
	Francisco Gaivão	Contrato de concessão de crédito para jogo – algumas questões práticas
	Beverly Tou	Apresentação das orientações sobre o jogo responsável e as medidas de auto-exclusão
	Lawrence Fong	Jogo responsável

8-9 September 2016 - Asian Regional Conference – “Recent Trends in Dispute Resolution: Mechanisms and Processes”

Date	Speaker	Presentations
8 September 2016	Justice Anselmo Reyes	The Business of International Dispute Resolution
	John Shijian Mo	The Impact of Judicial Supervision in the Place of Arbitration upon the Status of New York Convention Award – Using English Law and Practices as an Example
	Hong Xue	A New Era of Online Dispute Resolution Mechanisms in the ICANN New gTLDs Program
	Rostam J. Neuwirth	Dispute Resolution and Cognition – An Evolutionary Theory from Contest via Conflict to Conciliation
	Fernando Dias Simões	Jurisdictional Competition and the International Arbitration Market: A View from Macau
	Simon N. M. Young	Using a Civil Process for Criminal Law Aims
	Chao Wang	The Concept and Use of Mediation in A Comparative Perspective: The Role of Judges in Civil Justice
	Ilda Cristina Fernandes de Sousa Ferreira	Macau Criminal Law and Institutions as an Optimal Model for Compliance with International Law and Legal Cooperation
	Terese Lancry de G. de Albuquerque e Sousa Robalo	Victim-Offender Mediation in Macau SAR: A Dream or a Future Reality?
9 September 2016	Mr. Wong Hing-hong, Peter	Judicial Support for Dispute Resolution – A Legal Policy Perspective from the Hong Kong SAR
	Lawrence Boulle	Dispute Resolution and Courts – From Mediation to Non-Adversarial Justice
	Gu Min Kang	Possible Separation of Mediation and Litigation by Courts in China
	Austin I Pullé	Securing Stakeholder Confidence: ISDS Reforms



Date	Speaker	Presentations
9 September 2016	Augusto Teixeira Garcia	Arbitrability of Corporate Disputes
	Mark Feldman	Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power
	Muruga Perumal Ramaswamy	The Diversity in Legal Recognition and Enforcement of Commercial Settlement Agreements in Hong Kong and Peoples Republic of China: The Significance of Emerging International Harmonization Measures
	Ângelo Patrício Rafael	International Investment Contracts on Mineral Resources: The Role of Renegotiation Clauses in the Prevention and Resolution of Disputes
	Wang Yiyang	Regulatory Purposes in Non-Discrimination Obligations and Exceptions – A Critical Review of the WTO Argentina – Financial Services Dispute
	Yong Hu	The Rise of Renewable Energy Trade War: China’s Strategy in WTO Dispute Settlement
	Bie Lianghai	Whether the Investor From Macao Can Invoke The Protection Provided By The Sino-Foreign BIT? – An Analysis Based On the Sanum Case

19 October 2016 – Direito Fundamental à Segurança e Direito do Urbanismo?

- Orador: Prof. Doutor Fernando Alves Correia

24 October 2016 - Conference no The Globalization of the Rule of Law: A Comparative Law Approach

- Speaker: Prof. Mauro Bussani

27-28 October 2016 - Nona Conferência Internacional sobre As Reformas Jurídicas de Macau no Contexto Global – O Direito, a Sexualidade e a Família

Data	Orador	Título da Apresentação
27 October 2016	Chen Chan Hang	Identidade de Género e Distúrbios, Cultural e Direito
	Tian Kan	A evolução da política e da regulamentação do planeamento familiar na China
	João Paulo Remédio Marques	A sexualidade humana e o Direito da Família
	Cheng Hang Leong	A família e os direitos fundamentais
	Lin En Wei	A adoção de crianças por uniões homossexuais: o exemplo do sistema jurídico de Taiwan e tendências de evolução
	Vera Lúcia Raposo	Reprodução: com sexo e sem sexo
	Orquidea Massarongo Jona	O Regime Jurídico dos Direitos Reprodutivos da Mulher no contexto Laboral em Moçambique
	Kelly Cristina Canela	Família homoafetiva: filiação socioafetiva, reprodução assistida e adoção no Sistema Jurídico Brasileiro



Data	Orador	Título da Apresentação
28 October 2016	Wu Kuang Ping	Conflito entre as Leis da Monogamia e da Poligamia e a Lei Aplicável ao Casamento Estrangeiro Polígamo
	Chiu Man-chung Andy	Casamento e união de facto de pessoas do mesmo sexo
	Paula Correia	Deveres Conjugais, os Deveres de Fidelidade e de Coabitação em Especial: Uma Perspectiva de Direito Comparado
	Zhang Zhihan	O dever conjugal de fidelidade – Toda a fidelidade é sexual?
	Ho Chi Kuen (Dennis)	A violência no seio da família: Responsabilidade Civil e Criminal
	Mário Monte	Os crimes contra a família, em particular contra a mulher: velhos e novos problemas
	Teresa Lancry Robalo	A violência sexual entre cônjuges ou unidos de facto no enquadramento jurídico-penal de Macau
	Adelino Muchanga	Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si no Direito Moçambicano
	Jorge Duarte Pinheiro	Responsabilidade civil por violação de direitos sexuais e o dano sexual



