



BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

A N O XXI • N° 42 • 2017

法 律 學 院 學 報



MACAU • 2017

UNIVERSIDADE DE MACAU



ISSN 8073-98-54

42

42



UNIVERSIDADE DE MACAU

BOLETIM 

DA FACULDADE DE DIREITO

法 律 學 院 學 報



PERIODICIDADE
Semestral

NÚMERO 42, ANO XXI, 2017

DIRECTOR
Tong Io Cheng

SUBDIRECTOR
Augusto Teixeira Garcia e
Wei Dan

DIRECTOR EXECUTIVO
Manuel M. E. Trigo

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

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

CONSELHO EDITORIAL
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
Alexandr Svetlicinii, Almeida Machava, António dos Santos Justo, Chen Yi, Jerónimo Santos,
Júlio Anjos, Miguel Lemos, Paulo Canelas de Castro, Rui Manuel Gomes Vieira e Vera Raposo

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 indignidade sucessória no Direito Romano: Reflexos no Direito Português <i>António dos Santos Justo</i>	19
O Mecanismo de Resolução de Conflitos Comerciais da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) <i>Almeida Machava</i>	99

LIÇÕES

Women and Water: Overview of the Problem and the International Legal and Policy Discourse – Promoting the Access of Women to Water and Sanitation <i>Paulo Canelas de Castro</i>	125
--	-----

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

O direito de conflitos da República Popular da China <i>Júlio Anjos</i>	149
Estudo sobre a legitimidade da utilização dos meios de videovigilância como prova em processos disciplinares dos militarizados das Forças de Segurança de Macau <i>Rui Manuel Gomes Vieira</i>	175
A Prova e a Decisão: Apreciação da Teoria da Exclusão da Prova de Bentham <i>Chen Yi</i>	191

VÁRIA

O médico e o juiz, a saúde e a liberdade do portador de distúrbio mental <i>Jerónimo Santos</i>	215
---	-----

As 50 sombras do Código Penal: a propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais <i>Vera Lúcia Raposo</i>	229
Análise da proposta de introdução de dois novos crimes sexuais: prostituição de menor e pornografia de menor <i>Miguel Lemos</i>	245
The Acquisitions of the Chinese State-Owned Enterprises under the EU Merger Control Regime: Time to Revisit the Concepts of ‘Control’ and ‘Single Economic Entity’? <i>Alexandr Svetlicinii</i>	259

VIDA DA FACULDADE

Notícia dos Mestrados.....	277
Actividades: Centro de Estudos Jurídicos	283
Actividades: Instituto de Estudos Jurídicos Avançados	288

NOTA DE ABERTURA



Dando continuidade ao Boletim, neste número prosseguimos com uma edição com a estrutura comum, variando em temas e autores, no tempo e no espaço, e línguas dos originais.

Na Doutrina acolhem-se dois estudos expressivos do enunciado anterior, um sobre um tema clássico do direito privado, a indignidade sucessória do Direito Romano e os seus reflexos no Direito Português, e outro sobre o mecanismo de resolução de conflitos comerciais da Comunidade de Desenvolvimento da África Austral.

Nas Lições, desta feita, inclui-se um estudo abordando numa perspectiva internacional do acesso das mulheres à água e ao saneamento.

Nos Estudos de pós-graduação avulta igualmente a diversidade, desde uma revisão da teoria da evidência de Bentham à legitimidade da utilização dos meios de videovigilância, mas em que destacamos, por se tratar de matéria de particular interesse para a prática jurídica e judiciária de Macau, a abordagem do Direito de Conflitos da República Popular da China, aqui acessível também em Língua Portuguesa.

Na Vária começamos por referir a inclusão de um texto sobre o tema da intervenção do médico e o juiz em face da saúde e a liberdade do portador de distúrbio mental, a que se seguem temas de direito penal, especificamente sobre a matéria dos crimes sexuais, na sequência de uma intervenção legislativa sobre esta matéria, concluindo com um tema bem diverso, as aquisições pelas empresas estatais chinesas e os regime de controlo das fusões no direito económico europeu.

Da Vida da Faculdade destacamos, para além das notícias das pós-graduações e dos seminários e conferências, bem assim da publicação do Boletim e da Coleção Textos Jurídicos, a continuação da publicação da Coleção de Clássicos Jurídicos de Língua Portuguesa, traduzidos para Língua Chinesa.

Mais uma vez, agradecidos a todos os que colaboram neste número, na tradução, na sua edição e publicação, haverá razões para os nossos leitores, com a benevolência e a exigência habitual, encontrarem motivos de interesse neste número, assim esperamos!

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 INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO DIREITO ROMANO: REFLEXOS NO DIREITO PORTUGUÊS

António dos Santos Justo

*Professor Catedrático Jubilado, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra,
Universidade Lusíada Norte, Portugal*

Resumo: A indignidade no Direito Romano foi uma figura jurídica que, embora com traços específicos, não deixou de influenciar decisivamente os direitos de vários países europeus, como verdadeiro *ius commune* que se expandiu em Macau, no Brasil, em Angola e em Moçambique, assim como nos Países (sobretudo ibero-americanos) culturalmente ligados à Espanha. Em causa está a prática de factos graves que justificam o afastamento sucessório de quem os praticou em heranças e legados de pessoas ofendidas. É o que se pretende mostrar no presente estudo no qual também abordaremos problemas que continuam a pôr-se e a reclamar solução nos direitos hodiernos.

Palavras-chave: Indignidade; incapacidade; deserdação; delação (*delatio*); herdeiro; legatário; fideicomissário; erário; *paterfamilias*; *filiusfamilias*; *heredes sui*; sc. *Silanianum*; *leges Iulia et Papia Poppaea*; testador; *de cuius*, reabilitação; taxatividade; analogia.

I

A INDIGNIDADE SUCESSÓRIA NO DIREITO ROMANO

1. Dificuldades

A figura jurídica da indignidade (*indignitas*) que, nos direitos hodiernos, se encontra consagrada e permite caracterizar sem grande dificuldade, levanta, ao estudioso do direito romano, dificuldades várias que têm suscitado alguns desencontros.

Efetivamente, estamos perante um instituto jurídico não unitário¹, cuja evolução é marcada pelo paulatino e crescente acolhimento de novos casos considerados indignos pela legislação imperial que permanecem independentes e desligados². Juntam-se as interpolações dos textos³, a ausência de definição⁴, a falta de expressões técnicas⁵ e a dispersão de fontes nem todas inseridas sob a epígrafe justinianeia do Digesto (34,9: “*De his, quae ut indignis auferuntur*”) e do Código (6,35: “*De his, quibus ut indignis hereditates auferuntur, et ad senatusconsultum Silanianum*”)⁶, fatores que geram e alimentam a confusão⁷ que dificulta o seu entendimento que se prolonga nos nossos dias.

No entanto, tais dificuldades não podem impedir os romanistas de as procurarem superar. Mais: quando se opte pelo estudo da época justinianeia, da qual provém as influências exercidas sobre os nossos direitos, muitas dessas dificuldades – atinentes a quem procure, sobretudo, restaurar a autenticidade clássica das fontes como elemento nuclear – são relativamente atenuadas: as épocas anteriores ao período justinianeu ajudam a esclarecer o direito de Justiniano como momento de chegada, mas não como ponto de partida.

1 Vide MARIO LAURIA, *Nardi, I Casi d'indegnità nel diritto successorio romano* em *SDHI VI*, 1940, p. 183.

2 Vide ENZO NARDI, *Trittico indignitario* em *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, Milão, 1953, p. 724.

3 Vide EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. espanhola de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1988, p. 703.

4 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 724.

5 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 22.

6 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pP. 11-18.

7 Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 201.

2. Casos de indignidade

Antes de estudarmos o seu regime jurídico, convém, observar os casos considerados causas de indignidade. Partiremos, assim, dos factos, ou seja, do concreto para, depois, nos elevarmos à construção dogmática da indignidade como instituto do direito sucessório⁸.

Seguindo a classificação de BONFANTE⁹, que reagrupa os casos de indignidade em três figuras: 1) as faltas contra a pessoa do defunto; 2) as faltas contra a vontade do defunto; 3) as faltas contra a lei, destacamos:

1. Primeira categoria: faltas contra a pessoa do defunto:

a) morte do hereditando: a indignidade resulta de um comportamento particularmente grave do sucessível que assassinou o autor da herança. É inadmissível que lhe possa suceder e, por isso, encontra-se ferido de indignidade. Assim, segundo PAULO, “(o Imperador Antonino Pio) determinou que, quando uma filha de família, convicta de ter matado com veneno quem a tinha instituído herdeira, apesar de (ter aceitado a herança) com autorização do seu pai sob cujo poder estava, o fisco ficará com aquela herança”¹⁰. Trata-se, como se observa, duma *constitutio* imperial que pune uma filha com a privação dos bens herdados de quem matou com veneno, bens que são atribuídos ao fisco. A figura da indignidade, embora não expressamente referida, encontra-se aqui bem presente: privação dos bens ao indigno e entrega ao fisco.

Os juristas romanos divergem sobre se o assassínio devia ser doloso ou bastava a mera culpa. Com efeito, enquanto PAULO, referindo que se “*tivesse*

8 Os romanistas têm-se ocupado de alguns casos, sobretudo dos que mais impacto tiveram. Vide, v.g., os seguintes Autores: BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, Milão, 1948, pp. 17 e 22; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 778; EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 703; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.ª ed., Turim, cit., p. 674; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, 4.ª ed., reimpressão, Madrid, 1989, p. 843; CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 336; ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 725 e *Il casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 80-207; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 47-49.

9 São diversas as classificações que os romanistas oferecem com base em critérios distintos, como observamos em ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 263-271. Optamos pela classificação de PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni*, Città di Castello, 1930, pp. 331-342.

10 D. 48,20,7,4: “... Cui consequentur illud idem Princeps constituit, cum filiafamilias veneno necasse convinceretur eum, a quo heres instituta erat, quamvis iussu patris, cuius in potestate esset, adierit hereditatem, vindicari eam fisco”.

procurado que fosse morto um cognado seu”, considera que se trata dum homicídio doloso”, invocando um rescrito de Antonino Pio, já uma *constitutio* de Diocleciano e Maximiano, promulgado entre os anos 294 e 305, analisa o caso de morte do marido por dolo mau ou por outra causa de indignidade (*alias indignam*). A mulher que confia em que não se prova o homicídio do marido com dolo mau (*dolo malo*) ou por outra causa (*alias*) é considerada indigna¹¹. A referência a *outra causa* não afasta a culpa no homicídio, situação que surge claramente em MARCIANO que refere uma decisão daquele Imperador segundo o qual é indigno quem se provou que atuou de modo a que, por *negligentiam et culpam suam*, morreu a mulher que o tinha instituído herdeiro¹².

A opinião dominante dispensa o dolo e entende que, para haver indignidade, basta que o indigno tenha cometido o homicídio do autor da sucessão com culpa. Outros, porém, consideram o texto de MARCIANO interpolado quer pelo estilo quer pelo relevo dado à prova; e há quem entenda que os compiladores assimilaram a *magna culpa ao dolo*, não bastando a simples culpa¹³. Não vemos motivos para discordar da opinião dominante quer porque o texto não fala de *magna culpa*, mas simplesmente de *culpa*, quer porque, à luz do critério antiinterpolacionístico que acolhemos, seria grave desonestidade intelectual manter no texto uma constituição de Antonino Pio e, depois, alterar o seu sentido.

Não é necessário que haja condenação penal para que a indignidade produza os seus efeitos, como observamos em MODESTINO que, perante um caso em que a mãe apelou da sentença em que fora condenada por ter envenenado o seu filho e entretanto morreu sem ter sido proferida a sentença final, respondeu: “*Extinguindo-se a acusação criminal por morte da acusada, pode pertencer ao fisco a reclamação dos bens que se prove terem sido adquiridos graças ao crime*”¹⁴. E, no mesmo sentido, escreve PAPINIANO que “*não se atrasa o momento do pedido da posse dos bens hereditários por causa do interrogatório sobre um envenenamento, já que pode pedir-se quando ainda está pendente o processo*”¹⁵;

b) irmão que atenta contra a vida do irmão: confrontado com as muitas contendas entre irmãos, Justiniano determinou que: “*Não permitimos que participe*

11 Cf. C. 6,35,10,1: “... *Secundum quae, si fiduciam innocentiae geris et neque dolo malo tuo maritum necatum, neque alis indignam te successione probari ...*”.

12 Cf. D. 34,9,3.

13 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., pp. 331-332.

14 D. 49,14,9: “... *Modestinus respondit, morte reae crimine extincto, persecutionem eorum, quae scelere acquisita probari possunt, fisco competere posse*”.

15 D. 29,5,21pr.: “*Propter veneni quaestionem tempus petendae possessionis non profertur, cum eo quoque suspenso criminis recte petatur*”.

nesse ganho, como tendo-se feito ingrato para com o seu irmão, só o que quis a morte do seu irmão ou deduzir acusação criminal contra ele ou que se apresse a causar-lhe a perda de bens; porque a parte deste passará tanto aos seus restantes irmãos como à sua mãe”¹⁶. A proibição de “*participare hoc lucrum*” tanto permite convocar a figura da indignidade como o da incapacidade¹⁷.

c) não cumprimento da obrigação de perseguir judicialmente o homicida: se o herdeiro, obrigado a demandar o assassino para obter a sua punição, não age, é excluído da herança do falecido como indigno. Em indignidade incorre também o patrono que não vindicou a morte do liberto. MARCIANO refere as duas situações: “*Mas aos herdeiros, que tinham deixado de vindicar a morte do defunto, retiram-se-lhes os bens adquiridos por testamento assim como ab intestato e quiçá também se alguém sucedeu como patrono*”¹⁸. As dúvidas incidem sobre a classicidade da posição do patrono, deixando incólume a indignidade dos herdeiros¹⁹.

Também os Imperadores Diocleciano e Maximiano, numa *constitutio* do ano 291, determinaram que “*se não tiverem vingado a morte, não podem obter a sucessão*”²⁰. Porque, como observa ENZO NARDI, a *ultio necis* constitui um *officium pietatis* para com o defunto a que o herdeiro está obrigado²¹.

d) a aceitação prematura da herança contra as prescrições do *sc. Silanianum*: como sabemos, este *senatusconsultum* considerado atroz e fonte de conhecimento duma época marcada pela abundância de escravos que, com alguma frequência, assassinavam os seus donos²², ordenava que: 1) todos os escravos do falecido, da sua mulher e os que tivessem tido qualquer negócio ou relações com ele,

16 N. 22,57pr.: “*Et quoniam scimus multas fratribus adinvicem factas contentiones, illum solum tanquam ingratum circa fratrem effectum participare hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem inducere contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properavit inferre iacturam; eius enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat...*”.

17 Segundo ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 254, estamos perante um dos casos considerados erradamente de indignidade.

18 Cf. D. 29,5,15,2: “*Heredibus autem, qui in ulciscenda morte defuncti cessaverant, tam testamento, quam ab intestato auferuntur bona, forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo iure admittantur*”.

19 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 333.

20 C. 6,35,9: “*... Si interitum non fuerint ulti, successionem obtinere non possunt*”.

21 Cf. D. 29,5,21,2. Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 167.

22 Vide EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 84; REMO MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Silanianum em Studio in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milão, 1983, pp. 429-430; ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 179-182; DANILO DALLA, *Senatusconsultum Silanianum*, Milão, 1980, pp. 1- 3 e 77; e ARMANDO TORRENT, *Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Silaniano em SDHI LXXIV*, 2008, pp. 597 e 600.



fossem sujeitos a torturas e, por último, condenados à morte, até se descobrir o assassino; 2) os que, podendo socorrer o *dominus*, não o tivessem feito, seriam imediatamente condenados à morte; 3) o testamento não pode ser aberto enquanto não se concluírem as diligências para a descoberta do criminoso, a fim de evitar que uma possível *manumissio* contida nesse testamento frustrasse o disposto no número anterior, pois um escravo manumitido adquiria a liberdade e, então, não se lhe podiam aplicar a tortura e a pena de morte; 4) o escravo que descobrisse o assassino adquiria a liberdade mediante um decreto do pretor (*addictio libertatis*)²³; a transgressão às proibições do *sc. Silanianum* comporta para o herdeiro a condenação em multa e na perda da herança a favor do erário (depois, do fisco)²⁴.

Pondo momentaneamente de parte o tema da aceitação da herança contra o *sc. Silanianum*, pairam outras dúvidas: v.g., a data, embora provavelmente tenha sido promulgado no ano 10²⁵; e a sua aplicação também aos manumitidos que permanecessem *sub eodem tecto*²⁶.

Segundo REMO MARTINI e ARMANDO TORRENT, não faria grande sentido que o *sc. Silanianum* tivesse proibido a abertura do testamento, visto que, uma vez aberto e manumitidos os escravos, as *manumissiones* consideravam-se nulas ou, quiçá, *non scriptae* e, portanto, os libertos continuavam escravos e,

23 Além dos Autores citados na nota anterior, vide também, SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (ius romanum), I, *Introdução. Fontes*, 4.ª ed., Coimbra, 1984, pp. 220-221.

24 Cf. D. 29,5,25,2; PS. 3,15,12a. Vide DANILO DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., pp. 53-54.

25 Vide REMO MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatoconsulto Siliano* em *JUS XVI*, 1965, p. 364, que considera pouco convincente a tese de HERMANN de deslocar a data para o tempo de Nero. Segundo este Autor, o ano 10 foi fixado pela primeira vez por CUJÁCIO.

26 Vide REMO MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Silanianum*, cit., p. 429. Também ARMANDO TORRENT, *Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Siliano*, cit., pp. 600-614, observa que “*negar que ficavam sujeitos à quaestio de familia os escravos manumitidos test. que ad mortem domini viviam sub eodem tecto não se ajusta aos dados textuais*”. Entende que “... *fica claro a ineficácia ou nulidade daquelas manumissiones test. que impediam os escravos libertados de adquirir a liberdade*”. Ainda segundo este Autor, era “*previsível conhecimento do testamento e das manumissiones dispostas enquanto os testamentos da época em forma pública e aberta tornavam facilmente cognoscíveis as suas disposições sempre que o testador realizasse o ato de forma aberta e não se limitasse a apresentar as tabulae cerradas*”. E conclui: “*Creio que pode manter-se que o sc. Silanianum prescreveu a nulidade das manumissiones dispostas em testamento quando o testador tivesse morrido de modo violento. A finalidade de salvaguardar a vita domini e a securitas et utilitas publica impunha a nulidade das manumissiones testamentárias dos escravos que viviam sub eodem tecto ou até fora da domus quando tivessem conhecimento das ciladas contra o dominus patronus e não tivessem denunciado o facto ou protegido com as suas próprias forças, porque, neste caso, se por um lado os escravos denunciantes recebiam o praemium libertatis, dum ângulo oposto os manumitidos test. viam anulada a sua libertas*”.

assim, sujeitos à tortura e ao suplício²⁷. Partindo de um texto de ULPIANO - que apresenta um caso em que alguém pôs termo à vida por temer uma acusação criminal iminente ou por tédio à vida ou por sofrer uma dor, situação que “*não impede que se abra e se lê o testamento*”²⁸ -, REMO MARTINI entende que desta referência não se pode extrair que a proibição geral de abrir o testamento já estivesse no *sc. Silanianum*; terá sido, sim, efeito duma interpretação extensiva realizada pelo *edictum praetoris*²⁹.

Todavia, noutro texto, ULPIANO refere claramente que “*se dispõe no edito que ninguém procure com dolo mau abrir (o testamento), lê-lo e copiá-lo antes de aquela família ter sido submetida, em virtude do sc., a tormento e que se tenha dado suplício aos culpados*”³⁰.

Por isso, perguntar-se-á: qual a *ratio* desta proibição se as *manumissiones* dispostas em testamento fossem nulas ou, melhor dizendo, inexistentes, porque consideradas *non scriptae*?

Parece-nos que o testamento do testador assassinado não podia ser aberto para que não se frustrasse o objetivo do *sc. Silanianum* de descobrir o assassino: sendo as eventuais *manumissiones* aí contidas ignoradas enquanto o testamento não fosse aberto, os escravos, eventualmente aí manumitidos, mantinham o seu estatuto e, portanto, estavam sujeitos à tortura e aos suplícios. Outra situação é a dos manumitidos anteriormente que, adquirindo o estatuto de libertos, não estavam sujeitos a estas a esses castigos. Nestes casos, aderimos parcialmente à posição de TORRENT³¹, para quem os libertos que vivessem *sub eodem tecto* ou mesmo *extra tectum*, estavam sujeitos a tortura e a suplícios. Esta opinião merece a nossa adesão, embora percorrendo uma via diferente: pensemos que estas *manumissiones* ficavam suspensas, recuperando os libertos momentaneamente o estatuto de escravos.

Regressando à indignidade cominada ao herdeiro que aceita a herança desobedecendo ao *sc. Silanianum*, ULPIANO refere que “*não se confiscarão os bens exceto se se provar que foi morto o paterfamilias e o herdeiro aceitou*

27 O escravo impúbere era punido com açoites. Cf. D. 29,5,1,32-33.

28 Cf. D. 29,5,1,23: “*Si quis non metu criminis imminentis, sed taedio vitae vel impatientia doloris sibi manus intulit, eius testamentum aperiri et recitari mortis casus non impedit*”.

29 Vide REMO MARTINI, *ibidem*, pp. 349-374.

30 Cf. D. 29,5,3,18: “*...Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicitur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, Edicto cavetur, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumtum fuerit*”. Cf. também: D. 36,1,3,5.

31 Vide ARMANDO TORRENT, *Nulidade de la manumissio testamento ex senatusconsulto Siliano*, cit., pp. 584, 594 e 601. Quanto a nós, não se trata de escravos manumitidos no testamento, que não pode ser aberto, mas anteriormente.

a herança antes de ter sido dado tormento à família (escravos) e aplicado o suplício”³². O herdeiro é considerado indigno e, em consequência do princípio “*indignus potest capere sed non retinere*”, os bens passam para a esfera patrimonial do erário (e, depois, do fisco)³³. Este princípio reaparece em ULPIANO quando, a propósito de um herdeiro fiduciário que abriu o testamento, aceitou ou fez algo proibido pelo *sc. Silanianum* antes de sujeitar os escravos do dono assassinado a interrogatório, determina que, “*se por esta causa a herança tiver sido confiscada, o fisco adquire-a com os seus encargos*”³⁴. E, no mesmo sentido, uma *constitutio* de Alexandre Severo, do ano 222, que, a propósito de um testamento de quem se dizia ter sido morto pelos escravos e que fora aberto e lido antes de os escravos serem sujeitos a tormento, fala da herança que “é reivindicada para o fisco em virtude do *senatusconsulto (Silanianum)*”³⁵.

Há, no entanto, situações que excluem a aplicação do *sc. Silanianum* e, portanto, a indignidade de quem aceitou a herança violando o *edictum* do pretor: sucede com o menor de vinte e cinco anos, a quem, segundo uma *constitutio* de Alexandre Severo, do ano 220, “*não prejudica a acusação de não ter vingado a morte*”³⁶; e com quem ignora a morte violenta, o edito do pretor e o *sc. Silanianum*, como refere ULPIANO: “*Se alguém tiver aberto (o testamento) ignorando que o testador tinha sido morto, não deve ficar sujeito a este edito*”³⁷; e “*tão pouco ficará obrigado se acaso o abriu não conhecendo, por ignorância ou rusticidade o edito do pretor ou o senatusconsulto*”³⁸. Observa-se, nesta matéria, que o erro de direito desculpa³⁹.

e) contestação do *status* do hereditando: trata-se de controvérsia sobre o estado de liberdade (*status libertatis*) ou de cidadania (*status civitatis*) do autor da sucessão levantada pelo sucessível a quem a herança pertenceria. ULPIANO

32 Cf. D. 29,5,5,2: “*Non alias bona publicantur, quam si constabit, esse occisum paterfamilias, et heredem ante quaestionem de familia habitam suppliciumque suntum adiisse hereditatem*”.

33 Vide *infra*, n.º 10.2; DANILO DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, cit., p. 53; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 287-293.

34 D. 36,1,3,5: “*... vel ex alia causa hereditas fisco vindicata est...*”.

35 C. 6,35,3: “*... quod tabulae testamenti patris eorum, qui a familia interfectus dicebatur, priusquam quaestio de servis habaretur, apertae et recitatae sunt, propter amplissimi ordinis consultum hereditas a fisco vindicatur...*”. Cf. também.: PS. III,5,12 a.

36 C. 6,35,6pr.: “*Minoribus viginti quinque annis heredibus non obesse crimen inultae mortis placuit*”.

37 D. 29,5,3,21: “*Si quis ignorans occisum, aperverit, non debet hoc Edicto teneri*”.

38 D. 29,5,3,22: “*Et si sciend, non tamen dolo aperverit, acque non tenebitur, si forte per imperitiam, vel per rusticitatem ignarus Edicti Praetoris vel Senatusconsulti aperverit*”.

39 Neste sentido, vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 334.

refere que “*se alguém intenta um litígio sobre a condição pessoal do testador, denega-se-lhe a reclamação do que recebia em testamento e dá-se ao fisco imediatamente*”⁴⁰. E, apreciando um caso em que um legatário pede o legado que o testador não quis que lhe fosse dado por virtude de inimizade grave entretanto surgida ou se pública e claramente o legatário disse mal do testador, refere que “*se promoveu controvérsia sobre o seu estado, se lhe denega a reclamação do que recebeu em testamento, por cujo motivo será imediatamente deferido ao fisco*”⁴¹. A doutrina diverge sobre o *status* em causa e se o motivo que inspira esta exclusão é o móbil fiscal⁴². No entanto, subjacente a esta intenção está a indignidade do herdeiro ou do legatário que determina o seu afastamento e devolve ao fisco os bens respetivos;

f) denúncia de o defunto praticar comércio ilícito: também aqui surgem dúvidas sobre se o denunciante incorre efetivamente em indignidade ou se, pelo contrário, a disposição que o beneficia é revogada. MARCIANO analisa o caso resolvido por rescrito de Alexandre Severo e Antonino Caracala que, por indignidade, considera o liberto privado do legado ou do fideicomisso deixado pelo patrono, porque, depois da morte deste, o denunciou como negociante de mercadoria ilícita⁴³. No entanto, porque, apesar de sofrer de indignidade, o denunciante pode ter obtido um prémio por ter denunciado⁴⁴, tem-se questionado a existência deste prémio que é afastado por PAULO no caso de indigno⁴⁵. Como BONFANTE observa, trata-se duma relação entre liberto e patrono que suscita um conflito entre o dever daquele para com este e para com o Estado, que aqueles Imperadores resolveram atribuindo um prémio, mas retirando o legado ou o fideicomisso⁴⁶;

40 D. 34,9,9,2: “*Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio; ex qua specie statim fisco deferetur*”.

41 D. 34,9,1,2: “*Si autem status eius controversiam movit, denegatur eius, quod testamento accepit, persecutio; ex qua specie statim fisco deferetur*”.

42 Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 334.

43 Cf. D. 34,9,1: “*Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicomisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat...*”.

44 Cf. D. 34,9,1: “*Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicomisso libertum, quae ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem eius quasi illicitae mercis negotiatorem detulerat quamvis et praemium meruit*”.

45 Cf. D. 49,24,13,9.

46 Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 334-335.

g) doação de herança durante a vida do defunto que não tem conhecimento: MARCIANO expõe o caso de uma doação dos bens de pessoa viva que ignorava ou parte dos bens de algum cognado cuja privação se funda em indignidade⁴⁷. A referência ao cognado choca, no entanto, com um texto de PAPINIANO para quem “*era sabido que era certamente nula a doação de parte dos bens de uma cognada próxima que vive e se o doador lhe sucedeu por direito pretório, devem-lhe ser negadas as ações da herança porque agiu contra os bons costumes e o direito das gentes*”⁴⁸. Ou seja, enquanto MARCIANO funda a privação dos bens doados de um cognado em indignidade, PAPINIANO considera tal doação nula e, em consequência, denega a ação ao donatário se o doador entretanto se tornou herdeiro de tal cognado. De fora, fica a doação de pessoa não cognada, só contemplada por MARCIANO, cujo doador é atingido por indignidade.

A doutrina questiona se a indignidade se deve restringir aos cognados, mas o fragmento deste juriconsulto é inequívoco: não os afasta; pelo contrário, admite-os, falando de *persona viva*. E considera interpolado o vocábulo *ignorantis* porque se trata de um requisito que surge numa *constitutio* de Justiniano⁴⁹. Ora estas fontes não falam de ignorância, mas da vontade de o defunto atribuir algum ganho e das leis que compelem os herdeiros a obedecerem às justas disposições dos testadores sob pena de perderem o *lucrum hereditatis*⁵⁰. E, também não vemos que pudesse tratar-se de interpolação justinianeia porque o relevo da *voluntas* já era considerado muito antes⁵¹. Por isso, acolhemos a opinião de BONFANTE para quem “*não há dúvida de que a indignidade foi ordenada no direito clássico*”⁵².

Também PAPINIANO apreciou o caso de uma doação de parte de bens que pertenciam a um parente próximo ainda vivo e de quem o doador sucedeu depois como cognado e “*respondeu que se lhe deviam denegar em absoluto as*

47 D. 34,9,2,3: “*Idem erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicuius cognati donaverit; nam quasi indigno aufertur*”.

48 D. 49,5,29,2: “*Donationem quidem partem bonorum proximae cognatae viventes nullam fuisse constabat, verum ei, aui donavit, ac postea iure praetorio successit, auoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit*”.

49 Cf. C. 6,42,32,2; PS. III,5,13.

50 C. 6,42,43,2: “*... cum et in leges respeximus, quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime parverint*”.