6-7 December 2016 - Second International Conference—Consumer Policy in China: New Trends and Challenges, University of Macau, Macao (China)

Date	Speaker	Presentations
6 December 2016	Geraint Howells	Chinese Consumer Law viewed with a European Eye
	Kristie Thomas	Who is a ‘consumer’ in China’s Consumer Protection Law and why does it matter?
	Danny Friedmann	Deep Consumer Information in the PRC: from Homo Economicus to Homo Ethicus
	Zhang Dongqiao	Right to Information and Financial Derivatives in China
	Daisy Nogueira	Consumers’ Right to Be Informed and the Lack of Nutrition Labelling Laws in Macau
	Mary Ip and Heng Wang	Chinese Consumer Protection and International Trade
	Mark Feldman	Balancing Investment Promotion and Consumer Protection in China: Three Models to Consider
	Dini Sejko	State Controlled Entities Investments in the Agricultural Sector and Consumers’ Fears: Lessons from the Biggest-ever Chinese Foreign Acquisition
	Andrea Colorio	Investor-State Arbitration, Human Rights and Consumer Protection: China’s New Challenges in an Era of Globalization
Flavia Marisi	Reconciling China’s Boosting Investment Economy and its Environmental Objectives	

Date	Speaker	Presentations
6 December 2016	C.H. van Rhee and Hang-ping Chen	Access to Justice for Consumers in China and Europe: A Comparative Perspective
7 December 2016	Wei Wang	Analysis of Consumer Collective Actions in China
	Muruga PerumalRamaswamy	Enhancing Protection and Enforcement of Consumer Rights of PRC Tourists and Shoppers in the SARs: Is a Collective Protection and Redress Mechanism for Consumer Disputes Desirable and Feasible?
	Teng Hongqing	The Evolution and the Direction: Environmental Administrative Public Interest Litigation in China
	Vai Io Lo	Direct Selling in China: Policies, Challenges and Consumer Protection
	Lu Zhe	Discussion on Protection of Consumer's Rights and Interests in E-commerce
	Zhao Yun	Domain Name Dispute Resolution and Its Implications to the Future Development of Online Dispute Resolution
	Eugene Low	Online Brand Protection and Consumer Rights in China – Latest Trends and Developments
	Dennis Cai	Verified Domain Names and their Roles in Consumer Protection

Date	Speaker	Presentations
7 December 2016	Julien Chaisse	ICANN and the Review All Rights Protection Mechanisms in All Generic Top-Level Domains
	Alexandr Svetlicinii	Private Litigation under China's Anti-Monopoly Law: Challenges and Prospects for the Protection of Consumers
	Fei Lanfang	Consumer Interest in Internet Competition Rulings in China: An Inclined Balance?
	Vera Lúcia Raposo	Lost in Information: Patient's Informed Consent in Multilingual and Multicultural Countries
	Man Teng Iong	Informed Consent in Traditional Chinese Medicine
	Thomas D. Barton	Improving Well-Being While Safeguarding the Future: Goals, Markets, and Regulation of Pharmaceuticals

13-14 December 2016 - 2016 UNCITRAL Emergence Conference - Regional Perspectives on Contemporary and Future Harmonization Agenda in International Trade Law

Date	Speaker	Presentations
13 December 2016	Joao Ribeiro	Modernizing International Trade Law to Support Innovation and Sustainable Development
	Scott Farrell	How B2B Cross-border Smart Contracts Will Impact the Harmonization of International Trade Law



Date	Speaker	Presentations
13 December 2016	Riikka Koulu	Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement
	Jerry I-H Hsiao	‘Smart’ Contract on the Blockchain-Paradigm Shift for Contract Law?
	Christine Duhaime	The Final Frontier – How the UNCITRAL can Harmonize National Legislation for Progressive and Inclusive Artificial Intelligence Regulation for International Trade Cooperation and the Maintenance of Peace and Security
	Souichirou Kozuka and Hajime Shinomiya	Harmonised Rules for Emerging Private Space Initiatives in Space? In Quest of Fair, Equitable and Commercially Viable Rules for Extraterrestrial Mining
	Lutz-Christian Wolff	China’s ‘Belt and Road’ Initiative and the CISG: Accelerating Contract Law Harmonisation through a Diplomatic Programme?
	Akira Saito	Beyond CISG: Harmonisation of Contract Law Version 3.0 for Globalizing Market Societies
	Eriko Taoka	The Problem of ‘Hidden’ E-commerce Laws in Japan and the Possibility to Use the Framework of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts

Date	Speaker	Presentations
13 December 2016	Mateja Durovic	Regional Harmonisation of Contract Law: What Can be Learnt out from the CISG Experience?
	José Miguel Figueiredo	The Sphere of Influence of the ‘UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce’ on the Domestic Legislation of the Macau SAR and the Importance of the ‘United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (New York, 2005)’ in Solving Some Domestic Issues
	Jayems Dhingra	Are the State Regulators Being Challenged or Undermined by Financial Technology and Borderless Digital Payment Platforms?
	Reinmar Wolff	Digital Company Registers from a European Perspective: Registration, Information and Irrebuttable Presumption of Accuracy
	Abu Bakar Munir ,Siti Hajar Mohd Yasin and Md. Ershadul Karim	The Digital Economy: The TPP Sets New Rules of Doing Business
	Rostam J. Neuwirth and Alexandr Svetlicinii	The Unification of E-Commerce Law: The Role for UNCITRAL
	Mingchao Fan	Arbitration and Financial Institutions: An Introduction to the Latest ICC Report



Date	Speaker	Presentations
13 December 2016	Joung W. Hwang	Does ISDS Promote Economic Growth?
	Ebrahim Abdipour Fard	Legal Requirements of Financing by Issuance Islamic Financial Instruments (Iranian Case study)
	Ebrahim Abdipour Fard and Zohre Afshar Quchani	Comparative Study on Some Issues of Forfeiting in Iranian Law, UN Convention on the Assignment of Receivables and URF800
	Denis de Castro Halis	Intra-BRICS Investment and Company Law: Domestic Laws that Promote or Restrict Investment?
	Iris Tian	Facilitating IPO Efficiency through Disintermediation: Exploring Auctioned Offering as an Alternative to Traditional Underwritten Offering
	Ding Xiaoyu	Forced Localisation under the Convergence and Divergence of Trade and Investment
	Flavia Marisi	Reforming Investor-State Arbitration to Harmonise Investment Law: Issues, Challenges and Directions

Date	Speaker	Presentations
14 December 2016	Abhinayan Basu Bal	The Bill of Lading is Dead, Long Live the Bill of Lading! SME Participation in Supply Chain Finance
	Trisha Rajput	Information Management in International Trade: Role of UNCITRAL in Advancing International Single Window Environment
	Edward Tan	International Commercial Arbitration: It's Time to Ease the Legal Tangle by Authorising Amiable Compositour for the Arbitral Tribunal
	Iong Man Teng	The Role of China for Enhancing Global Supply Chains – Legal Obstacles and Solutions
	Fernando Dias Simões	Investment Law and Climate Disputes: Powering Sustainable Development
	Joseph W. Dellapenna	The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards and Enforcement in the United States of Climate Disruption-Related Arbitral Awards
	Nitin Nadkarni	Reimagining Transparency: Enhancing the Rule of Law in Investment Arbitration
	Shahrizal M Zin	Green Multilateralism in the Investment Treaty: A Triumph for State's Right to Regulate?



Date	Speaker	Presentations
14 December 2016	Mikihito Ochi	International Arbitration Challenged: The Rise of New Court System
	Pu Yuntao, Pritam Dey and Anuska Mohapatra	Analysis of Derogation of Transparency in International Investment Arbitration and Countries' Measures International Investment Law and Human Rights Consciousness: An Intrinsically Interwoven Relationship
	Yaroslava Kuchina	Standard Cloud Contracts in CIS: Legal Findings and Emergency Practices
	Neeraj Aarora	Emerging Issues and Legal Challenges of Cloud Data
	Zhang Juan-Juan	On China Cross-Border Online Dispute Settlement Mechanism - Comparison with UNCITRAL Online Dispute Resolution for Cross-Border Electronic Commerce Transactions: Technical Notes on Online Dispute Resolution (2016)

Publicações

Boletim

- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. N.º 29 e N.º 32 em Língua Chinesa
- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. N.º 34 e N.º 37 em Língua Portuguesa

Colecção Textos Jurídicos

Manuel Trigo, Lições de Direito das Obrigações, versão em Língua Chinesa, Faculdade de Direito da Universidade de Macau.



INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE MACAU

- 29/02/2016 Seminar - The Rotterdam Rules - Evaluation and Prospect
- 18/03/2016 Seminar - Hot Issues: International Law and Practice related to The South China Sea
- 19/04/2016 Conference - Opportunities and Challenges for Property Law in China, Hong Kong, Taiwan and Macau in the Future Development of Mainland China
- 28/04/2016 Seminar - Interpretation of the Paris Conference and Climate Change
- 26/05/2016 Seminar - Legal Issues Leading to the Development of the Social Safety Net in Asia
- 26/10/2016 Joint Seminar - Law of Child and Woman
- 29/10/2016 Conference - “Inter-Regional Service of Documents Within China: Problems, Reflections and Im-provements”
- 12/12/2016 Conference - Counter Terrorism in China: Legislation and Practice

Publicações

- Macau Law Review N^{os}. 30, 31 e 32