51 Vide ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Avontade e o negócio jurídico no direito romano. Breve referência aos direitos português e brasileiro em Anais do V Congresso Internacional y VIII Iberoamericano de Derecho romano. A autonomia da vontade e as condições gerais do contrato. De Roma ao direito atual*, Fortaleza, 2002, pp. 58-93.

52 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 335.

ações hereditárias, já que se tinha precipitado contra a moral e o direito das gentes”⁵³; e MARCIANO complementa, concluindo: “pois se lhe retira a herança como indigno”⁵⁴. Mais tarde, Justiniano viria a dizer que “todos os pactos desta natureza nos parecem odiosos e repletos de tristíssimas e de muito perigosas eventualidades”, questionando: “Que razão há para que, vivendo uma pessoa e sem o seu conhecimento, celebrem outras convênios pactuando sobre os seus bens?”. E determina: “Mandamos, de conformidade com as antigas regras, que os pactos como estes que se tenham celebrado contra os bons costumes, sejam completamente repelidos, exceto se aquele, sob cuja herança se pactuou, acomodar a eles a sua vontade e a preservar até ao último momento da sua vida”⁵⁵.

2. Faltas contra a vontade do defunto: Justiniano recorda as leis que compelem os herdeiros a obedecer às justas disposições dos testadores e exigem o seu cumprimento tão estritamente, que perde o ganho proveniente de herança quem desobedeceu aos seus testadores”⁵⁶. Trata-se dum princípio que justifica a indignidade de quem atenta contra a vontade do testador. Destacamos os seguintes casos:

a) acusação de falsidade de testamento ou de inoficiosidade por parte dos herdeiros legítimos. Um fragmento de PAULO aborda esta temática em diversos parágrafos, dos quais destacamos: 1) “depois de ter aceitado um legado, será lícito não só impugnar o testamento como falso, mas também sustentar que não foi feito de acordo com o direito”⁵⁷; 2) todavia, “quem, tendo conseguido um legado, disse que era falso, deverá perder o que obteve”⁵⁸. Se “o pai ou dono tiver acusado o testamento, denegar-se-lhe-á a ação também do que se legou

53 D. 39,5,29,2: “...verum ei, qui donavit, ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandae respondit”.

54 D. 39,5,30(31): “nam ei ut indigno eufertur hereditas”. Cf. também: D. 34,9,2,3.

55 C. 2,3,30: “...Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? secundum veteres itaque eegulas sancimus, omnimodo huismodi pacta, quae contra bonos mores initia sunt, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit...”.

56 C. 6,42,32,2: “Cum et in leges respeximus. quae iustis dispositionibus testatorum omnimodo heredes obedire compellunt, et sic strictius causam exigunt, ut etiam amittere lucrum hereditatis sanciant eos, qui testatoribus suis minime parverint”.

57 D. 34,9,5pr.: “Post legatum accpetum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere...”.

58 D. 34,95,1: “... Ergo qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debet, auod consecutus est...”.



ao seu filho ou escravo”⁵⁹. E “se aquele que me pediu que restituísse um legado tiver acusado de falso o testamento, deverá restituí-lo ao fisco”⁶⁰. No entanto, “perdoa-se à idade de quem acusou e principalmente se o tutor ou curador quiser acusá-lo de falso ou de inoficioso e assim responderam por rescrito os Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala”⁶¹. Finalmente, “todos os que foram repelidos como indignos têm de ser excluídos do prêmio que, segundo o edito do Divino Trajano é dado a quem denuncia”⁶². Esta indignidade atinge não só os acusadores (denunciante), mas também as testemunhas que sufragaram a acusação e, em geral, quem assistiu o acusador, como observamos igualmente em PAULO: “Mas aos que ajudaram, com o seu testemunho, a demanda do acusador deve ser-lhes denegada a ação; e isto por decreto do Divino Pio”⁶³. E “há quem opine, com razão, que se tem de denegar também a quem assistiu o acusador ou a quem por ele tenha sido fiador”⁶⁴. Do mesmo modo, na opinião de alguns juriconsultos, a indignidade atinge o Governador que “declarou falso um testamento se, mediante apelação, o herdeiro instituído ganhou”⁶⁵. Esta hipótese, suscita algumas reservas porque o Governador desempenha um *officium* que devia afastar a indignidade de quem decide. Tal como não incorrem em dignidade o tutor, o curador e o advogado do fisco que impugnem o testamento no interesse do pupilo, do menor e do fisco, como refere PAULO: “Perdoa-se a idade de quem acusou e principalmente se o tutor ou curador quiser acusá-lo de falso ou de inoficioso, e assim responderam por rescrito os Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala”⁶⁶. Relativamente à impugnação do testamento por vício formal, não é causa de indignidade, como também refere PAULO: “Quem sustentou que (o testamento) não foi feito conforme ao direito, e não venceu, não é privado do

59 D. 34,9,5,3: “Si pater accusaverit testamentum, vel dominus, denegabitur ei actio etiam eius, quod filio eius vel servo legatum est...”.

60 D. 34,9,5,6: “Si is, cui rogatus sum legatum restituere, falsum dixerit, restituere id fisco debebo”.

61 D. 34,9,5,9: “Aetati eius, qui accusavit, ignoscitur, et máxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit; et ita imperatores Severus et Antoninus rescripserunt”. Cf. também: D. 49,14,29,1.

62 D. 34,9,5,20: “Omnes, qui ut indigni repellentur, summovendi sunt a praemio, quod secundum Edictum Divi Traiani datur his, qui se deferunt”. Cf. também: D. 49,14,13,9.

63 D. 34,9,5,10: “His vero, qui testimonio suo intentionem accusatoris adiuvaverunt, deneganda est actio, idque Divus Severus decrevit”.

64 D. 34,9,5,11: “Sunt, qui putant, et recte, et ei denegandam, qui accusatori adfuit, vel fideiussor pro eo extiterit”.

65 D. 34,5,9,12: “Quidam et Presidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiavit, si appellatione intercedente heres scriptus obtinuit”.

66 D. 34,9,5,9: “Aetati eius, qui accusavit, ignoscitur, et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit; et ita Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt”. Cf. também: D. 34,9,22.

que nele lhe foi deixado”⁶⁷. De todo o modo, é evidente que a indignidade aqui abordada por PAULO tem, como causa, o desrespeito pela vontade do testador, acusando injustamente o testamento de falsidade.

Outra situação de desrespeito pela vontade do testador verifica-se também quando um filho, apesar de ter sido omitido (*praeteritio*) no testamento, pede a *bonorum possessio*, como refere MARCIANO: “*Retira-se a herança universal que passa a pertencer ao fisco, se o filho emancipado tiver pedido, como preterido, a posse dos bens do pai contra o testamento e tiver aceitado a herança por substituição do impúbere*”⁶⁸.

Segundo parece, há aqui vários momentos: 1) o filho foi omitido no testamento do pai que é obrigado a praticar a *praeteritio*, sob pena de o testamento ser inválido⁶⁹; 2) vem, depois, a ser herdeiro em substituição de um impúbere (provavelmente contemplado) nesse testamento; 3) pretende, no entanto, herdar diretamente, pedindo a herança pretória (*bonorum possessio*); 4) viola, no entanto, a vontade do pai que o afastou, omitindo-o, dessa herança. E este desrespeito implica que lhe seja aplicada a nota de indignidade;

b) injusta acusação de parto feita pelo substituto pupilar à mãe do herdeiro instituído: PAPINIANO expõe o seguinte caso: um pai substituiu o seu filho impúbere, numa parte da herança, pelos filhos do seu irmão para a hipótese de o seu filho falecer antes da puberdade⁷⁰; este faleceu e, depois da sua morte, os substitutos (seus primos) acusaram a mãe do impúbere da prática de parto, para obterem a herança legítima do seu tio paterno (pai do impúbere falecido). O jurisconsulto respondeu que aos acusadores vencidos dever-se-á retirar a parte da herança proveniente da substituição, porque não respeitaram o testamento⁷¹.

Este caso mostra que os substitutos ofenderam gravemente a mulher do testador e, porque não provaram a existência do parto, acabaram por ofender

67 D. 34,9,5,1: “*Ille, qui non iure factum contendit, nec obtinuit, non reppellitur ab eo, quod meruit...*”.

68 D. 34,9,2pr.: “*Aufertur hereditas ex asse, et ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tabulas bonorum possessionem patris ut praeteritus petierit, et ex substitutione impuberis adierit hereditatem*”.

69 Vide *infra*, n.º 10.

70 Como se sabe, ocorre a substituição pupilar quando um *paterfamilias* institui um *filius* e designa um substituto para o caso de o *filius* morrer antes de atingir a puberdade, ou seja, antes de adquirir a capacidade de testar. Se o filho morrer impúbere, serão deferidas ao substituto não só a herança do *paterfamilias*, mas também a do próprio *filius*. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 192.

71 D. 49,9,16pr.: “*Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios, coheredibus datis, substituisset, ac substituti fratris filii post mortem pueri matrem eius partus subiecti ream postulassent, ut hereditatem patri legitimam obtinerent, victis auferendam esse partem hereditatis ex causa substitutionis respondi, quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent*”.

também a memória do marido testador e desrespeitar a sua vontade, alterando o destino dos bens.

c) supressão do testamento por quem sucede *ab intestato*: esta causa de indignidade que afasta quem suprimiu ou alterou o testamento para que, como herdeiro não testamentário, pudesse ser chamado à herança e, aceitando-a, dispor dos bens hereditários, encontra-se em diversas fontes, de que destacamos:

- D. 48,10,26 (MARCELO): “*Se alguém tivesse apagado o testamento do seu pai e, como se este tivesse falecido intestado, tivesse atuado como herdeiro, justissimamente se lhe retirará ao herdeiro toda a herança*”⁷².

- D. 34,9,12 (PAPINIANO): “*... já antigamente o Senado retirou a herança, como indignos, aos herdeiros que não teriam a seu favor a última vontade. Assim julgou o Divino Marco Aurélio em relação a quem cujo nome o testador teria apagado depois de feito o testamento...*”⁷³;

- PS 3,5,13: “*A todos que atuem contra a vontade do defunto, a herança é retirada se nada no testamento foi estipulado em fraude da lei*”⁷⁴;

- D. 44,4,4,10 (ULPIANO): “*Deve saber-se ademais que se alguém pede algo, por causa de um testamento, contra a vontade (do defunto), costuma repelir-se com a exceção de dolo mau; assim, o herdeiro que não atua de acordo com a vontade do defunto é repellido pela exceção de dolo (mau)*”⁷⁵;

- D. 37,11,2,7 (ULPIANO): “*Se se apagou intencionalmente o nome do herdeiro, admite-se, sem dúvida alguma, que não pode pedir a posse dos bens, como tão pouco a pode pedir o herdeiro instituído sem a vontade do testador, pois se tem por não instituído quem o testador não quis instituir*”⁷⁶;

- D. 38,6,1,8 (ULPIANO): “*Se o testamento em que alguém foi instituído herdeiro, não é válido, quer porque foi rompido ou cancelado quer porque o testador manifestou de outro modo a sua vontade de o revogar e morrer ab*

72 D. 48,10,26: “*Si quis patris sui testamentum aboleverit, et quasi intestatus decessisset, pro herede gesserit (...), iustissime tota hereditas paterna heredi eius eripietur*”. Cf. também: D. 48,10,4.

73 D. 34,9,12: “*...heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, absulit iam pridem Senatus hereditatem ... Quod Divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat...*”.

74 PS. 3,5,13: “*Omnibus, qui contra voluntatem defuncti faciunt, ut indignis eufertur hereditas, si nihil testamentonin fraudem legis fuerit cautum*”.

75 D. 44,4,4,10: “*Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur*”.

76 D. 37.11.2,7: “*Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, bonorum possessionem petere eum non posse, quemadmodum non potest, qui heres scriptus est non consulto testatore; nam pro non scripto est quem scribi noluit*”. Cf. também: C. 6,35,4.

intestato, *há que dizer que quem obteve a posse dos bens terá aquela herança ab intestato*”⁷⁷;

- D. 28,4,1,3 (ULPIANO): “*Pode opor-se exceção a quem reclama o que se apagou, mas não aos que pedem o que se apagou inadvertidamente, podendo ler-se ou não, porque ainda que o testamento não subsista inteiro, consta que vale tudo o que se encontra escrito nele e se o testador o destruiu, se denegarão as ações, mas se foi outro contra a vontade do testador, não se denegarão*”⁷⁸.

O princípio que se retira destes textos é claro: deve cumprir-se a última vontade que o testador, manifestou no seu testamento. Por isso, se a alterou, rompendo ou apagando o nome do herdeiro instituído, este não herda. O testador pode, afastar da herança o herdeiro ou legatário por indignidade. E, se assim é, também se o próprio herdeiro (ou legatário) inutiliza o testamento para satisfazer os seus interesses, violando a *voluntas defuncti*, incorre em indignidade⁷⁹.

O respeito pela vontade do *de cuius* que pode justificar a indignidade do herdeiro ou do legatário determina também que se o testador apagou as disposições testamentárias só para morrer *ab intestato*, não existe indignidade e, em consequência, haverá lugar para a sucessão legítima, como refere PAULO citado por PAPINIANO: “*Mas se rompeu as tábuas para morrer intestado, e isto for provado por quem pretende suceder ab intestato, retirar-se-á a herança aos instituídos*”⁸⁰.

d) subtração de coisas de herança, pelo herdeiro: MARCELO refere que o Imperador recusou ao herdeiro a quarta parte da coisa que subtraiu; e diz: “*Se o de cuius tinha quatrocentos e legou este valor e se o herdeiro tivesse subtraído cem, (o herdeiro) ficará com setenta e cinco e dará duzentos e vinte e cinco aos legatários; e dos cem, que subtraiu, dará setenta e cinco aos legatários e vinte e cinco irão para o fisco*”⁸¹. Como se observa, a penalização incide sobre o bem subtraído:

77 D. 38,6,1,8: “*Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt*”.

78 D. 28,4,1,3: “*Sed consulto quidem deleta exceptione petentes repelluntur, inconsulto vero, non repelluntur; sive legi possunt, sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non extet, constat valere omnia, quae in eo scripta sunt. Et si quidem illud concidit testator denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur*”.

79 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., pp. 335 e 337.

80 D. 28,4,4: “*... Paulus notat: sed si, ut intestatus morreretur, incidit tabulas, sed hoc appobaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas*”.

81 D. 34,9,6: “*... et ideo si is, qui quadringenta habebat, universa quadringenta legavit et heres centum subtraxisset, tacentorum quartam retinebit, septuagintaquinque scilicet, et ducenta vigintiquinque*”.

nesta hipótese, no valor de cem. O texto não fala de indignidade, mas a entrega ao fisco da quarta parte da coisa subtraída justifica-se, muito provavelmente, na indignidade em que o herdeiro incorreu;

e) escusa da tutela: se alguém, nomeado tutor se escusou da tutela, “*perde o que obteve no testamento*”, observa PAULO⁸², que contempla também o caso de um legado a quem, tendo sido pedido tutor pela mãe do pupilo, preferiu escusar-se. Nesta hipótese, “*este legado, que se recusa ao tutor, não é transferível para o fisco, antes é deixado ao filho, cujos interesses foram abandonados*”⁸³. Também aqui o tutor perde o que recebeu por se afastar das funções de cuidar do pupilo. A circunstância de os bens passarem para o pupilo e não para o fisco indicia uma interpolação justinianea, como observa BONFANTE⁸⁴;

f) incumprimento de legados e fideicomissos: Justiniano reconhece o incômodo de quem é contemplado com legados e outras liberalidades que não são pagas, não cumprindo os herdeiros as determinações dos testadores. E, porque a situação de incumprimento aumentou contra o estabelecido nas leis, o Imperador determinou, em síntese, que: 1) as disposições dos testadores devem ser cumpridas, salvo se proibidas por lei; 2) decorrido um ano, o herdeiro é privado de todos os bens, ou seja, da herança; 3) havendo mais herdeiros, o que resta reverterá para os co-herdeiros; 4) se os não houver ou não aceitarem a herança, tais bens reverterem para os legatários e fideicomissários e para os escravos manumitidos no testamento; 5) se nenhuma destas pessoas referidas no testamento quiser aceitar, tais bens devem ser deferidos aos herdeiros *ab intestato*; 6) finalmente, os bens passam para o fisco⁸⁵.

Não se fala de indignidade e o fisco só é chamado a herdar em último lugar. Todavia, não é ousado pensar que o comportamento do herdeiro que,

dabit legatariis: ex centum, quae surripuit, legatariis quidem dabit septuagintaquinque, reliqua, id est vigintiquinque, ad fiscum venient”.

82 D. 34,9,5,2: “*Amittere id, quod testamento meruit, et cum placuit, qui tutor datus excusavit se a tutela...*”. Cf. também: C. 6,37,25.

83 D. 34,9,5,2: “*... Diversum puto in eo, qui legatum tantum meruit, et a madre pupilli tutor petitus excusare se maluit; hic enim nihil contra iudicium defuncti fecit. Sed hoc legatum, quod tutori denegatur, non ad fiscum transfertur, sed filio relinquitur, cuius utilitates desertae sunt*”. Cf. também: D. 27,2,1,3.

84 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 336; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 231 que considera este um dos casos erradamente considerados de indignidade, porque o legado é nulo e, portanto, o legatário sofre de incapacidade.

85 Cf. N. 1.

desrespeitando a vontade do testador, não cumpre os legados e fideicomissos, se integra em indignidade, embora mais próxima dos nossos tempos do que nas épocas clássica e pós-clássica. Contra, ENZO NARDI entende que não se trata de indignidade, porque decorrido um ano da *iudicialis admonitio*, o deixado devolvido ao desobediente se tem por não escrito⁸⁶. Mas perguntar-se-á: porquê? Haja em vista que o comportamento do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário justifica a privação dos bens que, doutro modo, lhe seriam atribuídos.

g) dolo ou violência para impedir que se faça testamento ou altere o que já foi feito: segundo ULPIANO, “*O Imperador Adriano, de consagrada memória, dispôs que se devem denegar as ações a quem, querendo ficar com a herança legítima ou testamentária, impediu que o notário entrasse onde estava quem queria fazer testamento ou alterá-lo e que, sendo-lhe denegadas as ações, a herança passará para o fisco*”⁸⁷.

No mesmo sentido, escreve PAULO: “*Se algum tivesse atuado com dolo para que não ocorressem as testemunhas e, por esse motivo, não se pudesse fazer testamento, devem denegar-se as ações a quem assim atuou, quer seja herdeiro legítimo quer tenha sido instituído em testamento anterior*”⁸⁸.

E, ainda mais claramente, uma *constitutio* de Diocleciano e Maximiano, do ano 285, determina que “é de direito muito solene que sejam excluídos do benefício da sucessão, como pessoas indignas, os que se prova que se serviram de impedimento para que não se fizesse testamento”⁸⁹.

Como se observa, é considerado indigno quem, atuando com dolo ou violência, impede alguém de fazer ou alterar o testamento, com vista a beneficiar como herdeiro legítimo ou testamentário. E, como normalmente sucede, os bens de que o indigno é privado são entregues ao fisco⁹⁰;

86 Vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 240-241.

87 D. 29,6,1pr.: “*Qui dum captat hereditatem legitimam vele x testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum, vel mutare, Divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore*”. Cf. também: D. 34,9,19.

88 D. 29,6,2pr.: “*Si quis dolo malo fecerit, ut testes non veniant, et per hoc deficiatur facultas testamenti faciendi, denegandae sunt actiones ei, qui dolo fecerit, sive legitimus heres sit, sive priore testamento scriptus*”. Cf. também: D. 29,6,3, -29,6,1,1; -31,88,4.

89 C. 6,34,2: “*Eos, qui, ne testamentum ordinaretur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri, celeberrimi iuris est*”.

90 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 205-207, para quem os meios violentos ou dolosos podem ser diversos. No entanto, todos podem ter consequências, acima de tudo penais. A partir do ano 479, o culpado é punido, por força de uma *constitutio* de Zenão (C. 6,34,4) com a *publicatio* dos bens e a *relegatio perpetua*.

h) pessoa instituída herdeira como filho, cuja paternidade foi declarada falsa depois da morte do testador: HERMOGENIANO escreve que “*se priva, como indigno, da sucessão, quem, tendo sido instituído herdeiro como filho, foi declarado falso filho (suppositus) depois da morte de quem se dizia pai*”⁹¹. Estamos perante uma situação reprimida pela *lex Cornelia testamentaria nummaria* que combateu as falsificações em que alguém se afirmava filho para, enganando o falso pai, este lhe deixasse a herança testamentária⁹². O juriconsulto afasta-o da sucessão testamentária provavelmente porque, embora pensasse que não é filho do testador, teria agido como tal para ficar com a herança⁹³;

3. Faltas contra a lei: estamos perante condutas ilegais do herdeiro que determinam a sua indignidade sucessória. Destacamos:

a) fideicomisso tácito: ocorre quando o herdeiro (fiduciário) aceitou secretamente um fideicomisso para o entregar a um fideicomissário incapaz. Nesta hipótese, GAIO observa que “*se obriga em fraude à lei quem promete tacitamente entregar à pessoa, a quem as leis proibem, a aquisição por testamento*”⁹⁴. No entanto, “*com razão se diz que se o pai fez com que um filho, que estava sob o seu poder, contraísse tacitamente a obrigação de um fideicomisso, não se deve prejudicar o filho pois tinha que obedecer ao seu pai*”⁹⁵. Ou seja, se o fideicomisso foi confiado a um filho dependente da *potestas* do pai, não será penalizado: afastada a indignidade, recebe a herança em que, como herdeiro (fiduciário), foi instituído. Não sendo o caso, o herdeiro fiduciário torna-se indigno por ter colaborado *in fraudem legi*⁹⁶.

b) convivência ilegal: referimos os casos de um magistrado que, contra a lei, contrai matrimónio com mulher da província onde exerce funções, do tutor

91 D. 49,14,46pr.: “*Aufertur ei quasi indigno successio, qui, cum heres institutus esset ut filius, post mortem eius, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est*”.

92 Vide ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Madrid, 2005, p. 864.

93 Vide ENZO NARDI, *I casi de indignità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 256-257, para quem, embora os intérpretes considerem que estamos perante um caso de indignidade, há outro fragmento (D. 37,19,1,11) que considera a instituição de quem depois é reconhecido *suppositus*, como “*pro non scripta habetur*”, ou seja, inexistente.

94 D. 34,9,10pr. “*In fraudem iuris fidem accommodat, qui vel id, quod relinquitur, vel aliud tacite promittit restitutum se personae, quae legibus ex testamento capare prohibetur...*”.

95 D. 34,9,10,2: “*Recte dictum est, si pater filii, quem in potestate habebat, tacitam fidem interposuerit, non debere id filio nocere, quia parendi necessitatem habuerit*”. Cf. também: D. 30,123,1: -35,2,59,1; -49,14,3pr.; -49,14,40pr.; -49,14,49; C. 6,50,3. Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 123.

96 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni*, cit., p. 342.

que casa com a pupila, do adúltero que desposa a adúltera e, em geral, todo o matrimónio contraído contra a lei. Nestes casos, quem agiu *contra legem* é considerado indigno e os bens hereditários que lhe coubessem passam para o fisco, como observamos em:

- D. 34,9,2,1 (MARCIANO): “*Assim mesmo, se alguém tivesse casado contra os mandatos (imperiais) naquela província em que desempenha o seu cargo, decidiram num rescrito Septímio Severo e Antonino Caracala, de consagrada memória, que não podia reter o que tivesse recebido por testamento da sua mulher; o mesmo sucede se um tutor tivesse casado com a sua pupila contra o decreto do Senado. Em ambos os casos, a herança é para o fisco, ainda que o instituído herdeiro universal a tivesse aceitado, pois se lhe confisca como pessoa indigna*”⁹⁷;

- D. 34,9,13: (PAPINIANO): “*Mévio foi condenado por cometer adultério com Semprónia e casou com ela, não tendo sido esta condenada. Ele, ao morrer, instituiu-a herdeira. Pergunto se houve matrimónio conforme ao direito e se ela pode adquirir a herança. Respondi que não vale o matrimónio nem pertence à mulher a herança, mas o que lhe deixou Mévio deve passar para o fisco. Mas também se tal mulher tivesse instituído herdeiro o seu marido, dizemos que este ficaria privado da herança como indigno*”⁹⁸;

- D. 34,9,14 (PAPINIANO): “*Uma mulher foi reconhecida ré de união ilegal com um militar; respondo-te, sem demora, que, embora o militar tivesse morrido antes do ano do seu licenciamento, ela não pode ser admitida a herdar conforme o testamento feito por direito militar e o que ele lhe deixou pertence ao fisco*”⁹⁹;

- C. 5,5,4 (*constitutio* de Valentiniano, Teodósio e Arcádio, do ano 393): “*Quem, acaso, tivesse contraído núpcias contra os preceitos das leis ou contra*

97 D. 34,9,2,1: “*Item, si quis contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia, in qua officium aliquod gerit, quod ei ex testamento uxoris acquisitum est, Divi Severus et Antoninus rescripserunt, retinere eum non posse, tanquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in dominum suam duxisset. Utroque ergo casu, et si ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco locus fit; nam quasi indigno ei auferitur hereditas*”. Cf. também: D. 23,2,63; -34,9,2,2.

98 D. 34,9,13: “*Maevius in adulterio Semproniae damnatus, eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem, qui moriens heredem eam reliquit; quaero, an iustum matrimonium fuerit, et an mulier ad hereditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare, neque hereditatis lucrum ad mulierem pertinere, sed quod relictum est ad fiscum pervenire. Sed etsi talis mulier virum heredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hereditatem auferri dicimus*”.

99 D. 34,9,14: “*Mulierem, qua estupro cónita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum, et id, quo relictum est, ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi*”.

*os mandatos e as constituições dos príncipes, não obtenha nada em virtude do mesmo matrimônio quer se tenha feito doação antes das núpcias quer tenha sido dado depois de qualquer modo e mandamos que tudo o que tivesse passado para o poder de um por liberalidade do outro, seja reivindicado pelo fisco, como retirado a um indigno ou a uma indigna...*¹⁰⁰.

- D. 34,9,2,1 (MARCIANO): “... responderam por rescrito os Divinos Severo e Antonino (Caracala) que não pode reter o que adquiriu por testamento de sua mulher, como, v.g., o tutor que tivesse tomado para mulher da sua casa a sua pupila contra o decreto do Senado (...) A herança é para o fisco, ainda que já a tivesse aceitado o instituído herdeiro universal, pois se lhe confisca como pessoa indigna”¹⁰¹.

3. Casos duvidosos: indignidade ou incapacidade?

No direito justinianeu, surgiram novos casos e foram alterados outros que se aproximam do regime da incapacidade e afastam da indignidade.

Com efeito, há situações em que as disposições testamentárias são consideradas não escritas e, portanto, o herdeiro testamentário não é chamado à sucessão nem o legatário à *res* legada. Como veremos oportunamente¹⁰², os efeitos jurídicos são profundamente diferentes e, portanto, nem sempre é correto falar de indignidade, como também nem sempre é certo falar de incapacidade. Bastará, por agora, referir que, enquanto na incapacidade a herança (ou legado) não é deferida ao incapaz, na indignidade, o indigno é herdeiro, mas não retém os bens que passam para outra pessoa e ordinariamente para o fisco, que não é considerado herdeiro.

Tudo depende, portanto, de saber se a disposição a favor do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário existe ou não, é inválida ou válida: não existindo ou sendo inválida, estaremos perante uma incapacidade; sendo válida, na presença de uma indignidade.

Em brevíssima síntese, referimos as palavras de BIONDO BIONDI, para quem “*a diversidade de regimes é tão profunda que tem uma intrínseca*

100 C. 5,5,4: “*Qui contra legum praecepta vel contra mandata constitutionesque principum nuptias forte contraxerit, nihil ex eodem matrimonio, sive ante nuptias donatum, sive deinceps quoquo modo datum fuerit, consequatur, idque totum, quod ab alterius liberalitate in alterum processerit, ut indigno indignave sublatum, fisco vindicari sancimus...*”.

101 D. 34,9,2,1: “...*Divi Severus et Antoninus rescripserunt, retinere eum non possem tamquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset (...) et si ex asse heres institutus adierit hereditatem, fisco locus fit; nam quasi indigno ei aufertur hereditas*”.

102 Vide *infra*, n.º 12.

e importante razão de ser”¹⁰³. Depois, comparando com a incapacidade testamentária passiva (*testamenti factio*, mais tarde denominada *passiva*), o Autor observa que, enquanto nesta “há o direito de crescer ou à chamada sucessiva dos substituídos ou dos herdeiros legítimos segundo a ordem legal, no caso do herdeiro indigno a herança vai para o fisco ou excepcionalmente para as pessoas indicadas na lei”; depois, ainda, “faltando a capacidade testamentária passiva, a herança não se defere e não se pode adquirir, enquanto no caso de indignidade a herança é deferida e pode ser adquirida, mas é subtraída e atribuída a outrem”; e enquanto aquela incapacidade “é absoluta, no sentido de que se refere a qualquer pessoa, a indignidade é sempre relativa a determinado herança”.

É verdade que, no direito romano, as razões que justificam a incapacidade e a indignidade podem ser – e frequentemente são – comuns. Isto não afasta a diversidade de regimes que, esta sim, é decisiva na individualização das duas figuras.

Seguindo de perto ENZO NARDI, embora nem sempre concordando, há casos tidos como indignidades que são verdadeiras incapacidades. Destacamos:

a) infieis, hereges e apóstatas: estão impedidos de dispor e de receber por testamento e também *ab intestato*. Com efeito, Justiniano determinou que “*não podem ter sucessores por testamento ou ab intestato senão os ortodoxos, nem doem ou de outro modo alienem a favor de quem não seja ortodoxo; se não que o fisco reivindica os ditos bens por providência dos bispos e governadores*”¹⁰⁴. Trata-se, na opinião de BIONDO BIONDI, duma “*legislação oscilante, tumultuária, por vezes suave, mas habitualmente áspera e ameaçadora, sugerida por particulares contingências que reclamavam a intervenção do Estado para decepar numerosas heresias que naquele tempo pululavam especialmente no Oriente*”¹⁰⁵.

Observa-se que, não existindo qualquer ofensa à integridade física ou moral do *de cuius*, estamos perante verdadeiras incapacidades determinadas por motivos de fé¹⁰⁶. E refere-se que, assim como Augusto criou incapacidades por finalidade política e social (demográfica), os imperadores cristãos utilizaram a mesma via legislativa para defenderem e afirmarem a fé ortodoxa.

103 Transcrevemos BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 15.

104 C. 1,5,17: “*Non possunt successores habere ex testamento vella b intestato, praeter orthodoxos, neque donan aut aliter alienant his, qui non sunt orthodoxi; sed fiscus ipsa vindicat providentia episcoporum et praesidium*”.

105 Transcrevemos BIONDO BINDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 22.

106 Vide, neste sentido, BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 22.

b) herdeiro que não cuida do *furiosus*: na Novela justinianeia 115,3,12, afirma-se que “*se algum estranho vir que quem sofria de loucura não era cuidado pelos seus descendentes ou pelos seus cognados ou por alguém instituído herdeiro e por misericórdia quiser cuidar dele, damos-lhe autorização para lhes dirigir um atestado por escrito para que se apressem a cuidar dele. Mas se, depois dessa denúncia, o desatenderem e se tiver provado que o estranho recolheu o furiosus em sua casa e cuidou dele, (determinamos) que entre na sua sucessão, ficando inválida, como indignos, a instituição dos que não prestaram ao furiosus os seus cuidados*”¹⁰⁷. Segundo ENZO NARDI, estamos perante um dos casos erradamente considerados de indignidade, considerando que se trata de uma incapacidade de suceder¹⁰⁸. Não a afasta a circunstância de o Imperador entender que os descendentes do *furiosus* atuaram como *indignos*, mas sim o regime jurídico: sendo a sucessão *inválida*, os seus descendentes não chegam a entrar na sucessão, mas quem dele cuidou.

c) herdeiro que não procura resgatar o autor da herança: na Novela 115,3,13, refere-se que “*se um dos ascendentes está retido em cativo e não tenha sido libertado por negligência ou menosprezo dos descendentes e tiver falecido no cativo, não permitimos que entrem na sucessão os que não se apressaram a procurar o seu resgate, atribuindo-se à igreja da cidade, de que é oriundo, todos os bens deixados por ele a todos os descendentes que sejam negligentes...*”¹⁰⁹. Também aqui Justiniano é claro: os descendentes negligentes não chegam a entrar na sucessão e a herança é atribuída à Igreja da cidade do defunto;

d) a inimizade que passou a existir entre o testador e o legatário, depois da redação do legado: segundo ULPIANO, “*se sobrevierem inimizades de morte entre o legatário e o testador e ser verosímil que o testador não tinha querido que se entregasse o legado ou o fideicomisso àquela pessoa a quem atribuiu, é melhor*

107 N.115,3,12 *in fine*: “... *Si autem aliquo furiosis morbo eum detentum extraneus aliquis viderit a suis neglectum liberis, vel cognatis, aut aliis ab eo scriptis heredibus, et pro misericordia voluerit eum procurare, damus ei licebitiam attestationem eis, qui ab intestato vel ex testamento iam facto ad furiosi hereditatem vocantur, scriptis dirigere, ut eum procurare festinent. Si autem posthuiusmodi attestationem neglexerint, et extraneus in sua domo furiosum susceptum sumtibus propriis usque ad finem vitae ipsius procurasse monstratus fuerit, eum, qui extraneus sit, ad eius successionem prevenire decernimus, evacuata institutione eorum, utpote indignorum, qui furioso, sicut diximus, curam praeverere neglexerint...*”.

108 Vide ENZO NARDI, *I casi de indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 227 e 253.

109 N. 112,3,13: “... *Si autem per liberorum negligentiam vel contentum non fuerit liberatus, et in cpativitate decesserit, illos ad successionem eius venire non patimur, qui non festinaverunt eius redemptionem procurare, sed omnibus liberis in hoc negligentibus res universas ab eodem derelictas ecclesiae civitatis, ex qua oritur...*”.

*dizer que não pode reclamar o legado*¹¹⁰. O legatário (ou o fideicomissário) não chega a receber o legado (ou o fideicomisso) e, portanto, não se lhe pode retirar o que não entrou no seu património. Por isso, esta situação cai no âmbito da incapacidade, ou, como ENZO NARDI observa, “*trata-se dum caso de revogação presumida e não duma hipótese de indignidade*”¹¹¹;

e) legatário que ocultou o testamento: Justiniano apreciou, numa *constitutio* do ano 531, o caso de um legatário que ocultou o testamento que, depois, foi descoberto, duvidando-se se o ocultador podia reivindicar o legado que lhe foi deixado. E determinou que “*se deve impedir, por todos os modos, que recolha o fruto da sua astúcia quem quis defraudar o herdeiro e que lhe seja retirado tal legado e fique em poder do herdeiro como se não tivesse sido escrito...*”¹¹². Porque não se considera escrito, o legado é como se não existisse e, portanto, não pode ser recebido pelo legatário. Trata-se, pois, duma incapacidade;

f) herdeiro ou legatário que recusa o encargo de educar o pupilo em consideração do qual foi contemplado: ULPIANO aborda duas situações: na primeira, o legatário ou herdeiro recusa cumprir o encargo de educar a pessoa que lhe foi atribuído em testamento. As ações devem-lhe ser denegadas; na segunda, em que o testador deixou o legado ou herança, mesmo sabendo que o legatário ou herdeiro recusaria o encargo, não se deverá denegar a ação, como frequentemente determinou Septímio Severo. O problema surge na primeira hipótese, havendo quem entenda que o testador deixou um legado ou herança sob a condição de o legatário ou herdeiro educar determinada pessoa. Se recusasse, a liberalidade tem-se por não escrita, ou seja, o legatário não chega a receber o legado nem o herdeiro a entrar na herança, situação que se aproxima da incapacidade sucessória¹¹³;

g) mãe cujo filho morre impúbere e, tendo aceitado a tutela legítima dos filhos, contraiu segundas núpcias contra o seu juramento e antes de ter sido nomeado outro tutor e de prestar contas: uma *constitutio* de Teodósio e

110 D. 34,9,9pr.: “*Si inimicitiae capitales intervenerunt inter legatarium et testatorem, et verisimile esse coeperit, testatorem noluisse legatum sive fideicomissum praestari ei, cui adscriptum relictum est, magis est, ut legatum ab eo peti non possit*”.

111 Vide ENZO NARDI, *I casi de indignità nel diritto successorio romano*, cit., p. 229.

112 C. 6.37,25” *Si legatarius celarevit testamentum, et postea hoc in lucem emergerit, an posset legatum sibi relictum is, qui celaverit, ex eo testamento vindicare, dubitabatur. Quod omnimodo inhibendum esse censumus, ut non accipiat fructum suae calliditatis, qui heredem voluit hereditate defraudare; sed huiusmodi legatum illi quidem auferatur, maneat autem quasi pro non scripto apud heredem...*”.

113 Neste sentido, vide ENZO NARDI, *I casi de indignità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 237-238.

Valentiniano, do ano 439, determinou que “*se denegue à mãe toda a sucessão*”¹¹⁴. Recusada a sucessão, a mãe parece penalizada como incapaz de herdar do seu filho¹¹⁵.

h) viúva que não observa o ano de luto, desposando ou parindo antes deste tempo um filho concebido depois da morte do marido: segundo uma *constitutio* dos Imperadores Graciano, Valentiniano e Teodósio, do ano 380, “*se alguma mulher não tiver guardado ao seu anterior marido, por antecipação de outras núpcias, a consideração do luto, seja infame por lei (...) ademais (...) fique privada de todas as heranças, legados e fideicomissos deixados por última vontade e das doações por causa de morte. Porque ordenamos que estes direitos sejam reivindicados pelos herdeiros ou co-herdeiros ou por quem suceda ab intestato...*”¹¹⁶. Também aqui o afastamento de todas as heranças, legados e fideicomissos (*omnium hereditatum, legatorum, fideicommissorum*) e não de determinada herança, legado ou fideicomisso indicia que se trata de incapacidade ditada por um comportamento que aqueles Imperadores consideram violador dos costumes que se propõem corrigir¹¹⁷;

i) a mãe que não providencia no sentido de serem nomeados tutores idôneos aos seus filhos e estes vêm a morrer impúberes: segundo MODESTINO, o Imperador Alexandre Severo determinou, numa epístola, o seguinte: “*Quero, por todos os meios, auxiliar os pupilos, como é próprio da administração pública. Por conseguinte, a mulher que não tivesse pedido tutores idôneos para os seus filhos ou, por serem escusados ou repelidos não tivesse dado seguidamente os nomes de outros, não tenha direito de reclamar os bens dos filhos intestados*”¹¹⁸. A recusa do direito de reclamar os bens dos filhos revela alguma ambiguidade: a mãe pode ter direito à herança do filho e ser-lhe recusada a *hereditatis vindicatio*. Nesta hipótese, estaríamos perante o instituto da indignidade, na qual existe herdeiro, mas não pode deter os respetivos bens. Na segunda hipótese, a recusa da reivindicação da

114 Cf. C. 6,56,6.

115 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 246-247.

116 C. 5,9,1: “*Si qua mulier nequaquam luctus religionem prori viro nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo sit infamis (...) omnium praeterea hereditatum, legatorum, ideicommissorum, suprema voluntate relictorum, mortis causa donationum sit expers. Haec manque ab hereribus vel coheredibus aut an intestato succedentibus vindicari iubemus...*”.

117 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 247-248.

118 D. 26,6,2,2: “*omnem me rationem adhibere subveniendis pupillis, cum ad curam publicam pertineat, liquere omnibus volo; et ideo quae mater vel non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina dederit, ius non habeat vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum*”. Cf. também: N. Th. 11.

herança justifica-se pela incapacidade que priva a mãe da condição de herdeira. ENZO NARDI entende que as palavras usadas pelo Imperador “*indicam, de modo técnico, a perda da capacidade de suceder*”¹¹⁹.

4. Efeitos:

4.1 Princípio *indignus potest capere, sed non retinere*

Na indignidade, a pessoa contemplada com a oferta (*delatio*)¹²⁰ da herança, de legado ou de fideicomisso é chamada a manifestar a sua vontade de aceitação ou recusa, salvo se tratar, como veremos oportunamente, de herdeiro necessário¹²¹. E, se optar pela aceitação, a sua posição de herdeiro consolida-se e jamais se perderá: *semel heres, semper heres*, como esclarece PAULO quando, a propósito de quem se tornou indigno por ter aceitado um fideicomisso secreto contra a lei que proíbe a sua aquisição e, em consequência, se tornou indigno, respondeu que “*quem se presta a cumprir um fideicomisso em fraude à lei se torna herdeiro mediante a aceitação e não deixa de o ser, ainda que fique sem aquilo que, com esse fim, lhe foi deixado*”¹²².

119 Vide ENZO NARDI, *I casi de indignità nel diritto successorio romano*, cit., p. 249.

120 A *delatio* é a oferta da herança que surge imediatamente após a morte do *de cuius*. Segundo RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3.ª ed., Valência, 2004, p. 702, delação “*procede de deferre (= oferecer) e, daí, que a doutrina fale em herança deferida ou oferecida e, em concreto, de delação – delatio – para referir a chamada do herdeiro para que aceite a herança*”. Ainda segundo este Autor, (p. 703), “*a delação vem a ser uma situação de “possibilidade” que se converte em situação de atualidade com a aquisição*”. Vide também A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 49, que define a delação como “*o chamamento de uma ou mais pessoas para adquirir a herança que lhes é deferida ou oferecida. Constitui a causa ou base jurídica da aquisição*”. Cf. também TERÊNCIO CLEMENTE (D. 50,16,151) para quem “*entende-se delata a herança que alguém pode obter, aceitando-a*”. Nas palavras de MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milão, 1990, p. 681, pressuposto essencial da capacidade de suceder, seja de herança, legado ou fideicomisso, “*é que a delação hereditária ocorra a favor de pessoa viva no momento da morte do hereditando: quem pré-morreu ao de cuius não pode beneficiar duma relação nem isto pode suceder a favor de quem não nasceu ainda em tal momento*”, embora, nesta última hipótese, haja “*exceções a favor de quem está concebido no momento da abertura da sucessão*”.

121 Vide, entretanto, RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 701 que distingue os herdeiros em: necessários (adquirem automaticamente a herança depois do falecimento do *de cuius*, sem necessidade de aceitação nem possibilidade de renúncia); e estranhos ou voluntários (herdeiros que não estavam sob a *potestas* do testador e adquiriam a herança de forma voluntária, prévia delação e mediante aceitação. Vide também: A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.ª, ed., Turim, 1982, p. 679; e SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., p. 229.

122 D. 28,6,43,3: “*... Respondi, qui in fraudem legum fidem accomodat, adeundo heres efficitur, nec*

Todavia, porque a sua conduta para com o autor da sucessão ou familiares próximos é muito grave, o direito não permite que goze e disponha desses bens: vigora o princípio enunciado por CUJÁCIO, segundo o qual “*indignus potest capere sed non retinere*”¹²³. Ou seja, a indignidade pressupõe, num primeiro momento, a capacidade do herdeiro, do legatário ou do fideicomissário e, conseqüentemente, a validade da sucessão¹²⁴.

Tais bens de que o herdeiro, o legatário ou o fideicomissário é privado passam para a esfera patrimonial do *aerarium* e (a partir do Imperador Antonino Pio) para o *fiscus*¹²⁵ ou para outras pessoas legalmente autorizadas¹²⁶.

4.2 A quem aproveita a indignidade

Como se observou, a pessoa indigna não deixa de ser herdeira, legatária ou fideicomissária. A herança, legado ou fideicomisso é-lhe oferecido (*delatio*) e o contemplado pode aceitar (exceto se herdeiro necessário) ou renunciar. Quer aceite, quer renuncie, os bens deixados pelo autor da sucessão serão atribuídos à pessoa prevista na lei ou, ordinariamente, ao fisco¹²⁷. Na primeira hipótese,

desinet heresesse, licet res, quae ita relictæ sunt, auferuntur...”. Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.^a ed., Turim, 1982, p. 675; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 329; e PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 283.

123 Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Saragoça, 1991, p. 630; BIONDO, BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 17 e 19; e MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 329.

124 Não assim na incapacidade que determina a exclusão daqueles e a chamada à sucessão dos outros coherdeiros, co-legatários ou co-fideicomissários previstos no testamento ou dos restantes herdeiros situados na ordem sucessória hierarquicamente consagrada no *ius civile* e no *ius praetorium*. Vide ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 725 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 47.

125 Vide ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 727.

126 Servem de exemplo as pessoas que prestam assistência ao *furiosus* ou procuraram resgatar o *captis* da prisão. Cf. N. 115,12-13. Vide *supra*, n.º 3.

127 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 16; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 282; ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, 6.^a ed., Nápoles, 1981, p. 404; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 630-631; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Diritto romano*, cit., p. 777; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 685; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 675; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 329; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 843; MANUEL AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucesório que decide Marco Aurélio em Labeo 34*, 1988, pp. 20 e 23; CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, cit., p. 336; PIETRO BONFANTE, *ibidem* cit., p. 282; ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., pp. 724-725; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 737; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

os bens adquiridos pelo indigno devem ser restituídos; se não aceitou, passam diretamente a essas pessoas ou ao fisco¹²⁸.

Tudo o que o indigno (herdeiro, legatário ou fideicomissário) adquiriu é atribuído ao fisco juntamente com as obrigações que oneram a herança, legado ou fideicomisso, embora o fisco só responda na medida do ativo¹²⁹. Ao mesmo tempo, são denegadas ao indigno as correspondentes *actiones*¹³⁰ e concedidas ao fisco.

Se o herdeiro aceitar a herança, verificar-se-ão todas as consequências da aceitação: v.g., a confusão das relações ativas e passivas que porventura existam entre o hereditando¹³¹ e o indigno e a extinção das servidões¹³². E passam definitivamente para o indigno e os elementos extrapatrimoniais da herança, como os sepulcros e os antigos *sacra*¹³³.

No entanto, os romanistas insistem¹³⁴ que, depois da aceitação – que pressupõe a capacidade e a oferta (*delatio*) –, o *indignus* não deixa de ser herdeiro, condição que, por efeito do princípio já referido¹³⁵, não se transmite ao fisco ou à pessoa contemplada pela lei¹³⁶. E, mesmo que não aceite, porque a *delatio* é feita ao indigno e não ao fisco ou às pessoas consideradas na lei, nem aquele nem estas se tornam herdeiras. Importante é a *delatio* e não a aceitação (*aditio*) ou, por outras palavras, o direito do fisco (ou das pessoas referidas) surge no momento da *delatio* e, por isso, não cessa se o indigno renunciar ou morrer depois da delação, mas já se extingue se morrer antes¹³⁷.

128 Vide também ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 337.

129 Cf. D. 34,9,18,1; -34,9,16,2. Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 352 para quem, sendo a herança danosa, o fisco devia proceder à venda dos bens no interesse dos credores com base em inventário que não podia faltar. Ainda segundo este Autor (pp. 352-355), ao receber a herança, o fisco é obrigado a prestar os legados (C. 6,50,3; D. 28,5,9; -30,50,2), a cumprir os fideicomissos (Cf. 36,1,3,5; -29,6,2,2), a dar a liberdade prevista no testamento (D. 29,5,9; -40,5,12,1; -49,14,14; C. 6,35,4) e a assegurar, até onde for possível, a execução da vontade do *de cuius* que se traduzisse num ónus ao indigno (D. 34,9,5,4).

130 Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 675.

131 Cf. D. 34,9,17. Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 352-355.

132 Nesta caso, se por confusão perdeu um direito de servidão ou de crédito, escreve BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI, *Le successioni*, cit., p. 283, “o dano é seu, enquanto não devia aceitar; não tem lugar a restituito in integrum a seu favor; enquanto, como indigno, não a merece”: D. 34,9,8.

133 Cf. D. 11,7,33. Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 282.

134 Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 283 e 286; e ENZO NARDI, *ibidem*, p. 728.

135 Vide *supra*, n.º 10.1.

136 Vide ainda ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 329-330.

137 Neste sentido, vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 283.

O direito de o fisco se apoderar dos bens subtraídos ao indigno denomina-se *ereptio*, *ereptum* ou *ereptorium*¹³⁸ e o seu exercício (*aufferre*) é facultativo. Discute-se a natureza jurídica da *ereptio*, mas entende-se que não tem as características de pena, porque: 1) não é cominada por norma penal nem resulta de sentença penal; 2) tem por finalidade a eliminação de uma vantagem patrimonial não merecida e, portanto, não causa dano ao indigno; 3) não é direito de realização obrigatória, mas facultativa, podendo o indigno evitá-lo, renunciando ao deixado; 4) só atinge quem materialmente provocou a indignidade; 5) não se extingue com a morte que, pelo contrário, extingue o crime eventualmente cometido¹³⁹.

4.3 Restituição de frutos e juros

Relativamente à restituição dos frutos e dos juros a que haja lugar, o indigno é equiparado a possuidor de má fé, como a propósito de quem, agindo em fraude à lei, aceitou um fideicomisso tácito, escreve PAPINIANO: “*deve restituir também os frutos que percebeu antes de o litígio ter sido promovido, porque não parece ter sido um possuidor de boa fé, seguindo o exemplo das heranças reclamadas pelo fisco*”¹⁴⁰. E, no mesmo sentido, determinaram os Imperadores Alexandre Severo e Antonino Caracala, numa *constitutio* de 204: “*Os herdeiros, que constar deixaram de vingar a morte do testador, sejam obrigados a restituir integralmente os frutos, porque não se considera que foram possuidores de boa fé antes de promovida a controvérsia...*”¹⁴¹.

Em consequência, se o indigno tiver vendido ou consumido os frutos, deverá restituir o preço, como observamos em PAULO: “*... depois de intentado o litígio sobre um fideicomisso tácito, respondi que devem ser restituídos os preços recebidos na venda dos frutos, com juros, isto é, de todos os frutos cujos preços tenham sido cobrados, e se os frutos foram consumidos, bastará que se restitua o seu valor...*”¹⁴².

138 Segundo ENZO NARDI, *ibidem*, p. 83, o vocábulo *ereptorium*, que apenas surge em ULP. 19,17, não pode ter o significado técnico pretendido.

139 Seguimos ENZO NARDI, *ibidem*, p. 319.

140 D. 34,9,18: “*Eum, qui tacitum fideicomissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, auos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonae fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum*”.

141 C. 6,35,1: “*Heredes, quos necem testatoris inultam omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse...*”. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – VI (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

142 D. 34,9,18pr.: “*...Post motam de tacito fideicomisso controversiam, ante pretia fructum percepta cum usuris esse restituenda respondi; sed omnium fructuorum, auorum pretia percepta fuerant, quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit...*” Cf. também: C. 6,35,1pr. Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 340-345.

5. Atuação do fisco. Ação declarativa

Com a indignidade, surge, como já observamos¹⁴³, o direito (*ereptio*, *ereptum*, *ereptorium*) de o *aerarium* (depois, o *fiscus*) se apoderar dos bens deixados ao indigno, que deve ser exercido a partir da oferta (*delatio*) a este. Mas o indigno (herdeiro, legatário, fideicomissário) está exposto à *ereptio* do fisco que os pode retirar das mãos do indigno ou de quem por morte, lhe suceder¹⁴⁴. Para exercer este direito, o fisco deve, em primeiro lugar, verificar se existe a indignidade, ou seja, se alguma das causas previstas na lei se verificou. Para este efeito, cabe ao representante e defensor legal do fisco (*advocatus fisci*) promover o procedimento judicial, após denúncia (*nuntiatio*) que pode ser feita pelo próprio indigno ou por outra pessoa¹⁴⁵.

Proposta a ação contra o pretense indigno, este pode contestá-la, invocando que não existe a causa de indignidade de que é acusado¹⁴⁶. O foro situava-se em Roma e os juízes eram provavelmente os *praefecti aerari*, mesmo depois da transferência do *aerarium* para o *fiscus*¹⁴⁷.

ENZO NARDI, entende que o processo devia ter caráter administrativo-fiscal e tramitava na forma da *cognitio extra ordinem*. E, na ação, provavelmente *in rem*¹⁴⁸, o *aerarium* (e depois o *fiscus*) devia invocar o seu direito (*ereptio*), que passava pela prova de que o demandado incorreu em indignidade.

Se a acusação fosse provada, o demandado declarado indigno¹⁴⁹ podia apelar, nos primeiros tempos (quando o eripiente era o *aerarium*), para o Senado; e depois, quando o *fiscus* substituiu o *aerarium*, para o Príncipe¹⁵⁰ que habitualmente delegava num funcionário e, com o tempo, no *comes sacrarum largitionum*¹⁵¹.

No século IV, os constantes abusos cometidos nos processos fiscais determinou uma reação legislativa que limitou e depois retirou o direito de apelo. No entanto, os Imperadores reafirmaram expressamente o direito de apelo em

143 Vide *supra*, n.º 4.2; e também ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 293 e 305.

144 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 292.

145 Cf. D. 49,14,1pr.

146 Cf. D. 28,4,3pr.

147 Cf. D. 28,4,3pr.; -34,9,12.

148 Vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 314-315, que cita as seguintes fontes: C. 6,35,3; -6,35,4; D. 5,2,8,14; -34,9,21; -36,1,3,5; -40,5,12,2; -48,20,7,4; -49,14,14; GAIO 4,5. Vide também PASQUALI VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576.

149 Cf. D. 34,9,3.

150 Cf. D. 34,9,5,15. Vide MANUEL AMAYA CALERO, *Un famoso pleito successorio que decide Marco Aurélio*, cit., p. 20.

151 Vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 316.

matéria de indignidade, como observamos na *constitutio* do imperador Constâncio, do ano 355: “*Se alguém tiver crido que devia apelar da sentença proferida sobre bens vacantes e bens que, por disposição das leis, se retiram aos indignos, deverá ser admitida a sua manifestação*”¹⁵².

Ou seja, e em brevíssima conclusão, o direito romano conferia a quem fosse acusado de comportamento indigno a necessária proteção: a indignidade devia ser declarada em tribunal; o demandado podia provar a sua inocência; e, mesmo declarado indigno, podia apelar para o tribunal do Imperador. Só depois de dissipadas as dúvidas, o fisco podia apoderar-se dos bens, exercendo o seu direito (*ereptio, ereptorium*). Antes da sentença final, não havia indignidade.

6. Fundamento

Produzindo a indignidade efeitos graves, só uma causa igualmente grave a pode justificar. Por isso, se justifica o interesse do legislador na defesa dos valores por que se pauta a vivência na sociedade romana. Também por isso se justifica o caráter taxativo dessas causas e a necessidade de tais comportamentos deverem ser provados em tribunal. E, do mesmo modo, se justifica que a indignidade constitua um instituto que se foi desenvolvendo ao longo dos tempos – mesmo no direito romano justinianeu¹⁵³ – com base em casos singulares que se tornaram sempre mais numerosos¹⁵⁴.

É fácil observar que repugnaria à consciência social o comportamento de um herdeiro, legatário ou fideicomissário que assassina o autor da liberalidade (herança, legado ou fideicomisso), atenta contra a sua vida ou ofende a sua integridade física ou moral¹⁵⁵. Por isso, os bens deixados pela pessoa ofendida

152 C. 7,62,22: “*Lata sentantia, quae pertinet ad bona vacantia et ad ea quae indignis legibus cogentibus auferuntur, si quis putaverit provocandum, vox eius debebit admitti*”.

153 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 22; ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 16; e MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 842.

154 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 15; ENZO NARDI, *ibidem*, p. 11; e MAX KASER, *Derecho romano privado*, trad. espanhola da 5.ª ed. alemã por José Santa Cruz Teijeiro, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 328; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 737; A. FERNANDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, Madrid, 1991, p. 328; MANUEL AMAYA CALERO, *Un famoso pleito sucesório que decide Marco Aurelio*, cit., p. 23; ENZO NARDI, *Trittico indignitario*, cit., p. 727 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 275-280; e REMO MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Silanianum*, cit., pp. 63-65.

155 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 17; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI, Le successioni*, cit., p. 282; ENZO NARDI, *ibidem*, p. 70; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 685; EDOARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 703; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

são retirados ao autor da ofensa, como exigência profundamente ética.

E também por isso se justifica que, perdoado pela pessoa ofendida, o indigno recupere integralmente a sua posição sucessória: pode reter o que adquiriu.

Mas a indignidade pode cumprir simultaneamente outra função, como, v.g., reforçar a sanção jurídica de algumas obrigações ou tornar jurídico um dever, que observamos na obrigação de vingar o homicídio do hereditando, de não dificultar a investigação dos escravos do testador e de certas pessoas não contraírem matrimónio entre si¹⁵⁶.

O que não parece certa é a consideração de que os casos de indignidade foram determinados por motivos fiscais. Haja em vista que, mesmo quando o fisco intervém para retirar os bens ao indigno, age para tutelar a moral pública e, frequentemente, também para respeitar a vontade e a memória dos testadores¹⁵⁷.

7. Natureza jurídica

Não tem sido fácil determinar a natureza da indignidade sucessória que persiste mergulhada em confusão alimentada quer pela deficiente sistematização das fontes, quer pela ausência de uma expressão técnica, quer pela interpolação das fontes¹⁵⁸.

Os romanistas faltam de heterogeneidade¹⁵⁹, da ausência duma figura orgânica que impossibilita a observação de um fio condutor no seu desenvolvimento que dificulta a reconstrução dogmática unitária e, por isso, parece vã a tentativa de distinguir entre a verdadeira e a falsa indignidade¹⁶⁰.

No entanto, não têm faltado esforços no sentido de determinar a sua natureza, procurando, sobretudo, destacar o seu elemento constante. Assim, BIONDO BIONDI vê na subtração (*ereptorium*) ao indigno e correspondente atribuição (*aufferre* ou *eripere*) ao *aerium* (primeiro) e ao *fiscus* (depois) os elementos que, na grande heterogeneidade dos casos, podem permitir caracterizar a natureza do instituto da indignidade¹⁶¹. Também MARIO TALAMANCA, que observa na indignidade uma categoria de contornos menos claros do que a incapacidade,

156 Vide BIONDO, BIONDI, *ibidem*, p. 15.

157 Neste sentido, vide ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 43-44.

158 Vide EDOARDO VOLTERRA, *ibidem*, p. 703; ENZO NARDI, *Leggendo una recensione em SDHI VI*, 1940, p. 395, *Trittico indignitario*, cit., p. 724 e *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 11-40; e MARIO LAURIA, *Nardi, E., I casi d'indegnità nel diritto successorio romano em SDHI VI*, 1940, p. 188.

159 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 15;

160 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 16; e ENZO NARDI, *Leggendo una recensione*, cit., p. 396.

161 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 16 que, no entanto, não ignora que, por vezes, outras pessoas são chamadas, como sucede, v.g., com quem presta assistência ao *furiosus* ou procura resgatar o prisioneiro.

nota na uniformidade de efeitos os traços que aproximam os diversos casos de indignidade: a *ereptio* dos bens que o *indignus*, capaz de suceder e de adquirir deve sofrer a favor primeiro do erário e depois do fisco¹⁶². Por sua vez, MAX KASER vê a nota comum da indignidade no facto de o indigno conservar a condição de herdeiro e a capacidade de adquirir, mas o adquirido, uma vez estabelecida a indignidade, ingressa no *aerarium* e, mais tarde, no *fiscus*¹⁶³. ENZO NARDI vê, ao lado de elementos particulares, mutáveis, elementos constantes e, portanto, essenciais: 1) o deixado a Caio pelo hereditando Tício; 2) a inoportunidade de Caio obter ou conservar todos ou parte dos bens; 3) uma norma que reconhece tal inoportunidade e legitima o fisco a retirar ao sucessor os bens que não merece¹⁶⁴. E PIETRO BONFANTE considera a indignidade um instituto pelo qual a herança deferida e eventualmente adquirida é subtraída ao chamado por motivos morais. Não suspende a delação nem impede a aquisição¹⁶⁵.

Em conclusão, podemos retirar dos Autores romanistas a ideia de que a indignidade no direito sucessório romano é um instituto que, sem privar o indigno da sua posição jurídica de herdeiro, de legatário ou de fideicomissário, e, portanto, sem as transmitir ao fisco – que nem é herdeiro nem legatário nem fideicomissário – lhes retira os bens adquiridos por virtude de comportamento imoral, bens esses que passam para o erário (primeiro) e para o fisco (depois), quando a lei não os transmite a outras pessoas. Deste modo, a *indignitas* impõe ao indigno uma verdadeira sanção civil¹⁶⁶.

8. Reabilitação

A doutrina romanista questiona se o direito romano admitiu a reabilitação do herdeiro. Há quem responda afirmativamente, invocando sobretudo um texto em que MARCIANO escreve: “*É indigno, como sentenciou Antonino Pio, de consagrada memória e Marcelo refere, quem se provou, com absoluta clareza, que tinha atuado de tal maneira que a sua mulher, que o tinha instituído herdeiro, morrera por sua negligência e culpa*”¹⁶⁷.

162 Vide MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 685.

163 Vide MAX KASER, *Derecho privado romano*, cit., p. 329.

164 Vide ENZO NARDI, *I casi i indegnità nel diritto successorio romano*, cit., pp. 41-42.

165 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI, Le successioni*, cit., p. 282.

166 Neste sentido, vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 630; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 45.

167 D. 34,9,3: “*Indignus esse Divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus (...) refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moretur*”.

Todavia, este fragmento não se ocupa da reabilitação, limita-se a declarar indigno quem, com culpa ou negligência, contribui para a morte da mulher que o instituíra herdeiro¹⁶⁸.

Mais: a dimensão pública da censura dos comportamentos considerados indignos parece afastar a ideia de perdão e, por isso, há quem entenda que a reabilitação é contrária à natureza da indignidade¹⁶⁹. Trata-se, no entanto, duma posição não sustentada nas fontes, que pode revelar a falta de *pietas* que o direito romano por vezes acolheu.

II FIGURAS PRÓXIMAS

1. Incapacidade

9. Capacidade e incapacidade sucessória

9.1 Nota prévia

Para que a sucessão hereditária seja possível, é necessário que o *de cuius* e o *heres* tenham capacidade jurídica. Os juriconsultos romanos não elaboraram uma doutrina sobre a capacidade e tão pouco utilizaram uma terminologia adequada na sucessão *ab intestato*¹⁷⁰. Dispomos, no entanto, de várias disposições sobre a capacidade do *de cuius* e, sobretudo, do herdeiro que, justificadas por diversas contingências políticas, variaram ao longo dos tempos¹⁷¹.

9.2 Sucessão legítima (*ab intestato*)

9.2.1 Capacidade ativa

Neste âmbito, o problema da capacidade jurídica do *de cuius* não parece difícil: sendo pressuposto da lei, deve ser livre, cidadão romano e *sui iuris*. Ou seja, deve ter o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*¹⁷².

168 Neste sentido, vide ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 55.

169 Neste sentido, vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 56.

170 Ide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 1-2 para quem, citando BONFANTE, “a doutrina é vastíssima e intrincadíssima à volta da determinação da capacidade do *hereditando* e sobretudo do herdeiro”.

171 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondaentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 2.; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano- V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 29-30.

172 Seguimos A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 30-32. Vide também: BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 1-5;

Estes requisitos variaram ao longo da história. Em relação ao *status libertatis*, que ainda aparece confirmado numa *constitutio* de Diocleciano, do ano 294¹⁷³, ainda se mantém firme no direito justinianeu, com uma exceção: os escravos públicos gozam da faculdade de disporem *mortis causa* de metade dos seus bens, como refere ULPIANO: “*Os escravos públicos, do povo Romano, têm o direito de fazer testamento em metade dos seus bens*”¹⁷⁴.

Quanto ao *status civitatis*, só os cidadãos romanos podiam ter herdeiros, segundo o *ius civile*. Os estrangeiros podiam tê-los segundo as leis dos seus Estados¹⁷⁵, mas esta incapacidade relativa ao direito romano foi eliminada no ano 212 por efeito da *constitutio Antoniniana* que estendeu a cidadania romana a todos os habitantes do Império: doravante, a sua capacidade é regulada unicamente pelo *ius romanum*, a que todos os habitantes do Império estão sujeitos.

E em relação ao *status familiae*, inicialmente só o *paterfamilias* podia ter herdeiros por seu o único titular de relações jurídicas patrimoniais.

O *filiusfamilias* não gozava de capacidade porque as suas aquisições pertenciam ao seu *paterfamilias*. Todavia, com a progressiva dissolução da família patriarcal, este princípio acabou por ser superado, assinalando-se, como momento importante, o reconhecimento, por Augusto, dos *peculia*, que implicou a concessão, aos *filiifamilias*, da capacidade de disporem por testamento. Também a capacidade de terem herdeiros legítimos se impôs paulatinamente a partir do século IV: no ano 426, os Imperadores Teodósio II e Valentiniano III determinaram que se um *filiusfamilias* deixasse *fili*, estes seriam os seus herdeiros, ficando o *paterfamilias* apenas com o direito de usufruto¹⁷⁶. E Justiniano generalizou o novo princípio, admitindo que os *filiifamilias* podiam ter herdeiros *ab intestato*, extinguindo-se, portanto, a antiga incapacidade¹⁷⁷.

Foram, no entanto, introduzidas novas causas de incapacidade por disposições legislativas especiais, como sucedeu, v.g., com o condenado a deportação que não pode ter herdeiros, sendo os seus bens adquiridos pelo fisco¹⁷⁸.

PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, 5.^a ed., Milão, 1996, pp. 572-573; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 838, PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 474; e CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, cit., p. 335.

173 Cf. C. 6,59,4.

174 ULPIANO, 20,16: “*Servus publicus populi Romani partis dimidiaie testamenti faciendi habet ius*”.

175 Cf. ULPIANO, 20,14.

176 Cf. C. Th. 8,18.

177 Cf. N. 118.

178 Cf. D. 48,20,7,5.

Manteve-se a incapacidade dos *dedicii aeliani* que não podiam ter herdeiros, sendo os seus bens adquiridos, *ure peculii*, pelos seus patronos¹⁷⁹.

Quanto à capacidade das pessoas jurídicas de terem herdeiros, está excluída pela sua própria natureza e só num caso especial se fala de sucessão legítima; se tiver libertos, à morte destes, a pessoa jurídica adquirirá os seus bens. Trata-se, o entanto, duma exceção à incapacidade sucessória passiva.

Posição especial foi reconhecida ao cidadão romano capturado pelo inimigo, que faleceu no cativeiro. Tornando-se escravo do inimigo, perdeu o seu *status libertatis* e, portanto, tornou-se incapaz de ter herdeiro. Todavia, por disposição da *lex Cornelia*, fingia-se que tinha morrido no momento em que foi capturado e, portanto, quando ainda era livre; em consequência, a sua sucessão podia ser aberta e chamados os herdeiros não testamentários, se não tivesse feito testamento.

Finalmente, enquanto a capacidade do hereditando se exige no momento da morte, a do herdeiro deve existir continuamente no momento da delação e da aceitação¹⁸⁰.

9.2.2 Capacidade passiva

Relativamente à capacidade de ser herdeiro *ab intestato*, não constitui problema porque a própria lei o chama e, portanto, supõe a sua capacidade sucessória¹⁸¹: v.g., os *sui*, o *adganatus* próximo e os *gentiles*, que a Lei das XII Tábuas considera herdeiros, não podem deixar de ser livres, cidadãos romanos e *sui iuris*¹⁸².

Consideração especial merece o *nasciturus*, cuja capacidade não se questiona por ainda não existir. Os juristas romanos preocupavam-se apenas com a sua existência e, por isso, CELSO referia que “o concebido se considera que, de certo modo, já existe”¹⁸³; e, no mesmo sentido, afirmava JULIANO: “Os que estão no útero, reputa-se, em quase todo o direito civil, que são como nascidos.

179 Cf. GAIO 3,74-76.

180 Cf. GAIO 3,13; I. 3,2,6; PS. IV,10,3; D. 38,7,1,4; -38,16,2,5,6. Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 275, que fala duma leve mitigação: o *servus poenae* pode suceder *ab intestato*, apesar de ser incapaz no intervalo entre a delação e a aceitação: D. 38,17,4. Vide também PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573.

181 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 5.

182 Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 36-41 [onde são referidas: a) as pessoas físicas já nascidas; b) as pessoas ainda não nascidas (*nasciturae*); c) as cidades; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736.

183 D. 38,16,7: “...quia conceptus quoadmodo in rerum natura esse existimatur”.

*Porque a estes se restituem também as heranças legítimas...*¹⁸⁴.

9.3 Sucessão testamentária

9.3.1 Capacidade ativa

Como observou BIONDO BIONDI, “*enquanto qualquer sujeito de direito pode ter herdeiros e ser herdeiro ab intestato, nem todos os sujeitos de direito podem dispor ou receber por testamento. Por isso, enquanto os Romanos não têm um termo para indicar a capacidade de ter e de ser herdeiro ab intestato, há um termo técnico para indicar a capacidade testamentária: testamenti factio*”¹⁸⁵ que, a partir das escolas medievais, tem sido dividida em ativa e passiva¹⁸⁶,

GAIO é muito claro: “*Se quisermos saber se um testamento é válido, devemos advertir, primeiro, se quem o fez tinha a faculdade de testar (testamento factio); se a tinha, devemos indagar, seguidamente, se o faz conforme às regras do direito civil, excetuando o caso dos militares a quem, por motivo da sua ignorância, se permite testar na forma que quiserem e possam*”¹⁸⁷.

Em termos gerais, não basta ser sujeito de direito, já que o testamento exige a capacidade de agir ou negocial. Mas há restrições especiais sugeridas por razões particulares: nem todas as pessoas podem dispor por testamento¹⁸⁸.

Na verdade, afastado o *paterfamilias* cuja capacidade testamentária não suscita nenhuma dúvida desde que tenha alcançado a puberdade¹⁸⁹, a menos

184 D. 1,5,26: “*Qui in utero sunt, in todo paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituuntur...*”. Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 6.

185 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 1, 6 e 7; e VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 599, que refere, como pressuposto essencial de que depende o reconhecimento da *testamenti factio* (ativa e passiva), a *ciudadania romana*. O Autor não considera a liberdade, porque os escravos podem ser instituídos herdeiros, embora a aceitação dependa de prévia autorização (*iussum*) do *dominus* e MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 836.

186 Vide MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 317; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 734; e PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573.

187 GAIO 2,114: “*Igitur, si quaeramus an valeat testamentum, inprimis advertere debemus an is qui id fecerit, habuerit testamenti factionem; deinde, si habuerit, requiremus an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam inperitiam (...) quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere*”.

188 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit. p. 6-8; e VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., p. 600.

189 Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 627; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 32. Segundo este Autor (p. 33), citando o D. 28,1,3 e GAIO 2,104, a *testamenti factio* pertence ao direito público e, por isso, é inderrogável.

que tenha incorrido em alguma condenação penal que lhe retire, importa referir que a capacidade testamentária ativa é considerada uma capacidade negocial qualificada¹⁹⁰. Por um lado, há quem, por virtude da condição natural em que se encontra¹⁹¹, não pode fazer testamento: os impúberes, dementes (exceto durante os intervalos lúcidos¹⁹²), pródigos¹⁹³, escravos (exceto os *servi publici*) e surdos mudos¹⁹⁴. E, por outro lado, há quem, por motivos jurídicos, não pode testar: os filhos¹⁹⁵, os estrangeiros e os *latinini iuniani*¹⁹⁶; e, no direito justiniano, por motivos religiosos, os apóstatas, maniqueus e heréticos¹⁹⁷. Porque se trata dum ato pessoalíssimo, os impúberes e os doentes mentais não pode fazer testamento

190 Neste sentido, vide MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 317.

191 Note-se que, sendo o testamento um ato consciente de vontade, não o pode fazer quem não puder manifestá-la. Por outro lado, o testamento é um ato pessoal e, portanto, a vontade do impúbere não admite intermediação, como observa ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 628.

192 Cf. ULPIANO XX,13; I. 2,12,1; D. 28,1,16,1; C. 6,22,9

193 No entanto, se a prodigalidade fosse declarada depois da feitura do testamento, este manter-se-ia válido. Cf. ULPIANO XX,13; D. 50,17,40. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 33 e a bibliografia aí citada.

194 No direito clássico, o surdo e o mudo não podiam testar, pelo menos no testamento *per aes et libram*. Porém, a possibilidade de o testamento poder ser escrito e lido determinou que, no direito justiniano, o surdo e o mudo podiam estar por escrito. Apenas o surdo-mudo de nascimento se manteve incapaz de testar. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 628; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 734.

195 Cf. I. 2,12pr. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 627, para quem o círculo dos testadores foi-se ampliando “*quando, reconhecidos o peculium castrense na época de Augusto e o quasi castrense no Baixo Império, o filiusfamilias podia fazer testamento sobre os seus bens peculiares, apesar de ser tecnicamente pessoa alieni iuris*”.

196 Os bens dos *latinini iuniani* passavam para o patrono manumitente. Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 287-329; MAX KASER, *ibidem*, p. 317; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., pp. 473-474; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., pp. 836-837; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, Madrid, 2016, p. 319; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, pp. 627-628; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 734; PASQUALI VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 57; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 681 e 683; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 36-38.

197 Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 304 e 307; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 734; e BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 22, para quem “*esta legislação pareceu aos historiadores modernos uma legislação aberrante, indigna de um povo civil, porque, por meio da incapacidade, a lei tolhe, com rigorosa intransigência, a liberdade religiosa*”. No entanto, observa que “*os Imperadores de Constantino a Justiniano, salvo algum episódio esporádico, são fervidamente católicos, como é católica a sociedade do tempo: a religião não é simples episódio na vida dos indivíduos ou um aspeto da complexa vida social, mas é o problema máximo, é algo que investe em pleno toda a vida dos indivíduos e da coletividade*”.

nem com autorização do tutor¹⁹⁸.

Especial referência suscita a capacidade das mulheres, durante muito tempo consideradas incapazes de testar e que, após a passagem por uma fase intermédia em que, substituindo o tutor por homem da sua confiança, acabaram por gozar dessa capacidade por virtude de um *senatusconsultum* do tempo de Adriano quando completarem doze anos¹⁹⁹.

Quanto ao momento, o testador devia gozar de capacidade testamentária quando fez o testamento e quando faleceu²⁰⁰. No entanto, por força da *lex Cornelia*, se o testador, quando faleceu, era prisioneiro do inimigo e, portanto, escravo, finge-se que faleceu no momento em que foi capturado e, portanto, sendo ainda livre, era capaz²⁰¹.

9.3.2 Capacidade passiva

Pode definir-se a capacidade testamentária passiva (*testamenti factio passiva*) como “*a aptidão para ser instituído herdeiro ou legatário em testamento*”. Faltando, “*estaremos perante um caso de nulidade e o instituído não é chamado a herdar*”²⁰².

Nos primeiros tempos, exigia-se a mesma capacidade do testador – ou seja, o herdeiro, legatário ou fideicomissário devia ser livre, cidadão romano e *sui iuris* - que devia existir ininterruptamente desde a feitura do testamento até

198 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 7; e ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 628.

199 Vide EDOARDO VOLTERRA, *Sulla capacità delle done a far testamento* em *BIDR XLVIII*, 1941, pp. 74-87; PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 329; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 318; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 473; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 837; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319; PASQUALE VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 628; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 34.

200 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 13; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 627; e PASQUALE VOICI, *ibidem*, p. 573.

201 Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 627; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., pp. 734³³ e 735⁴⁰; MANUEL JESUS GARCIA GARRIDO, *ibidem*, p. 836; e A. SANTO JUSTO, *ibidem*, p. 33, onde refere que, inicialmente, o testador devia ter a *testamenti factio activa* no momento da feitura do testamento e conservá-la ininterruptamente até à sua morte. Todavia, este princípio sofreu algumas exceções, acabando por se exigir aquela capacidade apenas em dois momentos: no da feitura do testamento e da morte do testador. Era irrelevante que a tivesse perdido e readquirido no intervalo. Este novo princípio foi consagrado no direito justiniano que, no entanto, exigiu que o testador confirmasse o testamento num codicilo: D. 37,11,11,2.

202 Transcrevemos JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319.

à aceitação da herança²⁰³. No entanto, com o tempo a capacidade do herdeiro afastou-se da capacidade do testador, dizendo-se, a propósito de alguns incapazes (v.g., demente, mudo e *filiusfamilias*), que “*embora não possam fazer testamento, todavia podem adquirir por testamento ou para si ou para outros*”²⁰⁴. Nestes casos, a herança podia ser aceita: pelos *infantiae proximi* e *proximi pubertati* com a *auctoritas* do tutor ou o *iussum patris*, conforme se tratasse de *sui iuris* ou de *alieni iuris*, respetivamente; 2) os infantes, a partir duma *constitutio* de Teodósio II e de Valentiniani III²⁰⁵, desde que representados pelo pai ou tutor; 3) no direito justinianeu, os púberes menores de vinte e cinco anos, com o consenso do curador²⁰⁶.

Merecem destaque algumas particularidades que, em brevíssima síntese referimos²⁰⁷: os escravos podiam suceder se, no testamento, o *dominus* os manumitisse²⁰⁸; os *filiifamilias* podiam ser instituídos pelo próprio *paterfamilias*

203 Cf. D. 28,5,50(49),1. Constitui exceção o testamento militar: a *testamenti factio passiva* só era exigida no momento da morte do testador. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 361⁹⁸; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni*, cit., pp. 276 e 280; JOAN MIQUEL, *ibidem*, p. 320; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 681; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 842; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 735; e ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 628.

204 D. 28,1,16pr.: “... *licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamenti vel sibi, vel aliis acquirere possunt*”.

205 Cf. C. 6,30,18; C. Th. 18,8.

206 Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 776, para quem antes da *constitutio* referida, os infantes e dementes não podiam aceitar a herança porque não tinham vontade e a aceitação da *hereditas* era um ato que devia ser realizado pessoalmente. Mas este princípio sofreu nos direitos pós-clássico e justinianeu, algumas exceções. Vide também A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 681, que cita: D. 29,2,6pr.; -29,1,8pr.-1 (pessoas *alieni iuris*, contanto que sejam *infantia maiores*, mediante o *iussum* do titular da *potestas*); - 29.2.9 (pupilos, desde que *infantia maiores* e mulheres sujeitas a tutela, com a *tutore auctoritas*); e PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni*, cit., pp. 96 e 191-199 e 273-274.

207 Seguimos A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 37-41. Vide também: PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 287-330; BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 9; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 318; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de derecho romano*, cit., pp. 599-600; ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 278; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., pp. 838-842; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., pp. 475-478; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 681; PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 573-574; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., pp. 319-320; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 628-629; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 734.

208 Cf. GAIO 2,186; ULPIANO XXII,12. Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 278¹, para quem (§ 288), “*a interpretação de que a nomeação de herdeiro ou de tutor implica a manumissão*

ou por estranho, embora, nesta hipótese, adquirissem para o *pater* que os devia autorizar; os estrangeiros podiam herdar se as leis dos seus Estados autorizassem; e as mulheres, para evitar provavelmente a concentração de patrimônios, foram proibidas, por uma *lex Voconia*, do ano 169 a. C., de serem instituídas herdeiras por cidadãos inscritos na primeira classe do censo (titulares de patrimônio não inferior a 10.000 sestércios)²⁰⁹. Por motivos religiosos, a legislação dos Imperadores cristãos retirou a capacidade de herdar a infiéis, hereges e apóstatas²¹⁰. Os filhos de condenados por delito de alta traição não tinham capacidade sucessória²¹¹. À viúva, que casou sem respeitar o prazo internupcial, o Imperador Graciano impôs a incapacidade sucessória (testamentária)²¹², incapacidade que Justiniano estendeu à viúva que tivesse um filho ilegítimo dentro desse ano²¹³. Já não eram considerados incapazes os castrados²¹⁴.

Quanto às cidades foram, foi-lhes paulatinamente reconhecida a capacidade de receber legados e fideicomissos e de, como patronas, serem instituídas herdeiras pelos seus libertos, chegando também a herdar *ab intestato*. Esta evolução também terá ocorrido nos *collegia privata*²¹⁵.

Constantino reconheceu à Igreja católica, no ano 321, a capacidade de receber quaisquer bens²¹⁶. E, provavelmente, a mesma capacidade terá sido atribuída a instituições de beneficência (*piae causae*). Segundo ULPIANO, também os deuses podiam ser instituídos herdeiros desde que autorizados por

parece ter-se insinuado sem êxito na época de Nero pelo jurista ATILICÍNIO; e só prevaleceu com Justiniano (l. 21,4pr.; C. 6,27,5; 1b))". Vide também: ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 629; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 735.

209 Cf. GAIO, 2,274. Segundo ALVARO D'ORS, *ibidem*, § 278, a *lex Voconia* é um plebiscito do tribuno da plebe Q. Vocônio Saxa e foi defendido por M. Pórcio Catão, "cujo antifeminismo é conhecido por outras atitudes". E, "apesar da sua queda em desuso, uma interpretação (desta lei) parece ter servido a Domiciano, em função de censor perpétuo, para privar do ius capiendi as mulheres de maus costumes".

210 Cf. C. Th. 16,5,7; -16,7,2. Vide PASQUALE VOCCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576.

211 Cf. C. 9,8,5,1.

212 Cf. C. 5,9,1,2. Vide MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Instituciones*, cit., p. 842.

213 Cf. N. 39,2. Vide MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, 842.

214 Vide DANILO DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milão, 1978, pp. 202-222 que, relativamente aos enucos que viviam no Egito, "um importante testemunho papirológico parece comprovar que, em situações locais, vigoravam princípios diferentes".

215 Cf. ULPIANO, XXIV,28; -XXII,5; D. 38,3,1pr.-1; -34,5,20; -40,3,1; -40,4,2. Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 10.

216 Cf. C. 1,2,1; C. Th. 16,2,4. Vide ALVARO D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 278; e MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, p. 842.

lei²¹⁷. E o direito justinianeu considerou válida a instituição testamentária a favor de Jesus Cristo como herdeiro, entendendo que é feita à Igreja do lugar em que o testador viveu, com a obrigação de fazer obras de beneficência aos pobres²¹⁸.

Quanto aos filhos póstumos do testador, eram considerados incapazes, como pessoas incertas²¹⁹, mas admitiu-se a possibilidade de serem instituídos herdeiros e deserdados. E em relação ao póstumo alheio e já concebido, o pretor concede a posse dos bens em conformidade com o testamento²²⁰. Justiniano generalizou os princípios clássicos e determinou que o póstumo, próprio ou alheio, pode ser contemplado no testamento²²¹.

9.4 Novas incapacidades. A legislação demográfica de Augusto

Se as incapacidades que acabamos de observar, ditas tradicionais²²², produzem a nulidade do testamento²²³ e, tratando-se de sucessão *ab intestato*, afastam a *delatio* do incapaz, sendo os bens, denominados *caduca*, atribuídos à pessoa ou pessoas imediatamente a seguir na ordem sucessória e, em última

217 Cf. ULPIANO, XXII,6, que contém uma lista de divindades.

218 Cf. C. 1,2,25(26)pr.

219 Vide PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 476, para quem “a disposição testamentária a favor de persona incerta é nula”. E “são consideradas disposições testamentárias nulas por incerteza do destinatário: as que o indicam genericamente em relação a uma atividade; as que indicam o destinatário só como pertencente a uma comunidade ou classe”. E JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319. que refere como *personae incertae* as disposições dos tipos “o primeiro que venha às minhas exéquias” e “instituo herdeiros os pobres”. Vide também MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, p. 840; e ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 278, para quem as pessoas indeterminadas (*incertae personae*) não podem receber por testamento porque “o testador não pode ter uma ideia certa, como aquelas cuja designação se deixa ao arbítrio de alguém: “os pobres”, “a primeira pessoa que ocorra ao meu enterro”, “o herdeiro de outro herdeiro instituído”, os deuses”, etc.”. No entanto, em relação aos deuses, houve uma exceção, falando o Autor de “deuses privilegiados: v.g., *Hércules de Cadiz*” (ULP. XXII,6)”.
ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 629; PASQUALE VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 735³⁹; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 757-758, que refere diversas categorias de póstumos e refere ainda ao *quasi postumi*, categorias que, refere, “*surgiram gradativamente*”.

220 Cf. 37,11,3; I,3,9pr. Vide ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 278.

221 Cf. C. 6,48,1; I. 2,20; -2.26-28.

222 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 10.

223 Vide JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 319; ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 280, para quem “o testamento pode ser inválido ou ficar sem eficácia por distintas causas”: v.g., “por defeito inicial na sua forma, por falta de *testamenti factio*, por perda da capacidade do testador (e) por falta de herdeiro”.

análise ao *aerarium* (e, a partir do século II, ao fisco)²²⁴ a legislação imperial criou novas incapacidades que, cominando a incapacidade de suceder, procurou atingir fins político-sociais. É o caso, v.g., dos filhos de condenados por alta traição e da viúva que casa dentro do ano de luto²²⁵.

Todavia, merece especial destaque a legislação demográfica de Augusto que estabeleceu um regime jurídico especial para incentivar a natalidade. Efetivamente, a *lex Iulia de maritandis*, do ano 17 a. C. e a *lex Papia Poppaea*, do ano 9 d. C., – leis que, por constituírem uma unidade, foram denominadas *leges Iulia et Papia Poppaea* – procuraram incentivar os matrimónios com vista ao aumento da população romana e, por isso, determinaram que²²⁶:

1. Os homens e mulheres não unidos em matrimónio (denominados *caelibes*), com idade situadas, respetivamente, entre os 25 e os 60 anos (os homens) e entre os 20 e os 50 anos (mulheres), não podem adquirir bens hereditários se, no prazo de 100 dias após a *delatio*, não constituírem matrimónio²²⁷. As mulheres viúvas e divorciadas gozam de igual incapacidade se não voltarem a casar, respetivamente, dentro de um ano após a morte do marido e de dezoito meses a partir do divórcio;

2. Os homens casados sem filhos e as mulheres casadas com menos de três (se forem ingénuas) e de quatro (se forem libertas) filhos, aqueles e estas denominados *orbi*, só podem herdar por testamento até metade da herança (ou legado)²²⁸;

224 Vide ANTONIO GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., p. 403; e BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 13.

225 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 10-11; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 735.

226 Seguimos de perto A. SANTOSJUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 41-44. Vide também: BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 11-14; PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni*, cit., p. 281 e 330; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 673-674; ALVARO D'ORS, *ibidem*, § 279; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *Institutiones de derecho romano*, cit., p. 601; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 683-684; MARIO LAURIA, *Nardi, E., I casi d'indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 184; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 320; MANUEL JESUS GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Acciones. Casos. Institutiones*, cit., p. 841; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 328; FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 278; CÉSAR RASCÓN, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, cit., p. 336; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., pp. 776-777.

227 Cf. GAIO, 2,111.

228 Cf. GAIO 2,286a.

3. O homem viúvo ou divorciado sem filhos, denominado *pater solitarius*, só pode herdar, por testamento, até metade da herança (ou legado);

4. Cada um dos cônjuges se não tiver filhos não pode herdar, por testamento do outro, mais de 1/10 do patrimônio do testador e, por legado, podia obter o usufruto de 1/3 desses bens²²⁹.

Numa primeira observação, verifica-se que:

a) o marido que tiver menos de 25 e mais de 50 anos e a mulher menos de 20 e mais de 60 anos não sofrem incapacidade testamentária passiva, ou seja, podem receber a totalidade da herança ou legado;

b) a incapacidade só é testamentária e não *ab intestato*. E mesmo aquela não atinge os ascendentes e descendentes do *de cuius* até ao terceiro grau;

c) além dos sucessores legítimos, a incapacidade não fere os herdeiros e legatários instituídos em testamento de militar²³⁰;

d) a referida incapacidade também não se aplica a quem goze do *ius liberorum*: aos homens, com, pelo menos, três filhos; e às mulheres, com, pelo menos, três e quatro filhos, consoante forem, respectivamente, ingênuas e libertas²³¹. Este direito de ter filhos podia ser especialmente concedido pelo Imperador: e assim ocorreu, primeiro, excecionalmente, e depois, frequentemente até ser revogado pelos Imperadores Onório e Teodósio²³²;

e) mesmo havendo incapacidade, a delação não era afetada, mas a aquisição: os herdeiros ou legatários atingidos só não podiam adquirir nos termos previstos. As suas quotas vacantes passavam para quem tivesse o direito de acrescer, aos herdeiros legítimos e, na sua falta, ao *aerarium* e (depois) ao *fiscus*²³³.

Como breve nota conclusiva, dir-se-á que, embora a *iurisprudencia* romana fale de capacidade (*capacitas* e *ius capiendi*), aquelas leis não retiraram a capacidade sucessória: além de persistir inalterada a capacidade do *de cuius* e do *heres* na sucessão *ab intestato*, apenas foram proibidas determinadas pessoas de adquirirem os bens hereditários, que se tornaram *caduca*²³⁴ e eram adquiridos pelas

229 Cf. ULPIANO, XV,1.

230 Cf. GAIO, 2.111.

231 Cf. ULPIANO, XVI,1a.

232 Cf. C. Th. 8,17,3.

233 Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 630; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736.

234 Cf. ULPIANO, XVII;1. Segundo ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 630, “*chama-se caduco, como se lhes caísse das mãos*”: ULPIANO, XVII,1.

pessoas designadas naquelas leis. Poucos anos volvidos, o Imperador Caracala determinou que tais bens deviam ser atribuídos a ascendentes e descendentes até ao terceiro grau e, na sua falta ao Estado²³⁵.

Este regime dos *caduca* vigorou plenamente na época clássica. No entanto, como refere BIONDO BIONDI, “*a permanência do escopo fiscal e a oscilação da finalidade demográfica continham os gérmens do seu afastamento*”. Por isso, o regime fixado pelas *leges Iulia et Papia Poppaea* caiu na época cristã, na qual, segundo este Autor, “*a procriação exorbita da vontade do Estado: induzir as pessoas, como pensara Augusto, a celebrar matrimónio para aumentar a população romana através da aplicação de penas e vantagens perdeu sentido*”²³⁶. E foi, sem surpresa, que sucessivamente estas leis foram revogadas: primeiro, o Imperador Constantino aboliu as disposições relativas a *caelibes* e *orbi*²³⁷; e, finalmente, no ano 410, os Imperadores Honório e Teodósio aboliram o *ius liberorum*²³⁸.

Foi, no entanto, criada uma nova incapacidade: o Imperador Domiciano declarou incapazes as *faeminae probrosae*, ou seja, segundo parece, as mulheres de maus costumes, onde se incluem as meretrizes e as mulheres de teatro²³⁹. Justiniano manteve esta incapacidade, embora reconhecendo a essas mulheres o direito sucessório sobre os bens dos seus filhos²⁴⁰.

Com o afastamento do regime das *leges Iuliae et Papia Poppaea*, o instituto clássico da *capacitas* foi eliminado. É certo que as fontes justinianeias continuam a falar de *capere* e de *caduca*, mas agora com outros significados: *capere* significa a capacidade jurídica sucessória; e *caduca*, os bens que se regem pelos princípios gerais da vacância da quota hereditária²⁴¹.

235 Cf. GAIO 2,286a; ULPiano, XVII,2.

236 Transcrevemos BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 13-14.

237 Cf. C. 8,57(58),1.

238 Cf. C. 8,58(59),1; C. Th. 8,17,3.

239 Cf. SUETONIO, *Dom.*, 8,4. Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni*, cit., p. 330; MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 328; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 673-6744; ARMANDO TORRENT, *Derecho privado romano*, cit., p. 630; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 736; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 775.

240 Cf. D. 38,17,2,4. Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, p. 330.

241 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 14.

2. Deserdação

10. Noção. Necessidade

A deserdação (*exhereditio*) pode definir-se como o acto solene inserido num testamento através do qual o testador deserdava os seus *heredes sui* para que, sendo o testamento válido, pudesse instituir herdeiros outras pessoas, familiares ou estranhos.

Com efeito, no quadro sucessório romano, havia um grupo de herdeiros denominados *heredes sui*, quiçá por serem donos do património familiar que era coletivo. Por isso, se o *paterfamilias*, que tinha plenos poderes de disposição e de administração, quisesse dispor *post mortem* desse património, devia instituí-los ou deserdá-los²⁴². De contrário, omitindo-os (*praeteritio*) o testamento seria *iniustum*, e, em consequência, inválido, abrindo-se a sucessão *ab intestato*. Isto porque, se já existe um herdeiro ou herdeiros (*sui*), o *pater* não podia nomear outro sem retirar o título ao *suus*²⁴³.

Nos finais da República a deserdação devia ser expressa com os nomes (*nominatum*) dos *sui* do sexo masculino, exigência que o direito pretório estendeu a todos os filhos e, portanto, também aos emancipados. E quanto aos netos, filhos de filho pré-falecido, podia realizar-se com fórmula mais genérica²⁴⁴.

Os juriconsultos romanos eram, em geral, contrários à deserdação e, por isso, tendiam a interpretá-la restritivamente, como refere PAULO que, comparando a instituição de herdeiro e a deserdação, refere que “*as instituições de herdeiro devem ser interpretadas amplamente (enquanto as deserdações) devem sê-lo de modo restrito*”²⁴⁵.

242 Cf. GAIO 2,123; ULPIANO XXII,14.

243 Vide FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 257; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano* (ius romanum). I. *Introdução*. Fontes, cit., p. 230; e A. FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARÍCIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 516.

e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 291.

244 Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., pp. 588-589, para quem a preterição de um póstumo determina a nulidade do testamento (GAIO 2,130; ULPIANO, XXII,18) e a consequente abertura da sucessão *ab intestato*; e ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., pp.342-343, para quem os filhos preteridos, fossem *sui* ou emancipados, podiam pedir a *bonorum possessio contra tabulas* e, desde os finais da República, intentar a *querela inofficiosi testamenti*, com base em que, com a sua omissão (*praeteritio*), o testador tinha faltado ao *officium pietatis* para com os seus parentes mais próximos. Vide também FRITZ SCHULZ, *ibidem*, p. 259.

245 D. 28,2,19: “... *aliamque causa, esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent aduivandae*”. Contra, vide FRITZ SCHULZ, *ibidem*, p. 257, para quem “*os juristas republicanos nunca tiveram a ideia de que o pai fosse obrigado a instituir ou a deserdar os sui. A máxima sui heredes instituendi sunt vel exheredandi foi elaborada pelo autor pós-clássico do Epitome Ulpiani (22,14)*”.

11. Âmbito

Do exposto, resulta que a *exhereratio* começou por ter um âmbito muito restrito, embora o *paterfamilias* gozasse de plena liberdade, sem estar sujeito a nenhuma causa legalmente exigida: podia deserdar um filho sem motivo algum²⁴⁶.

Todavia, no direito justinianeu são enumeradas razões que autorizam a deserdação, afastando, portanto, aquela liberdade, como observamos: “*Ordenamos que de modo nenhum seja lícito ao pai, à mãe, ao avô, à avó, ao bisavô ou à bisavó, preferir ou deserdar, no seu testamento, o seu filho, filha ou demais descendentes (...) a não ser que se prove que são ingratos e que os pais tenham inserido no seu testamento as mesmas causas de ingratidão. Mas achamos dispersas em diversas leis e não claramente expressas as causas pelas quais devem ser julgados ingratos os filhos, algumas das quais nos pareceram dignas para a ingratidão e outras, sendo dignas, têm sido esquecidas, consideramos necessário compreendê-las na presente lei, para que delas a ninguém seja lícito opor, por virtude de outra lei, causas de ingratidão, senão as que se contêm nesta constituição*”²⁴⁷. Imediatamente a seguir, são referidas as seguintes causas de ingratidão consideradas justas e com fundamento nas quais o testador pode deserdar um herdeiro: 1) a agressão ao ascendente; 2) a injúria grave e desonrosa; 3) a acusação feita ao ascendente em causa criminal; 4) a vida como malfeitor junto de malfeitores, 5) o atentado contra a vida dos ascendentes com veneno ou de outro modo; 6) o comércio ilícito com a madrasta ou concubina do seu pai; 7) a delação contra os ascendentes que lhes causou graves danos; 8) a não proteção do ascendente pelo sucessor *ab intestato*; 9) o impedimento de fazer testamento;

Ainda segundo este Autor, “*os juristas republicanos desejaram sempre salvar a herança para os sui, mas não se aventuraram a impugnar abertamente o testamento do pater, quando o testador os tinha instituído ou deserdado. Pois bem: se o testamento silencia os sui, os juristas intervieram a favor deles*”.

246 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 19; FRITZ SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 255. Contra, vide A. FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 521, para quem “*a apreciação da deserdação como justificada era, no direito clássico, uma questão que devia ser apreciada pelo tribunal, tradição que foi recolhida no direito justinianeu*”, e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *direito romano*, cit., p. 756-757 e 759.

247 N. 115,3pr.: “*... Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, avo vel aviae. proavo vel proaviae suum filium, vel filiam, vel ceteros liberos praeterire aux exheredes in suo facere testamento (...) nisi foran probabuntur ingrati, et ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inserverunt testamento. sed quia causas, ex quibus legibus dispersae et non aparte declaratas invenimus, quarum aliquae nec dignae nobis ad ingratitudinem visae sunt, aliquae vero, cum essent dignae, praetermissae sunt, ideo necessarium esse perspeximus eas nominatim praesenti lege comprehendere, ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae huius constitutionis seie continentur*”.

10) se, contra a vontade dos ascendentes, se associou a atletas ou comediantes; 11) se recusar o marido e preferir uma vida luxuriosa; 12) se algum dos ascendentes ou descendentes for demente e, sendo chamado *ab intestato* à herança, não lhe prestou auxílio e cuidado; 13) se o ascendente está retido no cativo e não procurou resgatá-lo²⁴⁸.

Como facilmente se observa, com estas causas, a deserdação aproxima-se da indignidade, diferindo: naquela, o herdeiro é excluído por vontade do pai; nesta, por vontade da lei²⁴⁹.

Fixadas legalmente as causas de deserdação, é natural que o tribunal pudesse ser chamado a fazer a sua apreciação²⁵⁰. É provável que, à semelhança da *querela inofficiosi testamenti*, a ação decorresse no tribunal dos centúviro, tramitando no processo sacramental. Já, tratando-se de herança mais modesta, tramitaria no processo ordinário das fórmulas (*agere per formulas*)²⁵¹.

3. Comparação

12. A indignidade e a incapacidade sucessória

Importa referir o que distingue a indignidade da incapacidade. É verdade que, como observa BIONDO BIONDI, “*a diversidade de regimes é tão profunda e tem uma razão de ser tão intrínseca e importante, que, no direito justinianeu, enquanto a incapacitas (das leis demográficas de Augusto) desapareceu, a separação entre incapacidade (tradicional) e indignidade sobrevive e, por força da traição, passou ao direito moderno*”²⁵². Todavia, aquele Autor não deixa de advertir que “é necessário distinguir a incapacitas da *indignitas*²⁵³, pois, observa também PIETRO BONFANTE, “*ambos os institutos remontam ao Império e têm regras próprias*”²⁵⁴.

É certo que a indignidade não é, como também referimos, um instituto unitário, mas figura constituída por casos singulares que, por exigências

248 Cf. N. 115,3,1-13.

249 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit. pp. 19-20.

250 Neste sentido, vide A. FERNÁNDEZ BARREIRO / JAVIER PARICIO, *Fundamentos de derecho patrimonial romano*, cit., p. 521, para quem no direito justinianeu recolhe-se a tradição do direito clássico.

251 Sobre a tramitação da *querela inofficiosi testamenti*, vide MAX KASER, *Derecho romano privado*, cit., p. 323.

252 Transcrevemos BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 15.

253 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 2 e 11-12.

254 Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano. VI. Le successioni*, cit., p. 281.

particulares, foram crescendo ao longo dos tempos. É também certo que a indignidade impede o herdeiro, legatário e fideicomissário de adquirir os bens hereditários, embora não percarn este estatuto jurídico. Ou seja, são chamados à sucessão da herança ou à aquisição do legado ou do fideicomisso: ocorre a *delatio*. Simplesmente, tratando-se de herança, os bens passam ordinariamente para o *aerarium*, e depois, para o *fiscus* com os respetivos encargos. Por isso, CUJÁCIO observou, com a argúcia de grande jurisconsulto, que “*indignus capere potest, sed non retinere*”²⁵⁵. Entretanto, porque a *delatio se verifica*, produz-se a confusão patrimonial: as dívidas do herdeiro para com o *de cuius* e deste em relação àquele extinguem-se, como observamos em JULIANO citado por TERÊNCIO CLEMENTE: “*por confusão a obrigação extingue-se do mesmo modo que se extingue por pagamento*”²⁵⁶.

Mas também o regime da incapacidade não é unitário: a incapacidade tradicional não se confunde com a incapacidade das leis demográficas de Augusto e não existe nem uma doutrina única nem um termo compreensivo²⁵⁷: enquanto naquela a *delatio* é nula e o herdeiro não chega a herdar e, portanto, não pode reter o que não recebeu, na incapacidade daquelas leis demográficas a *delatio* não era afetada, mas só a aquisição: as suas quotas vacantes passavam para quem tivesse o direito de crescer, aos herdeiros legítimos e, na sua falta, ao *aerarium* e (depois) ao *fiscus*²⁵⁸.

Dir-se-á, como princípio, que, enquanto o indigno é capaz de suceder e de adquirir e tão só não pode conservar os bens adquiridos, o incapaz não pode suceder²⁵⁹. Por outras palavras, enquanto a falta de capacidade produz a nulidade da *delatio*, a indignidade pressupõe a sua eficácia e só exclui a aquisição por parte do chamado²⁶⁰. Acresce que, enquanto o sucessor que denuncia ao fisco a própria *incapacitas* tem direito ao prémio estabelecido por Trajano, o indigno não tem

255 Vide *supra*, n.º 4.1.

256 D. 34,3,21,1: “... *quia confusione perinde extinguitur obligatio, ac solutione*”.

257 Vide, neste sentido, BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., 1; e PASQUALI VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 573 e 574, para quem “a *capacitas* é uma figura introduzida pelas leis matrimoniais de Augusto”.

258 Vide *supra*, 9.4.

259 Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 630.

260 Vide MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 680; JOAN MIQUEL, *Derecho romano*, cit., p. 320; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 48-49 e *Trittico indignitario*, cit., p. 725, para quem “*enquanto nos casos de nulidade ou anulabilidade de uma disposição testamentária o deixado nulo ou anulável se tem por não escrito, o feito a um indigno é válido, salva a substituição, do lado patrimonial, do fisco ao sucessor*”.

este benefício²⁶¹.

Depois, relativamente à incapacidade testamentária passiva (*testamenti factio passiva*), os romanistas destacam as seguintes diferenças²⁶²:

a) quanto à fonte: enquanto a *testamenti factio* é um instituto coevo do testamento, a indignidade é mais recente e remonta a leis sucessivas;

b) quanto ao fundamento: enquanto a *testamenti factio* está ligada à capacidade jurídica geral das pessoas, a indignidade funda-se, principalmente, numa conduta reprovável do indigno;

c) quanto aos efeitos: enquanto a falta de *testamenti factio passiva* dá lugar ao direito de acrescimento ou à chamada sucessiva dos substitutos ou dos herdeiros legítimos segundo a ordem legal, a herança de que o indigno é privado vai para o *aerarium* (depois para o *fiscum*) ou excepcionalmente para as pessoas contempladas na lei, não havendo lugar a chamamento sucessivo²⁶³;

d) enquanto a *testamenti factio passiva* é exigida em três momentos (feitura do testamento, morte do testador e aceitação), a indignidade concretiza-se no momento em que o facto censurável é praticado;

e) enquanto a *testamenti factio* é absoluta, no sentido de que se refere a qualquer pessoa, a indignidade é sempre relativa: diz respeito apenas à herança (legado ou fideicomisso) deixada pela pessoa ofendida;

Quanto à indignidade e à incapacidade proveniente das *leges Iuliae et Papia Poppaea*, observa-se que²⁶⁴:

a) enquanto as *leges Iulia et Papia Poppaea* procuram aumentar a natalidade e, por isso, incentivam os casamentos, concedendo um prazo cômputo para o

261 Cf. D. 34,9,5,20.

262 Vide BIONDO BIONDI, *ibidem*, pp. 18-19; ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 48-49; e PASQUALI VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 576, para quem “*diversamente da incapacitas, a indignidade não incide sobre a validade civil da disposição*”.

263 Refere-se a propósito que, se se priva o indigno da herança, não parece justo que o chamado em segunda ordem deva tomar vantagem da culpa alheia, ou seja, deve evitar-se que o castigo do indigno constitua prêmio para outros. Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 631, para quem este sistema “*apresenta a vantagem de permitir que, no caso do herdeiro testamentário indigno, possa cair a heredis institutio sem influência sobre outras disposições, já que a instituição de herdeiro fica de pé e juridicamante subsiste, apesar do confisco*”.

264 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., p. 19; ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 279; e ENZO NARDI, *I casi di indegnità nel diritto successorio romano*, cit., p. 49.

incapax cumprir as disposições legais²⁶⁵, nada disto existe na indignidade;

b) enquanto na *incapacitas* a quota vacante do incapaz ia para quem tivesse o direito de crescer, para aos herdeiros legítimos e, na sua falta, para o *aerarium* e (depois) ao *fiscus*²⁶⁶, na indignidade os bens passam ordinariamente para o *aerarium* e depois para o *fiscus*.

Em conclusão, estamos perante figuras diferentes quanto ao tempo, às fontes e, sobretudo, aos respetivos regimes jurídicos: a indignidade não é nenhuma incapacidade.

13. A indignidade e a deserdação

Como observámos, depois de afastar a deserdação arbitrária, Justiniano fixou várias causas a que obrigatoriamente o deserdante deve obedecer. Tais causas, que evidenciam a ingratidão do deserdado, constituem um ponto de contacto entre as duas figuras: a ingratidão e a deserdação, contacto que, como veremos²⁶⁷, ainda se mantém nos direitos contemporâneos e sobre cuja relação a doutrina continua a divergir.

Ultrapassado o âmbito restrito da *exhereditio* como figura essencial à validade do testamento no caso de filhos – que deviam ser instituídos herdeiros ou deserdados²⁶⁸ –, fixar-nos-emos no direito justiniano que aproximou a ingratidão e a deserdação.

Há, no entanto, diferenças significativas que as individualizam e separam. Destacamos²⁶⁹:

a) o deserdado é excluído da sucessão, enquanto o indigno é privado dos bens que lhe foram devolvidos;

b) a deserdação opera por vontade expressa do testador, enquanto a indignidade atua pelo facto de a pessoa se encontrar nas condições queridas pela lei;

265 Vide *supra*, n.º 9.4.

266 Vide *supra*, n.º 9.4.

267 Vide *infra*, n.ºs. 16.2 e 16.3; BIONDO BIONDI, *ibidem*, p. 20, que refere os ataques à integridade física ou moral do defunto e observa que “o âmbito da deserdação é muito mais vasto que o da indignidade”; e ENZO NARDI, *ibidem*, cit., p. 52.

268 Vide *supra*, n.º 10.

269 Vide BIONDO BIONDI, *Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, cit., pp. 19-20; e ENZO NARDI, *ibidem*, pp. 51-52.

c) enquanto a deserdação só atua nas relações entre o *paterfamilias* e os seus *heredes sui*, a indignidade é geral: atinge qualquer pessoa que tenha praticado os actos ofensivos previstos na lei;

d) com a deserdação, a herança passa para os chamados sucessivamente, enquanto na indignidade é devolvida ordinariamente ao *aerarium* e, mais tarde, ao *fiscus*;

e) a deserdação diz respeito à sucessão legítima e não pode prescindir de um testamento, enquanto a indignidade pode atingir qualquer deixado e dispensa o testamento.

III

A INDIGNIDADE NO DIREITO PORTUGUÊS

1. A problemática enunciada. Contributo romano

14. A enumeração das causas de indignidade consagrada no nosso Código Civil é taxativa?

14.1 Doutrina portuguesa

A linguagem que o nosso Código Civil utiliza não permite grandes dúvidas sobre o carácter taxativo das causas de indignidade: “*Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade...*”²⁷⁰. O que se compreende, atendendo aos efeitos que a indignidade provoca e, sobretudo, às situações gravíssimas que aí são referidas, que atentam gravemente contra a personalidade de quem as praticou: o seu autor é considerado indigno.

Deste modo, também se entende que, para ser indigno, o comportamento deva ser excepcional e, por isso, subsumir-se às causas legalmente consagradas. Há, aqui, um problema de segurança jurídica que sensibilizou o nosso legislador a restringir a indignidade a determinados comportamentos²⁷¹. Por isso, certa doutrina

270 Cf. art. 2034.º.

271 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, 1969, pp. 287-290 e em *O Direito*, ano 102.º, 1970, p. 36, e *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 147; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Sucessões*, Lisboa, 1993, pp. 205 e 207; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa, 2012, p. 183. No direito espanhol, vide THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, trad. da 11.ª revisão de Hemult Coing, por Ramón M.ª Roca Sastre, II, 2.ª ed., ao

recusa a extensão por analogia a outras situações, assim como a interpretação extensiva²⁷²; e, a propósito das normas excepcionais – como o art. 2034.º –, o nosso Código Civil determina que “*não comportam aplicação analógica, mas admitem interpretação extensiva*”²⁷³.

No entanto, referindo que “*em princípio as tipificações legais não devem ser consideradas taxativas*”, OLIVEIRA ASCENSÃO conclui que “*o art. 2034.º consagra uma tipicidade delimitativa*” e, por isso, “*não é possível uma analogia livre a partir do conceito de indignidade, mas é possível a analogia mais limitada, a partir de algumas causas previstas na lei*” ou “*por outras palavras, não seria possível a analogia iuris, mas já seria possível a analogia legis*”²⁷⁴. Serve de exemplo, o caso do “*sucessível que tiver em seu poder o testamento e dolosamente não o entrega no prazo de três dias, desde que teve conhecimento da morte do testador: é indigno nos termos do art. 2034.º, d), interpretado pelo art. 2209.º, n.º 2; mas se (alguém) sabe quem é o detentor do testamento e recusa obstinadamente a indicá-lo aos restantes, supomos que deve ainda ser excluído por indignidade, por analogia com estas previsões*”²⁷⁵. OLIVEIRA ASCENSÃO refere ainda o caso de “*alguém que, através da hipnose, induziu o autor da sucessão a revogar o testamento*”. Esta situação não está prevista no art. 2034.º, c) que “*só teve em vista as hipóteses em que se influencia a vontade alheia, mas sem a suprimir*”; no entanto, “*há uma analogia clara entre a causa típica da indignidade e a situação de hipnose, não regulada*”. A analogia é, aqui, relevante: “*Não há razões de segurança que imponham uma solução diversa*”²⁷⁶; e prossegue: “*O estabelecimento de grandes categorias de casos, que trazem limitação à atividade do intérprete, não implica o afastamento da exigência fundamental do tratamento igual de casos semelhantes, que está na base da analogia, desde que somente seja a analogia legis*”²⁷⁷.

A preocupação de OLIVEIRA ASCENSÃO de não afastar do campo da indignidade comportamentos tão censuráveis como os expressamente previstos

cuidado de Luis Puig Ferriol e Fernando Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 16. E, no direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, 14.ª ed., Rio de Janeiro, 2008, p. 34.

272 Neste sentido, vide THEORODO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 10 e 16; e JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *La sucesion por derecho de transmisión*, Madrid, 1996, p. 208.

273 Cf. art. 11.º.

274 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 147 e *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., pp. 292-293.

275 Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 147.

276 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., p. 293.

277 Voltamos a transcrever JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 293.

na lei portuguesa é naturalmente louvável. Todavia, move-se no quadro do pensamento jurídico positivista segundo o qual devemos distinguir a *analogia legis* e a *analogia iuris*²⁷⁸.

Ora, assistimos, hoje, a uma nova perspetiva metodológica que recusa a descontinuidade entre a interpretação e a integração e prefere falar de um *continuum* na realização do direito, de desenvolvimento do ordenamento jurídico e de progressiva descoberta do direito²⁷⁹.

Nesta perspetiva, CASTANHEIRA NEVES observa que “o juízo analógico não poderia ser dispensado pela interpretação e esta teria mesmo, na sua projeção concretizadora, uma essência analógica”²⁸⁰, pois, “a analogia prolonga sem solução de continuidade metodológica a interpretação porque a analogia participa ela própria da interpretação”²⁸¹. Prossegue: “não há uma interpretação extensiva (ou restritiva), mas só uma correta interpretação”²⁸². E conclui: “O juízo analógico é ele mesmo interpretação: “desenvolvimento contínuo da norma”, “explicitação de um pensamento implícito”, pois “na analogia não se trataria senão de fazer coincidir a extensão da norma com a sua ratio”²⁸³.

Também FERNANDO JOSÉ BRONZE, depois de situar, nos primeiros anos de oitocentos, a distinção rigorosa entre interpretação e analogia, “*inucleando a primeira na “reconstrução da lei” e “reservando a segunda para a “integração das lacunas”*”²⁸⁴ e após referir que “o pensamento jurídico de matriz positivista habituou-se a distinguir tranquilamente as analogias legis e iuris”²⁸⁵, entende que “*não há qualquer diferença significativa entre as (classicamente perspetivadas) analogias legis e iuris*”²⁸⁶; e conclui, afirmando que “*toda a analogia é, bem vistas as coisas, autêntica ... analogia iuris*”, porque “a global juridicidade que

278 Vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 7.ª ed., Coimbra, 2015, pp. 355-361.

279 Vide KARL LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. e revisão de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, pp. 330 e 358-359; A. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação jurídica*, em *Digesta*, II, Coimbra, 1995, pp. 371-372; FERNANDO JOSÉ BRONZE, *O jurista: pessoa ou andróide*, em *Analogias*, Coimbra, 2012, p. 71; JOÃO BATISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 3.ª ed., Coimbra, 1989, p. 192; KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3.ª ed., trad. de J. Batista Machado, Lisboa, 2011, p. 282; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 370-372.

280 Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *O princípio da legalidade criminal. O seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, Coimbra, 1988, p. 52.

281 Transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, p. 135.

282 Voltamos a transcrever A. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, p. 137.

283 De novo transcrevemos A. CASTANHEIRA NEVES, *ibidem*, 140.

284 Transcrevemos FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Analogias*, cit., pp. 270-271.

285 Voltamos a transcrever FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 276.

286 De novo transcrevemos FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 277.

*assim se convoca é, afinal, o comparationis tertium viabilizador de qualquer inferência analógica e, do mesmo passo, desvelador do genuíno modo de ser iuris da analogia interveniente*²⁸⁷.

Em conclusão, se a verdadeira e única analogia é a *analogia iuris*, a posição metodológica de OLIVEIRA ASCENSÃO, cuja preocupação é, como referimos, materialmente louvável, tem sentido no pensamento positivista do direito, mas perde-o na nova perspectiva metodológica. Aqui chegados, não se vê como a intencionalidade normativo-jurídica do sistema, que necessariamente se convoca, possa afastar da indignidade casos cuja racionalidade exige o mesmo efeito jurídico.

Também a decisão do nosso Supremo Tribunal de Justiça – segundo a qual “*não pode reconhecer-se capacidade sucessória a um pai que violou uma filha de 14 anos; a obrigou a abortar aos 15 anos, após cumprir pena de prisão em que foi condenado, persistiu na ofensa a sua filha (que nunca lhe perdoou) e se vem habilitar à herança desta sua filha*” pois “*seria manifestamente intolerável para os bons costumes e o fim económico e social do direito de lhe suceder e, portanto, ilegítimo, por abusivo, esse mesmo direito*”²⁸⁸ – é materialmente louvável, mas, pensamos, ainda se move dentro dos parâmetros da orientação positivista de entender o direito, para a qual a figura do *abuso do direito*, certamente muito importante, não deixa de ser uma abertura pela qual, através da atividade intencionalmente confiada ao juiz, a dinamização e a flexibilidade entram no nosso ordenamento jurídico, qual aragem que os ventos de justiça vão trazendo a um sistema que chegou a ser pensado como completo e perfeito²⁸⁹. Abertura que enriquece o sistema jurídico, mas salva também e perpetua o modo positivista de o entender.

É indubitável que a analogia – pela qual passa a realização do direito – da solução posta *sub iudice* com as causas de indignidade legalmente consagradas dispensava o recurso à figura do abuso do direito. Um sistema jurídico não pode fechar-se em si mesmo numa pretensa autonomia; pelo contrário, deve estar permanentemente aberto a novas exigências, reconhecendo ao juiz, enquanto administrador da justiça, o papel irrecusável de o completar, guiado pela *global juridicidade* – de que nos fala FERNANDO JOSÉ BRONZE²⁹⁰ – que necessariamente lhe cumpre convocar e concretizar.

287 Voltamos a transcrever FERNANDO JOSÉ BRONZE, *ibidem*, p. 280.

288 Cf. o acórdão do STJ de 7/1/2010, transcrito por RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., 101.

289 Vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, cit., pp.111-126 e a bibliografia aí citada.

290 Vide FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Analogias*, cit., p. 280.

14.2 Contributo romano

Que posição nos oferece o direito romano? As diversas causas de indignidade foram sucessivamente consagradas em leis (*constitutiones*) dos Imperadores romanos que legislavam casuisticamente à medida que os comportamentos censuráveis considerados indignos iam ocorrendo.

Mais tarde, o Imperador Justiniano queixando-se da dispersão das leis, de causas nem sempre claramente expressas e duma prática que por vezes não as aplicava, ordenou que fossem recolhidas numa só lei e proibiu que as situações aí não previstas fossem invocadas. Estamos perante uma enumeração taxativa.

Quid iuris, se, entretanto, um comportamento diferente, mas semelhante, tivesse ocorrido? É necessário ter presente que a *interpretativo romana* aproxima-se mais da nova perspetiva contemporânea do que da metodologia positivista²⁹¹. Efetivamente, embora não tenham elaborado uma doutrina, os juristas romanos não deixaram de oferecer algumas regras, de que destacamos a necessidade de privilegiar a finalidade da lei em relação às suas palavras: “*Conhecer as leis não é conhecer as suas palavras, mas a sua finalidade*”, escreveu CELSO²⁹².

E, olhando para a analogia, ULPIANO recomendou que “*quem tem a jurisdição deve proceder por analogia e dizer (declarar) assim o direito*”²⁹³. Também à analogia deve o *ius civile* grande parte do seu desenvolvimento. E, por via dela, foram estendidas leis a casos análogos, como v.g., a *lex Voconia* que excluiu as mulheres da sucessão testamentária de cidadãos com fortuna superior a 100 mil libras e foi estendida à herança *ab intestato* de tias e sobrinhas²⁹⁴.

Neste ambiente metodológico de pensar e realizar o direito, é muito provável que, na falta de lei e perante situações de ofensa grave à moral pública, o pretor não deixasse de utilizar os seus expedientes: ora paralisando a pretensão do “indigno”, ora atribuindo ao *aerarium* e, depois do *fisco*, a *caducorum vindicatio* em via útil, ou seja, analógica²⁹⁵. Trata-se no entanto, duma simples hipótese, certamente rara e excecional atenta a orientação de atribuir à lei o reconhecimento de indignidade aos comportamentos.

291 Seguimos A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano*, I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos) em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra, 2011, pp. 53-58.

292 D. 1,3,17: “*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”.

293 D. 1,3,12: “*Is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*”.

294 Cf. GAIO 2,226; 2-274; PS. IV,8,20(22).

295 Sobre os expedientes que o pretor utilizava com base no seu *imperium* e na sua *iudisdictio*, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano*, cit., pp. 302-338.

15. A indignidade é uma verdadeira incapacidade de suceder?

15.1 Indignidade

15.1.1 Causas. Efeitos

Nos termos do art. 2034.º, incorrem em indignidade: “ a) o condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado; b) o condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza; c) o que por meio de dolo ou coação, induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu; d) o que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos”.

Observando estas causas acolhidas na lei portuguesa, estamos perante atos particularmente graves cometidos pelo sucessível ao autor da sucessão ou a familiares próximos, que a nossa doutrina tem classificado nas seguintes categorias: 1) atentado contra a vida do autor da sucessão; 2) atentado contra a liberdade de testar 3) atentado contra o próprio testamento; 4) atentado contra a honra do autor da sucessão ou dos seus familiares²⁹⁶. Estes atos são particularmente graves e ofendem os sentimentos não só do autor da sucessão e dos seus familiares próximos, mas também a própria comunidade que não pode permitir que o seu autor beneficie das liberalidades de quem atrozmente atacou. Por isso, a nossa doutrina refere que a incapacidade por indignidade tem, como fundamento, um motivo de ordem ético-jurídica²⁹⁷.

Relativamente aos seus efeitos, “a devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente, sendo ele considerado, para todos os efeitos, possuidor de má fé dos respetivos bens”²⁹⁸. Todavia, “na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes”²⁹⁹.

296 Neste sentido, vide F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 211, que completa a sistematização proposta por JOSÉ TAVARES.

297 Neste sentido, vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral*, cit., p. 37. Vide também ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 32; e MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 85.

298 Cf. art. 2037.º, n.º 1. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102.º, cit., p. 43, e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 105.

299 Cf. art. 1037.º, n.º 2.

Ou seja, o indigno é afastado da sucessão³⁰⁰. Mas, se falecer antes da abertura da sucessão, importa distinguir: na sucessão legal, são chamados a suceder, por direito de representação, os descendentes do indigno³⁰¹; e na sucessão testamentária (em que este direito está afastado no caso de indignidade³⁰²) serão sucessivamente chamados à sucessão os substitutos ou os outros co-herdeiros testamentários, se os houver e tiverem o direito de crescer³⁰³. Não os havendo, serão chamados os herdeiros (não do indigno, mas) do testador³⁰⁴.

Entretanto, se tiver entrado na posse dos bens da sucessão, é considerado possuidor de má fé, com as consequências em matéria de restituição de frutos³⁰⁵ e de levantamento de benfeitorias³⁰⁶.

Não sendo considerado herdeiro, o indigno conserva todos os seus direitos que, por outro título, tenha: v.g., se é credor do *de cuius*, pode exigir o pagamento dos seus créditos³⁰⁷

Se o indigno já tiver sido chamado, haverá lugar para a resolução da vocação³⁰⁸.

300 Note-se que a indignidade não atinge só o herdeiro. Também se estende aos legatários, como refere THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 14 e 20.

301 Cf. art. 2042.º Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 43, que exemplifica: “No caso do filho matricida, que foi afastado por indignidade da sucessão materna, se tivesse um descendente, o afastamento do indigno não se propagaria por toda a sua estirpe e nem sequer impediria o chamamento do descendente em lugar do seu ascendente e pelo canal próprio do direito de representação”. No direito italiano, vide a mesma opinião em ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, cit., p. 717.

302 Cf. arts. 2037.º, n.º 2 *a contrario sensu*; e 2041.º, n.º 1. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, pp. 38-39 para quem “é de presumir que se alguém nomeou outrem, testamentariamente, seu herdeiro ou legatário, e o nomeado incorreu em indignidade, não seja conforme à vontade do testador chamar à sucessão os descendentes do indigno, em substituição deste”; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 43; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 106.

303 Cf. art. 2304.º

304 Cf. art. 2041.º, n.º 1. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., pp. 216-217.

305 Cf. art. 1271.º

306 Cf. arts. 1273.º a 1275.º Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, p. 38; F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 217; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 43; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., p. 301; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 105. No direito italiano, vide ROBERTO DE RUGGIERO, *ibidem*, pp. 716-717.

307 Neste sentido, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 35.

308 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102.º, cit., pp. 262-263, que fala, a propósito, do caráter bipolar da indignidade: pode funcionar como impedimento da vocação e pode também provocar a resolução duma vocação já realizada.

Quanto ao âmbito, a indignidade pode operar em todos os títulos de vocação sucessória: na sucessão testamentária e *ab intestato*³⁰⁹, incluindo a sucessão legitimária³¹⁰

Podemos concluir, observando o acerto da doutrina que qualifica a posição do indigno como “*excluído da sucessão*”³¹¹, “*como se fosse morto*”³¹², e de “*inabilitado para suceder*”³¹³; e vê na indignidade uma pena civil que se traduz em privar o indigno do direito à sucessão³¹⁴.

15.1.2 Reabilitação

O nosso Código consagra a possibilidade de o autor da sucessão reabilitar o indigno, dispondo que: “*1. O que tiver incorrido em indignidade, mesmo que esta tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória, se o autor da sucessão expressamente o reabilitar em testamento ou escritura pública; 2. Não havendo reabilitação expressa, mas sendo o indigno contemplado em testamento quando o testador já conhecia a causa da indignidade, pode ele suceder dentro dos limites da disposição testamentária*”³¹⁵.

Como se observa, o Código consagra duas modalidades de reabilitação: a expressa, que deve ser feita em testamento ou escritura pública; e a tácita, quando o testador, conhecendo os atos de indignidade que o atingiram, concede uma liberalidade ao indigno. Na primeira hipótese, o indigno recupera a sua capacidade sucessória; na segunda, só sucede nos limites da disposição testamentária³¹⁶.

309 Vide THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 15; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 211, para quem, “*compreende-se que a legislação não faça distinção entre a sucessão legítima e testamentária, pois o comportamento do sucessível, nos casos previstos nas als. c) e d) do art. 2034.º, assim como o torna indigno de receber por testamento, assim não o faz merecedor de receber o que lhe pertenceria como herdeiro legítimo*”; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 102.

310 Vide infra, n.º 16.

311 Neste sentido, vide ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, cit., p. 716; e THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 9 e 13, que fala de privação do direito sucessório com efeitos retroativos.

312 Transcrevemos ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 35.

313 Neste sentido, vide MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 85.

314 Neste sentido, vide ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 32.

315 Cf. art. 2038.º

316 Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral*, cit., p. 39; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 217; ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., pp. 36-37; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*,

A doutrina vê, na reabilitação do indigno, um ato em que a vontade do *de cuius* se sobrepõe ao interesse público³¹⁷; e observa, na largueza com que o autor da sucessão pode reabilitar o indigno o fruto dos fundamentos individualistas do nosso sistema sucessório³¹⁸. E, quanto à sua natureza, que é controversa, diverge entre quem entende que assenta na vontade presumida do *auctor successionis* e quem vê no perdão do ofendido a causa imediata da reabilitação³¹⁹.

15.2 Incapacidade

A nossa doutrina define a capacidade sucessória como “a idoneidade para ser chamado a suceder como herdeiro ou legatário”³²⁰; ou “para ser destinatário de uma vocação sucessória, da aptidão para ser chamado a suceder como herdeiro ou como legatário”³²¹.

Trata-se duma “situação particular da noção genérica de capacidade jurídica” de gozo³²², que não é afetada pela incapacidade natural: v.g., os dementes, os menores, etc., gozam de capacidade sucessória, porque, ensina FRANCISCO M. PEREIRA COELHO, “ser chamado à sucessão não implica para o chamado obrigações, responsabilidades ou riscos”³²³.

Observa-se que não existe uma incapacidade sucessória geral e absoluta,

ano 102.º, cit., p. 45; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões, II. Sucessões*, cit., p. 210; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., p. 301; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 106-107; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 190. No direito espanhol, vide MANUAL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil, V, Derecho de sucesiones*, cit., p. 89.

317 Vide ORLANDO GOMES *ibidem*, p. 717.

318 Neste sentido, vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 302.

319 Vide ORLANDO GOMES, *ibidem*, pp. 35-37.

320 Transcrevemos F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 206, para quem “a capacidade sucessória não se confunde com a capacidade exigida para a prática dos vários atos ou negócios a que haja lugar no decurso do fenómeno sucessório. Uma é a capacidade sucessória; outra, a capacidade exigida para fazer testamento, para aceitar ou repudiar a herança, para intervir na partilha, etc. A capacidade para a prática destes atos é regida por outros princípios, que de resto podem ser, e são muitas vezes, os princípios gerais da capacidade negocial”.

321 Transcrevemos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, pp. 203-204. Vide também CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 100.

322 Voltamos a transcrever CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 204. Vide também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 144.

323 De novo transcrevemos F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 207, que excetua “o ónus de repudiar a herança no caso previsto no art. 2049.º, pois a lei presume a aceitação nesse caso”. Vide também RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 292.

mas só relativa a certas pessoas³²⁴; e que “a capacidade é a regra, a incapacidade a exceção”. Por isso, “são capazes de suceder todas as pessoas, singulares ou coletivas, que a lei não declare incapazes”³²⁵.

E nota que é na abertura da sucessão – que a lei situa no momento da morte do *de cuius*³²⁶ – que se aprecia a capacidade sucessória que deve existir nesse momento e só nele³²⁷.

Aberta a sucessão, fica excluído quem não tem a necessária capacidade³²⁸. E a indignidade constitui, segundo a nossa lei, motivo de incapacidade sucessória³²⁹.

15.3 Problema: a indignidade é uma verdadeira incapacidade?

15.3.1 Doutrina portuguesa

A doutrina portuguesa tem debatido este tema, com as naturais divergências. Há quem, apoiando-se na letra da lei, fale de uma específica incapacidade sucessória que se afasta dos conceitos gerais de incapacidade de gozo³³⁰; e quem conteste que se trate de verdadeira incapacidade.

Se olharmos para o pressuposto, alcance, finalidade e regime jurídico da incapacidade em geral, seremos tentados a recusar à indignidade a natureza de incapacidade. Importará ter presente que a capacidade jurídica pode definir-se como “a aptidão para ser titular de um círculo, maior ou menor, de relações

324 Neste sentido, vide PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões, II. Sucessões*, cit., p. 204. Vide também LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 179; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., p. 291.

325 Voltamos a transcrever F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, p. 207, para quem este princípio está expresso no art. 2033.º Vide também JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 144, para quem, “os chamados incapazes por minoridade ou interdição têm capacidade sucessória: a única especialidade está na obrigação de a aceitação se fazer a benefício de inventário (art. 2053.º)” e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 292.

326 Cf. art. 2031.º.

327 Cf. art. 2033.º, n.º 1. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 208; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 135; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 204; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 107. No direito espanhol, vide JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, cit., p. 204. Relativamente aos nascituros concebidos e não concebidos, embora com âmbitos diversos de capacidade, são sucessoriamente capazes. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral*, Coimbra, 2004, pp. 32-36; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 291; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *ibidem*, p. 205.

328 Cf. art. 2032.º, n.º 1.

329 Cf. art. 2034.º.

330 Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 206.

jurídicas”, podendo “*ter-se uma medida maior ou menor de capacidade, segundo circunstâncias ou situações*”³³¹; e que a falta desta capacidade, denominada de gozo, “*provoca a nulidade dos negócios jurídicos respetivos e é insuprível*”³³².

E se nos mantivermos atentos ao regime jurídico da nulidade, logo veremos, nomeadamente, que: 1) é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal³³³; 2) não é sanável mediante confirmação³³⁴; 3) a declaração de nulidade tem efeito retroativo³³⁵. Ora, diferentemente da nulidade, a indignidade pode ser afastada por reabilitação do indigno³³⁶, não prejudica o direito de representação na sucessão legal³³⁷ 4) e se a ação, que a declare, caduca se não for intentada no prazo legalmente previsto³³⁸, a indignidade deixa de produzir os seus efeitos.

É certo que o nosso legislador fala de indignidade como incapacidade (sucessória)³³⁹. Todavia, invadiu uma área que não é sua: só à dogmática cabe qualificar³⁴⁰. Por isso, o problema mantém-se em aberto.

Observa-se, no entanto, uma evolução histórica: enquanto tradicionalmente a indignidade “é encarada, entre nós, como forma de incapacidade” e “*o legislador de 1966 manteve esta posição*” e “*até a reforçou*”³⁴¹, assistimos, desde o século XIX a um debate que opõe quem aceita e recusa ver na indignidade uma

331 Transcrevemos CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.^a ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, 2005, p. 220.

332 Voltamos a transcrever CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *ibidem*, p. 222.

333 Cf. art. 286.º.

334 Cf. art. 288.º, n.º 1, *a contrario sensu*.

335 Cf. art. 289.º, n.º 1.

336 Cf. art. 2037.º.

337 Cf. arts. 2037.º, n.º 2 e 2041.º, n.º 1.

338 Cf. art. 2036.º, n.º 1.

339 Cf. art. 2034.º.

340 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., 271.

341 Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 270-272. Referem também o pensamento deste Autor: CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Sucessões*, cit., p. 205; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 197-198, que conclui: “*A configuração adequada destes institutos (indignidade e deserção) não é a de incapacidade, mas a de ilegitimidade*”. Sobre a indignidade consagrada na Lei das *Siete Partidas*, vide JOSÉ DOMINGUES, *As partidas de Castela na sistemática compilatória do livro IV da reforma das Ordenações em INITIUM. Revista catalana d’història del dret*, 19, Barcelona, 2014, pp. 375-379, que destaca a indignidade do filho que se torna jogral contra a vontade do seu pai; da filha que casa antes dos vinte e cinco anos sem autorização do seu pai; da falta de assistência na enfermidade ao demente; do não esforço para libertar os ascendentes feitos prisioneiros; etc.

incapacidade sucessória.

Com efeito, já em Itália, na vigência do seu primeiro Código Civil (de 1865), não faltou quem se insurgisse contra a natureza de incapacidade e preferisse falar de outra figura³⁴². Quem, abordando o direito alemão, observe que “*as misturas no Código Civil de preceitos relativos à incapacidade sucessória pura com os referentes à indignidade e com os comuns a ambas é fonte de confusão*”³⁴³. E quem, olhando para o Código Civil espanhol, entenda que “*as hipóteses de incapacidade são autênticas proibições que dão lugar à nulidade absoluta não convalidável*”, enquanto, “*pelo contrário, as de indignidade permitem o perdão e também a convalidação pelo decurso do prazo*”³⁴⁴

E, na doutrina portuguesa, podemos também observar uma tendência ou simpatia pela ideia de que não se trata de verdadeira incapacidade, mas de ilegitimidade. Merece destaque JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que invoca o caráter relativo da indignidade: só em relação à sucessão do ofendido, o sucessível (herdeiro, legatário ou fideicomissário) que o ofendeu é afastado e não em relação à herança, legado ou fideicomisso de qualquer outro *de cuius* não ofendido³⁴⁵. Por isso, este Autor prefere considerar que o indigno se encontra numa posição de ilegitimidade sucessória passiva: está em causa a existência de determinada posição entre duas pessoas: o indigno e o autor da sucessão³⁴⁶.

15.3.2 Contributo romano

Olhando agora para o direito romano, facilmente se observará que, pelo menos na época clássica, a indignidade não era considerada uma incapacidade sucessória. Recorde-se que o indigno não perde a *delatio*, ou seja, não deixa de ser herdeiro e só os bens *lhe* são subtraídos a favor, ordinariamente, do *erarium* e, depois, do *fiscus* e, em casos excepcionais, das pessoas legalmente contempladas,

342 Vide ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, 3, cit., p. 712.

343 Transcrevemos THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 15.

344 Transcrevemos JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *La sucesión por derecho de transmisión*, cit., p. 203.

345 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., p. 272.

346 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 270-272; e *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 149. Acolhem esta ideia LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 196-198; e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, cit., pp. 205-206, para quem “*o empolar do conceito de indignidade ao de uma ilegitimidade de suceder àquele de cuius, acaba por, até certo ponto, explicar o ponto de vista de certos autores que reconduzem as situações de indisponibilidade relativa também às de uma verdadeira incapacidade de suceder*”. Vide também ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 32 para quem, “*tais singularidades (do regime da indignidade) levam à conclusão de que não se trata de verdadeira incapacidade*”.

mas nem aquele nem estas se consideram herdeiras. O aforismo cuzaciano “*indignus potest capere, sed non retinere*” é bem elucidativo da posição jurídica que o indigno ocupa³⁴⁷. Pelo contrário, na incapacidade sucessória dita tradicional, o herdeiro (legatário ou fideicomissário) não é chamado (*delatio*) porque esta é nula; portanto, não chega a ser herdeiro (legatário ou fideicomissário). E a “moderna” *incapacitas* criada pelas leis demográficas de Augusto tem um regime próprio que se restringe à sucessão testamentária e está longe da verdadeira incapacidade³⁴⁸.

16. A indignidade atinge todas as espécies de sucessão ou estará afastada na sucessão legítima, substituída pela deserção?

16.1 Doutrina portuguesa

Se a indignidade na sucessão legítima, contratual e testamentária³⁴⁹ não suscita dúvidas, o problema surge a propósito da sucessão legítima, havendo quem a afaste³⁵⁰ substituindo-a pelo instituto da deserção³⁵¹; e quem a defenda.

Em abono da sua aplicação nesta espécie de sucessão invoca-se a história e a letra da lei, referindo-se que a inserção do art. 2034.º na secção *Capacidade sucessória* confere-lhe um âmbito geral que parece reforçado quando o legislador considera que “*na sucessão legal, a incapacidade do indigno não prejudica o direito de representação dos seus descendentes*”³⁵² e inclui na sucessão legal a sucessão legítima ou legítima³⁵³. Acresce que, sendo os factos previstos nas als. a) e b) do art. 2034.º extremamente graves, a preocupação de o legislador os reprimir e evitar só será conseguida “*se todos os sucessíveis, inclusivé os legítimos,*

347 Vide *supra*, n.º 4.1.

348 Vide *supra*, n.º 9.4.

349 Vidde THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 14-15 e 21; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 212; e CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 102.

350 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., p. 279 que cita PAULO CUNHA e PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, no domínio do Código de Seabra; e F. M. PEREIRA COELHO, já no Código de 1966.

351 Segundo ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 225, “*deserção é a privação, por disposição testamentária, da legítima do herdeiro necessário*”. E, nas palavras de ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, Coimbra, 2004, p. 380, “*a deserção pode definir-se como o ato formal pelo qual o testador, invocando uma causa legal e certa, exclui o seu direito a um legítimário devidamente identificado*”.

352 Cf. art. 2037.º, n.º 2.

353 Cf. art. 2027.º.

*forem passíveis de tais sanções, de modo a obter a desejada paz sucessória*³⁵⁴. E, razões superiores de justiça não permitem que fiquem impunes factos que, praticados ou conhecidos depois da sua morte, o *de cuius* não os podia considerar para deserदार o seu autor³⁵⁵. Acresce também o facto de a recusa de a indignidade impedir a sucessão legitimária “*vir desnaturar a relação entre o autor da sucessão e o legitimário*” que “*tem uma expetativa particularmente protegida*” porque “*a lei pressupõe e exige uma ligação pessoal particularmente forte ao autor da sucessão legitimária*”. Sendo o legitimário “*o herdeiro por excelência*”, se “*lhe outorga mais proteção do que a outros*” e, por isso, “*nada teria de estranho que os legitimários estivessem sujeitos, não só às causas de indignidade que atingem todo o qualquer sucessível, mas ainda a causas particulares, que permitem a deserdação e são deixadas na disponibilidade do autor da sucessão*”³⁵⁶.

A posição, hoje dominante, da doutrina merece a nossa adesão, pelas razões expostas. Não podemos ignorar que as causas de indignidade e de deserdação escoram-se em comportamentos muito graves do sucessível que não chega a herdar (indigno) e do deserदारo, que justificam que “*o deserदारo (seja) equiparado ao indigno para todos os efeitos legais*”³⁵⁷.

Mas, antes da necessária conclusão, importa fazer uma referência ao instituto da deserdação.

16.2 Deserdação

A deserdação é definida por COELHO DA ROCHA, como “*o ato pelo qual um parente priva da legítima, excluindo da sucessão, o seu herdeiro necessário*”³⁵⁸.

354 Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 281; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., p. 303, para quem “*não nos convencem os argumentos de que o art. 2166.º é uma norma especial em face do art. 2034.º*” e, portanto, afastaria o art. 2034.º Segundo este Autor, “*a especificidade do art. 2034.º reside no facto de não poder ser afastada pela vontade do autor da sucessão (art. 2027.º), mas só nos casos em que tais sucessores sejam capazes e, nomeadamente, dignos*”. E prossegue (p. 306): “*Quando haja indignidade por parte dos sucessíveis legitimários pela prática de atos tão afrontosos como os do art. 2034.º, a nossa lei parece dissociar-se inclusivamente das razões pelas quais consagrou a sucessão legitimária*”.

355 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 28-29; e LUÍSA. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 195, que refere a adere à posição de OLIVEIRA ASCENSÃO. Este Autor apresenta, como exemplo, o filho que assassinou o seu pai. Tendo este morrido imediatamente, não pode deserदार. Vide também RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 306.

356 Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., pp. 281-282.

357 Cf. art. 2166.º, n.º 2.

358 Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8.ª ed., Lisboa, 1917, p.

Na sua base está, como referimos, a ofensa grave de valores que justificam a equiparação do indigno ao deserdado³⁵⁹. Talvez por isso, alguns Autores tenham considerado os dois institutos (a indignidade e a deserdação) inutilmente sobrepostos, suprimido a deserdação e criado duas vias que as diferentes legislações percorrem³⁶⁰.

Apontam-se, como requisitos necessários, os seguintes: 1) necessidade de ser feita em testamento; 2) a causa deve ser expressa; 3) e deve ser admitida pela lei³⁶¹. E entende-se que os herdeiros legitimários só podem ser privados da legítima em casos excepcionais³⁶². Por isso, o nosso Código consagra causas determinadas de cuja existência depende a deserdação³⁶³.

E o seu efeito é, como determina o nosso Código, “*privar o herdeiro legitimário da legítima*”³⁶⁴. Por outro lado, sendo necessário que a deserdação ocorra em testamento³⁶⁵ está afastada a sua atuação automática *ope legis*³⁶⁶. E, porque “*o deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais*”³⁶⁷,

210, para quem, “*para ser válida é necessário que: 1) seja feita em testamento, escritura ou termo legal; 2) seja expressamente declarada a causa de exclusão; 3) esta causa seja justa; 4) seja provada pelos sucessores, para quem passa a herança ou legítima do excluído; 5) e julgada por sentença com audiência do mesmo*”. O Autor escrevia antes da promulgação do Código de Seabra. Na vigência da legislação atual, vide ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 393. No direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 225.

359 Cf. art. 2166.º, n.º 2.

360 Assim aconteceu, v.g., nos Códigos Civis francês e italiano que consagraram somente a indignidade sucessória. Posição contrária foi seguida pelos Códigos Civis dos países germânicos e dos países influenciados pela legislação germânica, nos quais a indignidade e a deserdação coexistem como institutos independentes. É o caso do nosso Código Civil. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., p. 274-275.

361 Vide MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 398; e ORLANDO GOMES, *ibidem*, p. 226, que refere: a) existência de herdeiros necessários; b) testamento válido; c) declaração de causa.

362 Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 192.

363 Cf. art. 2166.º n.º 1.

364 Cf. art. 2166.º, n.º 1. Vide ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 390, para quem “*a lei afasta, nestes casos, a proteção que concede ao legitimário mesmo contra a vontade do autor da sucessão (...) tudo se passando, então, como se o deserdado fosse inexistente*”. Sobre a legítima (noção, proibição, natureza, não oneração com encargos), vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legitimária*, Coimbra, 2004, pp. 45-57; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *ibidem*, pp. 351 e 438.

365 Cf. art. 2166.º, n.º 1.

366 Vide ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *ibidem*, p. 380.

367 Cf. art. 2166.º, n.º 2. Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, p. 58; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI,

também se admite a reabilitação do deserddado³⁶⁸.

16.3 Articulação da indignidade com a deserdação

Chegados aqui, e acolhendo a doutrina dominante segundo a qual as causas de indignidade não estão afastadas na deserdação³⁶⁹, importa observar e compará-las.

Relativamente à indignidade, a lei determina as seguintes causas: a) o sucessível é “condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adotante ou adotado”; b) é “condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza”; c) “dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos”³⁷⁰.

Por sua vez, a deserdação depende das seguintes ocorrências: a) “ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adotante ou adotado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão”; b) “ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas”; c) “ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos”.

Como observamos, a primeira causa de deserdação é mais ampla que a de indignidade: em causa não está só o homicídio doloso, mesmo não consumado, mas qualquer crime doloso contra a pessoa, bens ou honra, desde que a sua moldura penal seja superior a seis meses. Na segunda, pelo contrário, refere-se o mesmo crime, mas exige-se, na indignidade, uma pena de prisão superior a dois anos, exigência omitida na deserdação. A terceira causa de indignidade não existe na deserdação. Nada impediria o testador de, em segundo testamento, deserddar o sucessível que dolosamente ou por coação o induziu a fazer, revogar, modificar ou subtraiu, ocultou, ou inutilizou o testamento anterior. Na indignação, a última causa não surge como causa de deserdação. E nesta está ainda prevista a recusa, sem justa causa da prestação de alimentos devidos, que não figura como causa

cit., p. 265 e *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 154.

368 Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL *Direito da família e das sucessões*, II, *Sucessões*, cit., p. 213.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 193.

369 Vide *supra*, n.º 16.1.

370 Cf. art. 2034.º

de indignidade.

Ou seja, há causas comuns, mas também diferentes, embora todas digam respeito a comportamentos graves do sucessível e, por isso, igualmente censuráveis. E, como na indignidade, também a privação da legítima, consequência da deserdação, não afeta os descendentes do deserdado que gozam do direito de representação por efeito da equiparação do deserdado ao indigno³⁷¹.

Por isso, não têm faltado Autores que vêem nos dois institutos (indignidade e deserdação) uma sobreposição inútil³⁷² nem, em consequência, Códigos Civis que suprimiram a deserdação: v.g., os Códigos Civis francês e italiano só consagram a indignidade sucessória³⁷³. Não é o caso do nosso Código e, por isso, importará questionar como se articulam aquelas figuras que têm, como vimos, causas comuns e também diferentes.

Há quem, vendo na indignidade uma causa genérica de incapacidade sucessória, entenda que as suas causas se podem também aplicar subsidiariamente à sucessão legítima, não só quando não tivesse sido possível efetuar a deserdação – v.g., o autor da sucessão faleceu sem conhecer a causa –, mas também quando existe causa de indignidade e não de deserdação³⁷⁴. Há ainda quem considere que a indignidade concorre com a deserdação na sucessão legítima³⁷⁵. E, também, quem entenda que o mecanismo da deserdação operaria nas causas “*a mais*” que legalmente permitem o afastamento do herdeiro legítimo; e, nas causas comuns, faltando a deserdação, ainda se poderia aplicar a indignidade “*pois o art. 2034.º consagraria aquelas situações que, pela sua gravidade, gerariam o afastamento de qualquer sucessível, sobretudo se legítimo*”³⁷⁶. Numa palavra: a indignidade só não se aplicaria nas causas específicas de deserdação, como, v.g., a recusa ao

371 Cf. art. 2166.º, n.º 2. Vide MANUEL ALBALADEJO, *Curso de derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 402; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 393.

372 Vide MANUEL ALBALADEJO, *ibidem*, p. 402, para quem “*na prática não é mal permitir que o testador invoque as causas de indignidade como justificação para a privação da legítima a quem incorreu nela*”.

373 Posição contrária foi seguida pelos Códigos Civis dos países germânicos e dos países influenciados pela legislação germânica, nos quais a indignidade e a deserdação coexistem como institutos independentes. É o caso do nosso Código Civil. Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *as atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória* em *O Direito*, ano CI, cit., p. 274-275; e também ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 225.

374 Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II, *Sucessões*, cit., pp. 215-216.

375 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 157; e CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 217, que cita OLIVEIRA ASCENSÃO.

376 Transcrevenos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II, *Sucessões*, cit., p. 217.

autor da sucessão ou ao seu cônjuge, sem justa causa, dos devidos alimentos”³⁷⁷.

Opor-se-á a esta articulação a circunstância de a indignidade ser sancionada *ex lege* com a incapacidade sucessória, enquanto a deserdação opera por vontade do testador³⁷⁸? Pensamos que não: por um lado, a deserdação só pode ser efetuada com base em comportamentos tipificados na lei; e, por outro lado, o deserdado pode impugnar a deserdação, invocando a inexistência da causa invocada, dentro de dois anos a contar da abertura da sucessão³⁷⁹.

Outro problema consiste em saber se a deserdação também se repercute em todas as formas de sucessão. Atento o fundamento da deserdação e o princípio de que quem pode o mais também pode o menos, nenhum obstáculo existe a que a deserdação implique não só o afastamento da legítima, mas também da posição mais geral de herdeiro legítimo³⁸⁰.

16.4 Contributo romano

Apesar de a articulação da indignidade com a deserdação encontrar, na doutrina portuguesa, uma relativa convergência, não parece dispensável a convocação do direito romano. Afastada a *exhereratio* clássica que nada tinha de censurável enquanto meio para salvar a validade do testamento quando o testador tivesse filhos, filhas, mulher sujeita ao seu poder marital (*uxor in manu*) e netos, filhos de filho pré-falecido, todos denominados *heredes sui*³⁸¹, a deserdação aproximou-se, no direito justiniano, do instituto da ingratidão, cujas causas, até então dispersas em diversas leis, Justiniano reuniu e que, além da deserdação, permitem também a indignidade³⁸².

A aproximação e, dir-se-ia, a identidade das causas vai de encontro à

377 Cf. art. 2166.º, n.º 1, al. c).

378 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit., p. 157; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 195.

379 Cf. art. 2167.º Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessão legítima e sucessão legítimária*, cit., p. 59; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 158; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 193; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., pp. 392-396, para quem, “qualquer legítimário deserdado poderá instaurar ação para impugnar a deserdação. Esta ação, dirigida contra os herdeiros, tem natureza declarativa e é personalíssima, transmitindo-se apenas aos descendentes do deserdado”. Quanto à deserdação justa, “a devolução da legítima ao cônjuge sobrevivente é considerada inexistente, retroagindo à data da abertura da sucessão”.

380 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., pp. 276-278; CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, pp. 212-213; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 391.

381 Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I. *Introdução. Fontes*, cit., pp. 227-228; e *supra*, n.º 10.

382 Vide *supra*, n.º 11.

moderna tendência que admite a deserdação quando a respetiva causa está prevista na figura da indignidade e recorre a esta figura quando a deserdação não foi feita por impossibilidade: v.g., o autor da sucessão faleceu, sem conhecer o comportamento indigno do herdeiro legitimário.

Mas também não deixa de estar na origem da confusão que se verificou, a ponto de, como referimos, haver quem considere inútil e deserdação e códigos que a aboliram.

17. A indignidade atua automaticamente ou, pelo contrário, deve ser declarada judicialmente?

17.1 Doutrina portuguesa

A nossa doutrina encontra-se profundamente dividida entre quem entende que a indignidade atua automaticamente e quem considera que é necessário intentar uma ação para a declarar, cuja natureza também não é pacífica.

Em abono da primeira posição estão os Autores que se apoiam na lei segundo a qual a ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser instaurada dentro de certo prazo³⁸³, incumbindo mesmo ao Ministério Público intentá-la não só quando o único herdeiro é afetado pela indignidade³⁸⁴, mas também quando a indignidade sucessória não foi declarada na sentença penal na hipótese da al. a) do art. 2034³⁸⁵. E invocam-se razões de segurança e certeza jurídica que impõem a necessidade de se definir claramente o destino dos bens do autor da sucessão³⁸⁶.

Defende a segunda solução quem entende que a indignidade opera automaticamente quando o indigno não está na posse dos bens e só considera necessária a ação que a declare se, pelo contrário, tiver essa posse. Isto porque, se o indigno, que não está na posse dos bens, reclamasse quaisquer direitos sucessórios,

383 Cf. art. 2036.º, n.º 1.

384 Cf. art. 2036.º, n.º 2.

385 Cf. art. 2036.º, n.º 3.

386 Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Sucessões. Parte geral*, cit., p. 38; e PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, VI, cit., p. 40 para quem “o art. 2036.º deixa subentendido claramente que a declaração da indignidade como causa de incapacidade sucessória só pode ser proferida por via judicial, nalguns casos só depois de condenação em ação penal, mas em qualquer caso mediante ação cível ad hoc”. Vide também F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 215, que adere a esta posição; e ainda: RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., p. 287; LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 189. No direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 33. CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 103-104. No direito alemão, vide THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., pp. 9 e 18.

os sucessíveis capazes sempre poderiam defender-se por via de exceção, invocando a indignidade daquele, nos termos do art. 287.º, n.º 2, aplicado por analogia³⁸⁷. Como fundamento desta doutrina, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO refere, nomeadamente, que: 1) seria absurda a necessidade de se intentar a ação de declaração de indignidade se o indigno não detiver os bens hereditários; 2) a expressão legal “*carecem de capacidade sucessória*” (art. 2034.º) e a epígrafe “*incapacidade por indignidade*” em que este artigo se insere acentuam o caráter automático da atuação por indignidade; 3) os prazos limitados de caducidade do art. 2036.º apontam para o automatismo do operar da indignidade; 4) a lei não diz que a devolução da sucessão ao indigno se resolve, mas que é inexistente, e considera-o possuidor de má fé³⁸⁸; 5) a lei, ao dispor que “*o que tiver incorrido em indignidade, mesmo que já tenha sido judicialmente declarada, readquire a capacidade sucessória...*”³⁸⁹, parece transmitir a ideia de que se poderia incorrer em indignidade sem que tenha sido judicialmente declarada³⁹⁰.

Esta posição é criticada por CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, para quem assentar na ideia de posse ou não, pelo indigno, dos bens hereditários, “*parece não fazer relevar a eventual posição de herdeiro ou de legatário do indigno*” e “*não atentar na situação da “cadeia” dos sucessíveis subsequentes – e lembre-se de que a indignidade não afeta o direito de representação na sucessão legal, nos termos do art. 2037.º, n.º 2*”³⁹¹. Também “*a referência à inexistência da devolução está longe de ser decisiva, conhecido o mecanismo da retroação da resolução de uma vocação*”³⁹². Além de que no caso de os efeitos duma situação de indignidade não declarada poderem ser apreciados tardiamente, poder-se-ia gerar uma “*clara situação de insegurança no processamento normal do fenómeno sucessório, tendo em vista o interesse dos sucessíveis subsequentes*”³⁹³. Por isso, aquele Autor entende que “*a opção do legislador parece ter sido outra, sobrepondo razões de certeza jurídica e de definição breve de situações que a morte de*

387 Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Sucessões*, cit., p. 208; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 297.

388 Cf. art. 2037.º, n.º 1.

389 Cf. art. 2038.º, n.º 1.

390 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano CI, cit., pp. 294-296, em *O Direito*, ano 102.º, pp. 3-11 e em *Direito civil. Sucessões*, cit., pp. 150-153. A doutrina de OLIVEIRA ASCENSÃO foi seguida pelo nosso STJ em acórdão dde 23/7/1974, publicado no BMJ 239.º, p. 225.

391 Transcrevemos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *Direito da família e das sucessões*, II. *Sucessões*, cit., p. 209.

392 Continuamos a transcrever CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 209.

393 De novo transcrevemos CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 210.

alguém deixou despersonalizadas”³⁹⁴. E termina, referindo que o afastamento da disposição do Anteprojeto de Galvão Telles – que, não fazendo referência à declaração judicial de indignidade, “*parecia indiciar o caráter automático da atuação da incapacidade*” –, alterado na primeira Revisão Ministerial e, depois, no texto final, permite considerar que a indignidade atua *officio iudicis*”, ou seja, através de ação que a declare³⁹⁵.

No entanto, merece a simpatia de RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, para quem o termo *pode* do art. 2036.º e as expressões “*o mesmo que*” e “*já*” do n.º 1 do art. 2038.º permitem concluir que, mesmo sem a declaração judicial de indignidade, “*pode ter-se incorrido em indignidade e haver lugar a reabilitação com reacquirição de capacidade sucessória*”³⁹⁶. Por outro lado, “*as sentenças judiciais declarativas são normalmente apenas um dos modos certificativos de direitos ou deveres existentes e não modo certificado obrigatório ou elemento constitutivo de direitos ou deveres*”; e “*o art. 67.º não exige que as incapacidades jurídicas tenham de ser judicialmente declaradas, mas apenas as que resultem de “disposição legal”*”³⁹⁷. E, embora haja casos em que o recurso à ação declarativa da indignidade é o meio exclusivo para ulteriormente se dispor de título executivo³⁹⁸, aquele Autor mostra-se, parece-nos, sensível à doutrina defendida por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO.

Se nos é permitido manifestar a nossa posição, diremos que propendemos para a opinião da maioria dos nossos Autores que se inclina para a necessidade de a indignidade dever ser declarada judicialmente. Razões de certeza e de segurança do comércio jurídico abonam-na: não sendo declarada no tribunal, paira a incerteza sobre a veracidade dos factos que suportam a indignidade e justifica a transmissão dos bens hereditários aos sucessíveis que ocupam a ordem imediatamente posterior; assim como, se entretanto tiver falecido, permite aos seus herdeiros (legítimos e legitimários) por direito de representação, reivindicarem a propriedade dos respetivos bens.

394 Voltamos a transcrever CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 210.

395 Vide CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL, *ibidem*, p. 210.

396 Transcrevemos RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., p. 298.

397 Voltamos a transcrever RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, pp. 298-299.

398 Cf. art. 4.º do Código de Processo Civil. Vide RABINDRANTH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 299, que exemplifica com o caso em que o indigno está na posse de bens da sucessão, cuja entrega ou quantia equivalente se pretende executar no património do indigno; e nos casos em que o indigno se fez previamente habilitar como sucessor e os sucessíveis pretendam entrar no pleno e exclusivo gozo dos bens da sucessão.

Se, entretando, o indigno se tiver apoderado dos bens, mais aquela ação se justifica para legitimar os interessados na recuperação, recorrendo quer à ação de reivindicação quer à ação de restituição de posse; trata-se, afinal, dum problema possessório cuja tutela não prejudica a proteção dada ao proprietário (ou seja, ao herdeiro do indigno).

Por outro lado, se a indignidade atuasse automaticamente, *ope legis*, poderia comprometer gravemente a honra da pessoa considerada indigna, obrigando-a a impugná-la para, quiçá demasiado tarde, a recuperar e porventura nunca totalmente aos olhos da opinião pública.

Por isso, a proteção da honra e da dignidade dum pessoa nem sempre se compadece com atuações automáticas; pelo contrário, podem exigir a apreciação de um juiz, a quem a comunidade confere o *officium* de dizer o direito (*ius dicere*). Não faltam elementos que nos confortam: desde logo, a letra da lei – “a ação destinada a obter a declaração de indignidade pode ser intentada ...”³⁹⁹; esta ação deve ser intentada pelo Ministério Público, quando o único herdeiro seja o sucessor afectado pela indignidade⁴⁰⁰; e no caso de condenação dos crimes a que se refere a al. a) do art. 2034.º a sentença deve ser obrigatoriamente comunicada ao Ministério público para intentar aquela ação⁴⁰¹. Em qualquer destes casos, se a indignidade produzisse automaticamente os seus efeitos, esta obrigação não faria muito sentido. E também não devemos ignorar que o nosso legislador, recusando a orientação do Anteprojeto Galvão Telles – que, referimos, não fazendo referência à declaração judicial de indignidade, parece consagrar o carácter automático da atuação da incapacidade –, seguiu outra via: a da necessidade de ser intentada uma ação que averigue e declare (ou não) a indignidade.

É certo que, fora destes casos – que, aliás, são os mais graves –, a exigência de uma ação (declarativa) tem os seus custos: v.g., se não for proposta no prazo legalmente assinalado⁴⁰², o pretense indigno deixa definitivamente de o ser e, portanto, mantém firme a sua capacidade sucessória. Todavia, trata-se de riscos inerentes à vida jurídica que tem, na segurança e na certeza que o direito oferece, um valor muito importante.

17.2 Espécie de ação

Inclinando-nos para a necessidade de a indignidade ser apreciada judicialmente, põe-se o problema: qual a natureza desta ação? A nossa doutrina

399 Cf. art. 2016.º, n.º 1. Pode ser intentada. Dir-se-á: se pode, também pode não o ser. Só que, nesta hipótese, o direito de a propor cauca e, deste modo, o indigno consolida definitivamente a sua posição sucessória.

400 Cf. art. 2036.º, n.º 2.

401 Cf. art. 2016.º, n.ºs. 2 e 3.

402 Cf. art. 2036.º, n.º 1.

encontra-se dividida⁴⁰³, entre quem vê nela uma ação constitutiva e quem considera que se trata duma ação declarativa de simples apreciação⁴⁰⁴.

Em abono da natureza de ação declarativa, invocam-se as palavras *declaração* e *declarada* que a lei utiliza⁴⁰⁵; e, quando fixa os efeitos da indignidade, a lei considera que “a *devolução da sucessão ao indigno é havida como inexistente*”⁴⁰⁶ e não como *resolvida*. Ou seja, não existe resolução, mas um regime que se harmoniza com o de ação declarativa⁴⁰⁷.

Há também quem, vendo a produção automática, ou *ope legis*, dos efeitos da indignidade e, portanto, não considerando indispensável a ação prevista no art. 2036.º, a considere uma *ação complementar*: *Se a indignidade atua automaticamente, o sucessível beneficiado com a exclusão do indigno pode exigir os bens quer ao indigno quer a terceiro, independentemente da declaração judicial da indignidade*”. Simplesmente, “*para demonstrar a qualidade de herdeiro, o beneficiário terá de provar a indignidade*”, escreve JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO⁴⁰⁸. Movida esta ação, a sentença “*não é causa da produção daqueles efeitos que já se tinham verificado*”, mas “*só condição para que alguém os possa fazer valer*”⁴⁰⁹.

Embora, como refere aquele Autor, “*o problema da qualificação da ação pode ser tranquilamente abandonado do Direito Processual*”⁴¹⁰, importa tomar posição.

Segundo o nosso Código de Processo Civil, “*as ações de simples apreciação têm por fim obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto*”, enquanto as ações constitutivas visam “*autorizar uma*

403 Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., p. 189, para quem “*a resposta não é fácil, embora se possam invocar alguns elementos do texto a favor do entendimento da ação como declarativa*”; e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Sucessões*, cit. p. 151, para quem “*é muito difícil determinar a posição correta*”.

404 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102.º, p. 11. No direito brasileiro, vide ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 36.

405 Cf. arts. 2036.º e 2037.º, n.º 1

406 Cf. art. 2037.º, n.º 1.

407 Neste sentido, vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 198.

408 Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102.º, p. 27.

409 De novo transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pp. 14-16. *Ainda segundo este Autor; Direito civil. Sucessões*, cit., p. 151, “*se a ação fosse constitutiva, importaria em mais uma inútil e nociva jurisdicionalização da vida corrente*”.

410 Transcrevemos JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, p. 27.

mudança na ordem jurídica existente”⁴¹¹

A doutrina ocupa-se, naturalmente, deste tema com maior desenvolvimento. Para MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, as ações declarativas podem ser de condenação, de simples apreciação e constitutivas⁴¹². Afastada a ação de condenação, restam-nos as duas últimas. Segundo este Autor, as ações de simples apreciação (positiva ou negativa) destinam-se “*a definir uma situação tornada incerta*” visando “*o autor apenas obter a simples declaração da existência ou inexistência dum direito ou dum facto jurídico. O autor pretende, em tais casos, reagir contra uma situação de incerteza (objetiva) que o impede de auferir todas as vantagens normalmente proporcionadas pela relação jurídica material ou lhe causa um dano patrimonial ou moral apreciável*”. E, quanto às ações constitutivas, “*são aquelas em que o requerente pretende obter a produção dum novo efeito jurídico material, que tanto pode consistir na constituição duma nova relação jurídica, como na modificação ou na extinção duma relação preexistente*”. É o tipo de ações especialmente ajustado aos chamados direitos potestativos, “*quando para a produção do efeito jurídico visado importa recorrer a uma decisão judicial. É óbvio que o tribunal só concederá a providência requerida depois de verificar, mediante investigação adequada e com audiência da parte contrária – a presença dos requisitos legalmente necessários para a existência do direito potestativo*”⁴¹³.

No mesmo sentido, JOSÉ LEBRE DE FREITAS observa que “*na ação de simples apreciação, o autor pede ao tribunal que declare a existência ou inexistência de um direito ou dum facto jurídico*”; e, “*pela ação constitutiva, exerce-se um direito potestativo. O juízo do tribunal não se apresenta limitado pela situação de direito ou de facto pré-existente*”. Pela sentença, o juiz “*cria novas situações jurídicas anteriores*” que “*só nascem com a própria sentença*”⁴¹⁴.

O problema centraliza-se, portanto, à volta dum direito potestativo constitutivo duma nova relação jurídica que terá como titular a pessoa beneficiada com o comportamento indigno de outra: se o indigno entretando tiver falecido, os titulares desse direito serão os seus herdeiros legais que gozam do direito de representação; no caso, normal, de sobreviver ao autor da sucessão, os outros herdeiros (legítimos e legitimários) do *de cuius*. Havendo testamento, serão os co-herdeiros (colegatários ou cofideicomissários) com direito de acrescer e, na

411 Cf. art. 10.º, n.º 3. a) e c).

412 Vide MANUELA, DOMINGUES DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, I, Coimbra, 1963, pp. 7-9.

413 Transcrevemos MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE, *ibidem*, pp. 7-9.

414 Transcrevemos JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 29-32.

sua falta, os restantes herdeiros legítimos do testador⁴¹⁵.

Em ambas as hipóteses – ação de simples apreciação e ação constitutiva – importa averiguar se os factos constantes das diversas alíneas do art. 2034.º ocorreram. Todavia, a ação pode, em determinados casos, ser intentada pelo Ministério Público⁴¹⁶ e, nestas hipóteses, não é fácil falar de direito potestativo. Além de que, sendo constitutiva, a ação produz os seus efeitos a partir da sentença e não retroativamente ao momento da abertura da sucessão.

Por outro lado, a finalidade da ação declarativa de simples apreciação consiste exatamente em afastar a incerteza sobre o comportamento do demandado é ou não subsumível a alguma das causas de indignidade. Por isso, e sem a pretensão de manifestarmos uma opinião definitiva, propendemos para acompanhar os Autores que vêm, naquela ação, uma ação declarativa de simples apreciação: o tribunal, verificado o facto grave do demandado, limita-se a subsumi-lo à previsão legal e a declarar a indignidade.

17.3 Contributo romano

Regressando ao direito romano, já observámos que o *aerarium* (primeiro) e o *fiscus* (depois) a quem os bens herdados pelo indigno se transmitiam, só podiam exercer o seu direito de aquisição (*ereptio*) depois de verificar se efetivamente se verificou alguma das causas que suportam legalmente a indignidade. Por isso, o seu representante e defensor legal deveria promover o adequado procedimento judicial, depois de denúncia (*nuntiatio*) feita pelo próprio indigno ou outra pessoa⁴¹⁷.

E, proposta a ação, o acusado de indignidade podia contestá-la e apelar de sentença que lhe fosse desfavorável.

Ou seja, a indignidade devia ser declarada em tribunal e só depois de dissipadas as dúvidas, o *aerarium* ou o *fiscus* podia apoderar-se dos bens hereditários.

Portanto, o direito romano também não dispensava uma ação que definitivamente declarasse que o indigno tinha cometido uma das acções (ou

415 Sobre a legitimidade (ativa) desta ação, recorde-se que o nosso Código de Processo Civil (art. 30.º) determina que “o autor é parte legítima quando tem interesse direto em demandar”. Vide, sobre a legitimidade na ação (declarativa) da indignidade: F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 215 para quem “a lei é omissa no que se refere à legitimidade ativa, que fica sujeita às regras gerais do C. P. Civil”; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, I, cit., pp. 299-300; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, cit., pp. 186-187. Sobre a legitimidade na impugnação da indignidade, vide, no direito alemão, THEODORO KIPP, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 12, para quem a impugnação pertence a qualquer que beneficie com o facto praticado pelo indigno para herdar.

416 Cf. art. 2036.º, n.ºs. 2 e 3.

417 Vide *supra*, n.º 5.

omissões) consideradas causas de indignidade. Trata-se, parece-nos, duma ação declarativa de simples apreciação.

18. O deserdado por ser reabilitado?

18.1 Doutrina portuguesa

Já referimos⁴¹⁸ que o nosso Código permite a reabilitação do indigno, mesmo que a indignidade já tenha sido judicialmente declarada. E observámos que o efeito da reabilitação consiste em o que tiver incorrido em indignidade readquire a capacidade sucessória⁴¹⁹. Assim se revela o sentido humanista que o perdão inequivocamente traduz e a que o nosso legislador não foi insensível.

É certo que o Código só consagra a reabilitação do indigno e, por isso, poder-se-á questionar se o deserdado também pode ser reabilitado. Este problema parece resolvido se considerarmos que “*o deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais*”⁴²⁰; logo, se o indigno pode ser reabilitado, o mesmo deverá suceder com o deserdado.

18.2 Contributo romano

O problema da admissibilidade da reabilitação no direito romano é também questionado pela doutrina romanista. Como vimos, quem responde afirmativamente, apoia-se num texto de MARCIANO que não se ocupa da reabilitação, mas da indignidade em que incorre quem, com culpa e negligência, contribui para a morte da mulher que o instituíra herdeiro⁴²¹.

E quem responde negativamente invoca o carácter público da censura dos comportamentos indignos que afasta a ideia de perdão⁴²². Mas trata-se também duma posição que as fontes não sustentam e contraria a ideia de *pietas* a que que o direito romano foi, por vezes, sensível.

418 Vide *supra*, n.º 15.1.2.

419 Cf. art. 2038.º Não constitui reabilitação a simples reconciliação, como, na vigência das Ordenações Filipinas, sustentava M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, 8.ª ed., Lisboa, 1917, p. 210.

420 Cf. art. 2166.º, n.º 2. Vide, neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As atuais coordenadas do instituto da indignidade sucessória em O Direito*, ano 102.º, p. 154; e ANA CRISTINA FERREIRA E SOUSA LEAL, *A legítima do cônjuge sobrevivente*, cit., p. 397.

421 Vide *supra*, n.º 8.

422 Neste sentido, vide ENZO NARDI, *ibidem*, p. 56.

19. Conclusão

1. A indignidade não constitui, em Roma, uma figura jurídica unitária. Os romanistas têm procurado determinar o que existe de comum nos diversos factos considerados indignos e destacam os seguintes aspetos que marcam o seu regime jurídico: o indigno herda, mas não conserva. Ou seja, a indignidade não afasta, antes não dispensa a oferta (*delatio*) da liberalidade hereditária (herança, legado ou fideicomisso). Todavia, os bens são subtraídos ao indigno e passam ordinariamente para o *aerarium* (depois, para o *fiscus*) e, só em casos excecionais, para as pessoas legalmente contempladas. Estamos perante o princípio de CUJÁCIO, segundo o qual “*indignus potest capere, sed non retinere*”.

2. Os factos graves praticados pelo sucessível contra o autor da sucessão ou familiares próximos foram considerados indignos pelas leis imperiais (*contituciones*) à medida que iam sendo praticados. Os romanistas, preocupados em sistematizá-los, têm-nos agrupado em diversas categorias, de que destacamos a classificação de BOFANTE: 1) faltas contra a pessoa do defunto; 2) faltas contra a vontade do defunto; 3) faltas contra e lei.

3. Paira a dúvida sobre se alguns comportamentos do sucessível produzem a indignidade ou a incapacidade sucessórias. Esta dúvida é alimentada pela circunstância de a incapacidade ter um regime jurídico diferente.

4. Efetivamente, enquanto a indignidade não afasta, antes pressupõe, a *delatio* da herança, legado ou fideicomisso, passando ordinariamente os bens subtraídos ao indigno para a esfera patrimonial do *aerarium* (e depois, para o *fiscus*) e exceionalmente, para as pessoas legalmente contempladas, a incapacidade, dita tradicional, resulta da inobservância das regras do direito civil romano e produz o afastamento da *delatio*. Portanto, o incapaz não chega a ser herdeiro, sendo os bens que lhe corresponderiam (denominados *caduca*) atribuídos às pessoas imediatamente a seguir na ordem sucessória e, em última análise, ao *aerarium* (e depois, ao *fiscus*).

5. A legislação imperial criou novas incapacidades, merecendo destaque a legislação demográfica de Augusto. Todavia, também não se trata de verdadeira incapacidade, quer porque as *leges Iulia et Papia Poppaea* deixavam de fora a sucessão *ab intestato*, quer porque o incapaz (homem ou mulher) podia afastar a sua “incapacidade”, quer porque a *delatio* não era afetada, mas só a aquisição: os herdeiros ou legatários atingidos só não podiam adquirir nos termos previstos, passando as suas quotas vacantes para quem tivesse o direito de acrescer, para os herdeiros legítimos e, na sua falta, para o *aerarium*, (e, depois, ao *fiscus*).

6. Este novo regime impropriamente considerado incapacidade foi sucessivamente abolido por sucessivas leis dos Impertadores cristãos para quem perdeu sentido induzir as pessoas a celebrarem matrimónio para aumentar a

população romana através de sanções e vantagens. Mas mantiveram-se os vocábulos *capere* e *caduca*, embora com outros significados: *capere* significa a capacidade jurídica sucessória; e *caduca*, os bens que se regem pelos princípios gerais da vacância da quota hereditária.

7. Regressando ao direito (*ereptio, ius ereptionis*) de o *aerarium* (e, depois, de o *fiscus*) adquirir os bens subtraídos ao indigno, só podia ser exercido depois de, em ação intentada pelo seu representante (*advocatus fisci*), se provar que o demandado praticou os factos que lhe são atribuídos e que permitem ao juiz declarar a indignidade. O demandado pode apelar da sentença que o declara indigno.

8. A gravidade dos factos considerados indignos, que abalam os valores sobre os quais se ergue a sociedade romana (e as sociedades atuais), justifica que a *iusprudentia* romana e a doutrina contemporânea os tenham considerado legalmente taxativos, suscitando sérias dificuldades, como iremos observar (*infra*, n.º 10).

9. A deserção começou por nada ter a ver com a indignidade, funcionando como instrumento que permitia salvar a validade do testamento feito a estranhos à família. Mas posteriormente aproximou-se da indignidade, com a qual tem muitas causas comuns, sobretudo no direito justiniano.

10. No direito português, a doutrina questiona se as causas de indignidade previstas no art. 2034.º do Código Civil são taxativas. A resposta é unânime, mas a solução dada a situações muito semelhantes e não previstas não é pacífica: há quem entenda que pode recorrer-se à *analogia legis* e não à *analogia iuris*, por se tratar duma taxatividade delimitativa; e quem, invocando a metodologia que tende a impor-se nos nossos dias, considere que a *analogia iuris* (afinal a única analogia) não está afastada. Assim se afasta, como indigno, quem se comportou de tal maneira que seria absurdo chamá-lo a herdar de quem tão gravemente ofendeu.

11. A qualificação legal da indignidade como incapacidade sucessória é igualmente questionada. Há quem, considerando que ao legislador não cabe qualificar, entenda que a indignidade não é verdadeira incapacidade, mas ilegitimidade. Sobretudo, porque enquanto, na indignidade, o indigno só não adquire os bens de quem ofendeu, ou seja, tem carácter relativo, na incapacidade o incapaz não pode herdar de ninguém: tem carácter absoluto. É esta a orientação que a nossa doutrina tem aderido, substituindo incapacidade por ilegitimidade.

12. Também se questiona atualmente se a indignidade atinge todas as espécies de sucessão ou estará afastada na sucessão legitimária, substituída pela deserção. Observando que o Código Civil português (art. 2034.º) considera a incapacidade uma genérica de “incapacidade” sucessória, há quem entenda que as suas causas (aí consagradas) também ser invocadas na sucessão legitimária. Esta situação tem relevo especial quando não foi possível ao testador deserdar o

herdeiro legitimário que o ofendeu: v.g., a ofensa ocorreu depois da morte do *de cuius* ou, mesmo em vida, quando já não se encontrava em condições físicas ou mentais de o deserdar.

13. Do mesmo modo, porque o deserdado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais (art. 2166.º, n.º 2), nada impede o testador de deserdar o seu herdeiro legitimário com base em comportamentos tipificados como causas de indignidade. Fala-se, a este propósito, numa relação de subsidiariedade das causas de indignidade em relação às causas de deserdação. Também com base no mesmo princípio de equiparação do deserdado ao indigno, a deserdação não se confina à sucessão legitimária: pode refletir-se igualmente nas restantes espécies de sucessão.

14. Questiona-se também se a indignidade atua automaticamente ou se deve ser declarada judicialmente. A nossa doutrina diverge entre quem considera necessária e quem dispensa uma ação declarativa. Inclina-mo-nos, no entanto, para a doutrina dominante que defende o primeiro ponto de vista. Razões de certeza e de segurança, a par de a proteção da honra nem sempre se compadecer com atuações automáticas.

15. A natureza desta ação é também controversa. Afastada a presença de um direito potestativo dos beneficiados com o afastamento do indigno e, portanto, duma ação constitutiva, pensamos que aquela ação deve ser declarativa de simples apreciação. Ou seja, provado o comportamento do demandado e subsumido a uma das causas legalmente previstas de indignidade, o juiz limita-se a declará-lo indigno. Todavia, esta posição carece de ser repensada sobretudo no âmbito do Direito do Processo Civil.

16. Finalmente, a possibilidade de o deserdado ser reabilitado (como pode ocorrer com o indigno: art. 2038.º) não motiva discussão doutrinal, sobretudo porque o deserdado é, como referimos, equiparado ao indigno para todos os efeitos legais (art. 2166.º, n.º 2).

20. Abreviaturas

BIDR - *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano* (Milão)

BMJ - *Boletim do Ministério da Justiça* (Lisboa)

C. - *Codex* de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*, vol. II, ed. de Paulus KRÜGER, 13.ª ed., Berlim, 1965)

C. Th.- *Codex Theodosianus* (ed. Th. MOMMSEN-Paul M. MEYER, 2.ª ed., Berlim, 1954)

D.- *Digesta* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. I, ed. De Theodorus, MOMMSEN-Paulus KRÜGER, 18.ª ed., Berlim, 1965)



- FIRA - *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars Altera* (Florença, 1964)
GAIO - *Gai Institutionum Commentarii Quattuor* (FIRA, II, 9-200)
INITIUM - *Revista Catalana d'Història del Dret* (Barcelona)
LABEO - *Rassegna di Diritto Romano* (Nápoles)
N. - *Novellae Iustiniani* (*Corpus Iuris Civilis*, vol. III, ed. de R. SCHÖLL-G.
KROLL, 8.^a ed., Berlim, 1963)
JUS - *Jus. Rivista de Scienze Giuridiche* (Milão)
O DIREITO - *Revista de Ciências Jurídicas e de Administração Pública*
(Lisboa)
PS - *Pauli Sententiae Receptae* (FIRA, II, 321-417)
SDHI - *Studi et documenta historiae et iuris* (Roma)
ULPIANO - *Tituli XXVIII ex Corpore Ulpiani em FIRA, Pars Altera*
(Florença, 1964)

O MECANISMO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMERCIAIS DA COMUNIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DA ÁFRICA AUSTRAL (SADC)

Almeida Machava*

Assistente, Faculdade de Direito, Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique

Resumo: Um dos principais desafios no desenvolvimento de relações comerciais entre diferentes territórios aduaneiros num contexto integrado é a possibilidade do surgimento de conflitos comerciais entre os territórios participantes e a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC), como uma organização a ser tida como integrada, deve estar preparada para responder a esses possíveis conflitos comerciais dotando-se de meios adequados e eficazes para o efeito. Neste sentido, com a entrada em vigor do Protocolo Comercial da SADC em 2001, os membros da SADC passaram a contar com regras e procedimentos específicos para reger a resolução de conflitos comerciais que possam emergir entre eles. Consagrados no Anexo VI do Protocolo Comercial e Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, o Mecanismo de Resolução de Conflitos Comerciais da SADC prevê vários métodos para resolver um conflito comercial, que lhe confere uma natureza ad-hoc ou “quase ad-hoc”. O principal objectivo deste ensaio é de analisar o mecanismo de resolução de conflitos comerciais da SADC por forma a entender, a partir da estrutura do sistema, como ele operará na eventualidade de ocorrência de um conflito comercial, uma análise que é feita em confrontação com o mecanismo de resolução de conflitos multilateral previsto no Memorando de Entendimento sobre a Resolução de Conflitos da OMC.

Palavras-chave: SADC; OMC; conflitos.

* Mestre em *International Business Law* e Doutorada em Ciências Jurídico-Económicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Email: almach79@gmail.com

1. Introdução

A adoção do Tratado Constitutivo da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC) marcou uma viragem na história das relações comerciais entre os países da região austral de África, sobretudo no modo como essas relações eram desenvolvidas. Mais do que uma resposta a uma demanda continental, que vê nas comunidades económicas regionais o pólo para a integração e desenvolvimento económico de todo continente africano, a constituição da SADC pode ser vista como uma resposta aos novos desafios que as relações económicas internacionais enfrentam num mundo cada vez mais globalizado.

Porém, a adoção de uma estratégia de integração regional baseada num processo de integração que se vai aprofundando sucessivamente à medida que o tempo vai passando (a SADC definiu como meta do seu processo de integração regional o estabelecimento da União Monetária em 2016) outros desafios vão se evidenciando e necessitarão de resposta à altura, e é nesta perspectiva que a organização deve estar dotada de instrumentos, sobretudo legais, capazes de dar resposta aos novos desafios que uma integração regional progressiva apresenta.

Um dos desafios do desenvolvimento de relações comerciais entre diferentes Estados numa base integrada é a possibilidade de surgimento de conflitos entre esses diferentes actores comerciais e a SADC, como uma organização de integração, tem que estar em condições de dar respostas a esses possíveis conflitos dotando-se de mecanismos próprios e eficazes para o efeito.

Respondendo aos objectivos preconizados aquando da adoção do Tratado Constitutivo da SADC, foi aprovado o Protocolo Comercial no qual foram estabelecidas as regras e procedimentos que vão nortear o desenvolvimento das relações comerciais dentro da região e, no âmbito desse protocolo, a questão de resolução de conflitos não ficou fora das preocupações dos Estados Membros tendo sido objecto de consagração específica, primeiro fixando-se o regime de resolução de conflitos numa disposição legal do mesmo Protocolo (Artigo 32) e depois, com a emenda do Protocolo, alargando-se esse regime num dispositivo específico, anexo ao próprio Protocolo Comercial, o Anexo VI, o qual veio oferecer um regime mais detalhado sobre as regras e procedimentos para a resolução de conflitos comerciais na SADC. No entanto, apesar do Protocolo Comercial apresentar-se como tendo um vasto âmbito de aplicação, em 2012 foi adoptado o Protocolo sobre o Comércio de Serviços que também inclui um anexo sobre a resolução de conflitos.

No presente ensaio passamos em revista esses mecanismos de resolução de conflitos comerciais adoptados no Protocolo Comercial e no Protocolo sobre o Comércio de Serviços da SADC (2), em especial os sistemas estabelecidos

pelos respectivos Anexos VI e I (3), procurando ressaltar como os mesmos se encontram estruturados, numa análise que se faz em paralelo com o mecanismo de resolução de conflitos da OMC, destacando os principais aspectos que os mesmos apresentam e as suas deficiências.

2. Os Protocolos Comercial e sobre Comércio de Serviços da SADC e a resolução de conflitos comerciais

Com a transformação da SADCC em SADC, em 1992, foi definido como uma das principais missões da Comunidade *a promoção de uma cooperação e integração mais profunda*, conforme se pode retirar do Preâmbulo do Tratado Constitutivo da SADC, e, para o efeito, foi desenvolvido e adoptado o Protocolo sobre Cooperação e Liberalização do Comércio (Protocolo Comercial), em 1996¹, no qual definiu-se como um dos objectivos *liberalizar o comércio intra-regional de bens e serviços na base de acordos comerciais justos e mutuamente equitativos e benéficos*, conforme resulta do número 1 do Artigo 2 do Protocolo Comercial.

A concretização dos objectivos definidos no Protocolo Comercial passava pela tomada de várias medidas para que a sua implementação de forma eficaz não fosse uma utopia. Para o efeito, e tendo em atenção o facto de o desenvolvimento de relações comerciais entre Estados não estar imune à ocorrência de conflitos, uma das questões que mereceram a atenção dos mentores do Protocolo Comercial da SADC foi a relativa às regras a ser aplicadas em caso de surgimento de disputas durante o desenvolvimento das relações comerciais entre os Estados Membros.

Desta feita, o Artigo 32 do texto inicial do Protocolo Comercial² descrevia

1 O Protocolo Comercial da SADC entrou em vigor em Janeiro de 2000, após a sua ratificação por dois terços dos Estados Membros, conforme estabelecem os artigos 36 e 37, ambos do Protocolo Comercial.

2 O texto inicial do Artigo 32 do Protocolo Comercial da SADC estabelecia o seguinte:

“ARTICLE 32

SETTLEMENT OF DISPUTES

1. Member States shall endeavour to agree on the interpretation and application of this Protocol, and shall make every effort, through cooperation and consultation, to arrive at a mutually satisfactory agreement.

2. The settlement of any dispute among Member States shall, whenever possible, imply removal of a measure not conforming with the provisions of this Protocol or causing mollification or impairment of such provision.

3. Failing a settlement as provided in paragraph 2 of this Article, withdrawal of equivalent concession may be implemented by the Member State suffering the injury.

4. In case of disagreement, the Member States may take recourse to a panel of trade experts.

5. The appointment, composition, powers and functions of the panels of trade experts shall be determined by the CMT.

os procedimentos a serem tidos em conta na resolução de conflitos comerciais no âmbito da Comunidade, apresentando três níveis de resolução de conflitos³, sendo o primeiro o da Cooperação e Consultas (nos números 1 e 2 do Artigo 32) em que as partes em conflito eram chamadas a alcançar um acordo mútuo satisfatório que levasse à remoção das medidas inconsistentes com o Protocolo Comercial ou que causassem a ineficácia das disposições deste; o segundo nível era o do Painel de Peritos Comerciais (número 4 do Artigo 32) e o terceiro e último nível o do Tribunal (número 6 do Artigo 32), este último com a particularidade de só poder ser invocado quando a questão em discussão fosse relativa à interpretação e aplicação das regras do Protocolo Comercial.

O Mecanismo de resolução de conflitos descrito no Artigo 32 do Protocolo Comercial da SADC, com uma natureza que podíamos considerar de *sui generis*, apresentava muitas lacunas e deficiências, daí que não estava isento de críticas, dentre as quais podemos destacar aquelas avançadas por NG'ONG'OLA (p. 504) nomeadamente a falta de prazos e outros requisitos de procedibilidade entre os diferentes níveis de resolução do conflito, principalmente na passagem de um nível para o outro, uma vez que o Artigo 32 não estabelecia as ligações entre os diferentes níveis de resolução de um conflito que descrevia; a outra crítica avançada prendia-se com o facto de os procedimentos descritos nesse Artigo 32 abrirem espaço para que os Estados Membros pudessem unilateralmente impor medidas de retaliação contra a outra parte, mesmo antes de o Painel avaliar a queixa, é o que se retirava do número 3 do Artigo 32 do Protocolo Comercial da SADC⁴.

Por estas e outras insuficiências e fragilidades apresentadas pelo mecanismo de resolução de conflitos estabelecidos no Artigo 32, a revisão do protocolo comercial mostrava-se imprescindível e urgente de modo a que a sua implementação não fosse condenada ao fracasso. De facto, o protocolo comercial seria menos valioso se não houvesse uma forma de forçar os Estados Membros a cumprirem com as suas obrigações dali decorrentes, daí que um mecanismo eficaz de resolução de conflitos aumentaria o valor prático dos compromissos assumidos pelos Estados Membros⁵. É dentro desta perspectiva que, com a emenda do

6. *As a last resort, disputes regarding the interpretation and application of this Protocol shall be settled in accordance with Article 32 of the Treaty*".

3 Vide NG'ONG'OLA, Clement – *Regional Integration and Trade Liberalization in the Southern African Development Community*, in *Journal of International Economic Law* (2000), Oxford University Press, p. 503.

4 Mais críticas aos procedimentos de resolução de conflitos comerciais que estavam descritos no art. 32 do Protocolo Comercial da SADC podem ser encontrados mais detalhados em NG'ONG'OLA, op cit., pp. 503-504.

5 Vide WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *A Hand Book on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, United Kingdom, p. 1.

protocolo comercial em 2000, o mecanismo de resolução de conflitos comerciais passou a constar do Anexo VI ao protocolo comercial da SADC.

O protocolo comercial da SADC foi elaborado para que o mesmo servisse não só para o comércio de mercadorias, mas também para outras matérias como o comércio de serviços e outras matérias relacionadas com o comércio⁶, pelo que o regime de resolução de conflitos que estabelece também é aplicado a essas outras matérias. No entanto, conforme defendemos num outro momento⁷, o protocolo comercial não respondia com eficácia às questões relativas ao comércio de serviços e havia a necessidade de se dotar a região de regras específicas para regerem estas matérias. Foi neste contexto que em 2012 foi adoptado o protocolo sobre o comércio de serviços. Surpreendentemente, o protocolo sobre o comércio de serviços vem estabelecer no seu artigo 25 que para a resolução de quaisquer disputas relativas à interpretação ou aplicação do protocolo serão aplicados os procedimentos estabelecidos no seu anexo I. Significa isto que a partir da data de entrada em vigor⁸ do protocolo sobre o comércio de serviços da SADC os conflitos decorrentes do comércio de serviços serão resolvidos não em atenção ao mecanismo previsto no protocolo comercial, mas sim ao mecanismo previsto no Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços.

Assim, é sobre os mecanismos estabelecidos no Anexo VI ao protocolo comercial e no Anexo I ao protocolo sobre o comércio de serviços que iremos falar no ponto seguinte deste ensaio, fazendo um estudo em paralelo com o sistema multilateral de resolução de conflitos estabelecido no Memorando de Entendimento sobre a Resolução de Conflitos da OMC.

3. O Anexo VI do Protocolo Comercial e o Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços da SADC

Reconhecendo as fragilidades que os procedimentos de resolução de conflitos comerciais descritos no Artigo 32 do Protocolo Comercial, os Estados Membros decidiram introduzir uma emenda ao próprio Protocolo⁹, em especial

6 Vide, MACHAVA, Almeida Zacarias, SADC, uma “Pseudo-Integração” Regional a caminho da União Aduaneira, in Revista Temas de Integração, 1.º e 2.º Semestres de 2010, Números 29 e 30, Almedina, Coimbra, p. 244.

7 Idem.

8 Importa referir que o Protocolo sobre o Comércio de Serviços ainda não está em vigor, uma vez que está dependente da ratificação de pelo menos dois terços dos Estados Membros da SADC, conforme estabelece o artigo 30 do mesmo protocolo.

9 O que foi feito através da adopção, em Agosto de 2000, do Protocolo sobre Emendas ao Protocolo Comercial e que entrou em vigor a 1 de Setembro de 2000, conforme prescreve o artigo 11 do Protocolo

ao mecanismo de resolução de conflitos ali estabelecido. O que foi feito através da substituição dos seis parágrafos que compunham o Artigo 32 por um único parágrafo, nos termos do qual “*as regras e procedimentos do Anexo VI aplicam-se à resolução de conflitos entre os Estados Membros, relativos aos seus direitos e obrigações no âmbito deste Protocolo*”. Em resultado desta alteração do Artigo 32 do Protocolo Comercial foi, em simultâneo, introduzido um novo anexo, o anexo VI, no texto do Protocolo Comercial.

Conforme teremos a oportunidade de ver adiante, a introdução do anexo VI mudou radicalmente o cenário de resolução de conflitos comerciais na SADC, comparativamente ao regime anterior descrito no Artigo 32 do Protocolo Comercial.

Antes de nos determos na análise pormenorizada dos procedimentos que o Anexo VI do protocolo comercial e o Anexo I do protocolo sobre o comércio de serviços descrevem, é importante sublinhar que o quadro legal da SADC dispunha de outro sistema de resolução de conflitos, separado¹⁰ daqueles que são objecto deste estudo. Esse outro sistema de resolução de conflitos tinha o seu regime jurídico estabelecido num Protocolo específico, o Protocolo sobre o Tribunal e Respectivo Regimento Interno (Protocolo sobre o Tribunal), aprovado em 2000 tendo entrado em vigor em 2001, em virtude da assinatura do Acordo que Altera o Tratado Constitutivo da SADC, momento a partir do qual o Protocolo sobre o Tribunal, estabelecendo diferentes tipos de jurisdição, conforme previsto nos seus Artigos 14 e 15, tornou-se parte integrante do Tratado da SADC. No entanto, actualmente este regime encontra-se suspenso¹¹, por decisão dos Chefes de Estado da SADC na Cimeira realizada em Maputo em 2010, e deverá ser substituído por outro em virtude do novo Protocolo sobre o Tribunal, recém-aprovado na Cimeira de Victoria Falls, República do Zimbabwe, havida em Agosto de 2014.

Numa abordagem geral e olhando sistematicamente os dois sistemas de resolução de conflitos da SADC, considerando o estabelecido no Anexo VI do Protocolo Comercial e no Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços como um sistema, à primeira vista podemos dizer que ambos são completamente independentes um do outro, sendo o primeiro, o dos Anexos VI do Protocolo

que altera o Protocolo Comercial.

10 Para uma análise mais pormenorizada das razões deste regime separado na resolução de conflitos na SADC veja, entre outros BOHANES, Jan - *A Few Reflections on Annex VI to the SADC Trade Protocol*, Em tralac Working Paper No 3/2005, Junho de 2005. Texto disponível em < <http://www.tralac.org/scripts/content.php?id=3781> > acesso em 21 de Janeiro de 2008.

11 A principal motivação para a suspensão da vigência do Protocolo sobre o Tribunal da SADC e, por conseguinte, do próprio Tribunal regional terá sido o facto de este Tribunal ter condenado o Estado zimbabweano na acção que lhe foi movida por farmeiros que se viram despojados das suas farmas no âmbito da política presidencial de reforma agrária.

Comercial e Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, exclusivamente aplicável à resolução de conflitos decorrentes estritamente das relações comerciais entre os Estados Membros e o segundo, o do Protocolo sobre o Tribunal¹², reservado exclusivamente à resolução de outros diferendos entre os Estados Membros e que não sejam do foro comercial.

Entretanto, uma análise cuidada aos dois regimes, particularmente ao estabelecido no Protocolo sobre o Tribunal, a conclusão pode apresentar-se diferente. De facto, olhando para a alínea b) do Artigo 14 do Protocolo sobre o Tribunal, que estabelece que o Tribunal terá competência sobre todos litígios relativos “à interpretação, aplicação ou validade dos protocolos, de todos os instrumentos subsidiários adoptados no âmbito da Comunidade e dos estatutos das instituições da Comunidade”, ou por outras palavras, “*the Tribunal has jurisdiction over controversies involving the interpretation or application of the Treaty, the interpretation, application or validity of Protocols and other Community documents and actions of the Community institutions. In addition the Court’s jurisdiction covers disputes under any other agreements of the Member States that specify use of the Tribunal*”¹³, poderíamos afirmar que o Tribunal também tem competência em matérias comerciais, conforme definidas no Anexo VI do Protocolo Comercial e no Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços¹⁴.

Não abandonando a validade dessa conclusão, na interpretação da alínea b) do Artigo 14 do Protocolo sobre o Tribunal, é, porém, de admitir e aceitar a sugestão de BOHANES¹⁵ no sentido de que o dispositivo em questão deve ser sujeito a interpretação contextual e restritiva, mas, repetimos, sem com isso defender a exclusão por completo das questões comerciais da competência do Tribunal. Desde logo porque entre o Protocolo sobre o Tribunal e os Protocolos Comercial e sobre o Comércio de Serviços deve-se identificar uma relação de complementaridade. É esta relação de complementaridade que permite que, não obstante o Tribunal não dever ter *a priori* competência em matérias comerciais, em consideração o elemento teleológico da interpretação das normas jurídicas, podemos chegar à conclusão de que “*the exclusion of trade matters from Article 14 applies only to the extent that the procedure under Annex VI [e Anexo I] is indeed effectively available*”¹⁶. Por outras palavras, atendendo ao elemento teleológico

12 De agora em diante, qualquer referência ao Protocolo sobre o Tribunal corresponde ao Protocolo de 2000.

13 Em <http://www.aict-ctia.org/courts_subreg/sadc/sadc_home.html>, acesso em 21 de Janeiro de 2008.

14 A mesma perspectiva encontra-se no Protocolo sobre o Tribunal de 2014.

15 BOHANES, Jan, op cit., p. 17.

16 Ibidem, p. 18.

na interpretação da alínea b) do Artigo 14 do Protocolo sobre o Tribunal, é de concluir que subsidiariamente o Tribunal tem competência para dirimir conflitos de natureza comercial, no sentido de que, só em caso de insuficiência das regras e procedimentos dos referidos Anexos VI e I na resolução de um conflito, as regras e os procedimentos do Protocolo sobre o Tribunal serão aplicados de modo a não frustrar as legítimas expectativas das partes em conflito em ter um fórum para julgar o seu diferendo. Esta é uma conclusão lógica quando o que se pretende salvaguardar são valores como a certeza e a segurança jurídicas. No entanto, julgamos ser importante referir que a jurisdição do Tribunal estará limitada à interpretação, aplicação ou validade dos Protocolos.

Assim, quando se fala de regime jurídico de resolução de conflitos comerciais na SADC referência deve ser feita, ao Artigo 32 do Protocolo Comercial, conforme alterado, ou Artigo 25 do Protocolo sobre o Comércio de Serviços como ponto de partida, depois ao Anexo VI do Protocolo Comercial ou Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços e por fim ao Protocolo sobre o Tribunal. Será articulando este regime jurídico que, de seguida, centramos a nossa análise às regras e procedimentos de resolução de conflitos comerciais na SADC.

Portanto, olhando para o regime jurídico de resolução de conflitos comerciais na SADC, no seu todo, e tomando em consideração os procedimentos e os prazos observados ao longo dos sucessivos níveis de resolução de um conflito, nele estabelecidos, como primeira constatação podemos afirmar que o mesmo representa uma “*simplified version of the international dispute settlement process of the WTO*”¹⁷ e, assim, “*provides for a relatively rigorous dispute settlement mechanism (DSM) modelled after the World Trade Organization’s (WTO) Dispute Settlement Understanding (DSU)*”¹⁸, contemplando as seguintes etapas ou níveis de resolução de conflitos:

i. Cooperação (Artigo 2 do Anexo VI do Protocolo Comercial e Artigo 3 do Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços)

Considerada a primeira fase ou primeiro nível de resolução de conflitos, a Cooperação representa o que BOHANES¹⁹ chamou de “*Community bona fide or loyalty clause*”, no sentido de que o objectivo final do Anexo VI do Protocolo Comercial da SADC e do Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços

17 NHARA, Anselmo, *What is SADC?: “Towards the Implementation of the Trade Protocol”*. In SADC USER’S GUIDE, Trade and Development Studies Issue No. 23, July 2003. Texto disponível em <www.tradescentre.org.zw/pdf/23%20Towards%20Implementation%20of%20the%20Trade%20Protocol.pdf>, acesso em 21 de Janeiro de 2008.

18 BOHANES, Jan, op cit., p. 1.

19 BOHANES, Jan, op cit., p. 20.

é a resolução do conflito independentemente do litígio ter lugar ou não e é por este motivo que a Cooperação “*is encouraged at all times during any dispute*”²⁰, devendo ser prioridade dos Estados Membros a resolução do conflito de forma menos dispendiosa, quer sob ponto de vista financeiro quer do ponto de vista do tempo que se consome com a resolução do conflito, e equilibrada. Aliás, é essa a filosofia que está patente nos diferentes parágrafos que compõem o Artigo 2 do Anexo VI do Protocolo Comercial e o Artigo 3 do Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, cujas redacções suscitam o entendimento de que à semelhança do que acontece no Mecanismo de resolução de conflitos da OMC, os sistemas de resolução de conflitos da SADC também apresentam métodos políticos de resolução de conflitos, no sentido de que “*the basic aim of dispute settlement is ‘political’, inasmuch as the goal is to settle dispute with or without reports of a panel*”²¹, ou seja, perante um conflito, os esforços dos Estados Membros da SADC devem ser de procurar resolver politicamente o diferendo sem se preocuparem tanto em desencadear os procedimentos formais e mesmo depois de desencadear esses procedimentos não devem perder de vista a possibilidade de resolverem o diferendo de forma concertada, numa clara manifestação do princípio de resolução pacífica de conflitos estabelecido na alínea e) do Artigo 4 do Tratado Constitutivo da SADC.

Entretanto, em bom rigor, parece-nos um pouco exagerado tomar a Cooperação como uma verdadeira fase, *stricto sensu*, de resolução de conflitos, desde logo porque não se apresentam as regras ou procedimentos nem os prazos que devem ser seguidos durante a cooperação, tal como acontece com as demais fases de resolução de conflitos descritas nos parágrafos seguintes.

ii. Consultas (Artigo 3 do Anexo VI do Protocolo Comercial e Artigo 4 do Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços²²)

A consagração deste nível de resolução de conflitos foi um dos aspectos marcantes quer do Anexo VI quer do Anexo I, uma vez que leva a que “*the settlement of the majority of the cases before the litigation stage is reached*”²³, numa clara manifestação do método político de resolução de conflitos patente nestes sistemas estabelecidos na SADC, à semelhança do sistema adoptado no mecanismo de resolução de conflitos da OMC, onde “*by requiring formal consultations [...], the DSU provides a framework in which the parties to a dispute*

20 NHARA, Anselmo, op cit.

21 BOHANES, Jan, op cit., p. 20.

22 De agora em diante, qualquer referência à Anexo VI e Anexo I deve entender-se Anexo VI do Protocolo Comercial e Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, respectivamente.

23 BOHANES, Jan, op cit., p. 24.

must always at least attempt to negotiate a settlement”²⁴. Aliás, a redacção do Artigo 3 do Anexo VI e o Artigo 4 do Anexo I não é nada mais do que uma versão mais resumida dos 11 números que compõem o Artigo 4 do DSU.

Assim, tal como no mecanismo de resolução de conflitos da OMC, as consultas assumem uma natureza obrigatória para o desencadeamento do processo formal de resolução de conflitos comerciais na SADC. A obrigatoriedade das consultas não significa que elas devem obrigatoriamente ter lugar, mas sim que a constituição do painel está dependente delas terem sido pedidas, ou seja, a falta de pedido de consultas obsta a que o painel seja constituído, conforme resulta do número 1 do Artigo 5 do Anexo VI e do número 1 do Artigo 6 do Anexo I, e, conseqüentemente, a que qualquer diferendo seja apreciado nos níveis subsequentes. Deste modo, entendemos que ao contrário da Cooperação, as consultas figuram como um verdadeiro nível de resolução de conflitos e, por conseguinte, o primeiro ou a alavanca necessária para o desencadeamento de todo o processo.

Por outro lado, as consultas assumem outro papel e importância especial nos mecanismos de resolução de conflitos comerciais da SADC – se tomarmos em consideração o que em termos práticos vinha se verificando, caracterizado pelo receio que alguns países membros da organização demonstravam em iniciar um litígio para resolver um conflito com outro Estado Membro, o que era visto como uma ‘*Psychological barrier*’ uma vez que alguns Estados Membros consideravam que iniciar um litígio contra um parceiro poderia ser considerado, por este, um acto de inimizade, o que demonstra a fragilidade e a natureza política da própria SADC²⁵ – uma vez que elas oferecem uma solução alternativa ao problema, no sentido de que “*a complaining SADC member country would want to consult as long as possible on a bilateral basis*”²⁶ de forma a alcançar uma solução amigável. Aliás, o número 6 do Artigo 3 do Anexo VI e o número 6 do Artigo 4 do Anexo I, sugerem exactamente isso e que a solução alcançada não seja susceptível de gerar conflitos futuros com outros Estados Membros.

No âmbito do disposto no Artigo 3 do Anexo VI e Artigo 4 do Anexo I, os prazos para as consultas terem lugar ou em que devem durar varia de acordo com a natureza, urgente ou não, do caso, bem como com a natureza precível dos bens. Assim, nos casos normais, que não sejam urgentes e em que os bens em causa não são precíveis, logo que o pedido de consultas é recebido, elas deverão iniciar no prazo de 30 dias (nos termos do número 4 do Artigo 3 do Anexo VI e

24 WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *A Hand Book on the WTO Dispute Settlement System*, op. cit., p. 6.

25 Neste sentido *vide* BOHANES, Jan, op cit., pp. 25-26.

26 BOHANES, Jan, op cit., p. 25.

número 4 do Artigo 4 do Anexo I) e deverão durar 60 dias ou outro prazo acordado entre as partes (nos termos dos números 7 dos dispositivos referidos), antes de se constituir o Painel. Já nos casos especiais, que sejam urgentes ou em que os bens em causa são perecíveis, as consultas devem iniciar no prazo de 10 dias e devem durar 20 dias antes de ser requerida a constituição do painel (nos termos dos números 8 dos mesmos dispositivos legais).

É de referir, porém, que nos casos normais, a parte a quem são solicitadas as consultas deve responder o pedido no prazo de dez dias a contar da data da recepção do pedido. Findo esse prazo sem que tenha respondido ou passados 30 dias sem que tenham iniciadas as consultas, a parte requerente pode requerer a constituição do painel para dirimir o conflito, conforme estabelece a parte final do número 4 do Artigo 3 do Anexo VI e do Artigo 4 do Anexo I. Já no que concerne aos casos urgentes a situação apresenta-se diferente uma vez que não se estabeleceu o prazo para a parte requerida responder ao pedido de consultas, devendo presumir-se que é o mesmo para o início das consultas, ou seja, dez dias.

Um dos aspectos importantes dos procedimentos para as consultas é a necessidade de o Estado que solicitar as consultas apresentar, no seu pedido escrito, as razões de facto e de Direito, que fundamentam o seu pedido, conforme estabelecem as partes finais do número 2 do Artigo 3 do Anexo VI e Artigo 4 do Anexo I, à semelhança do que se exige no DSU da OMC, no número 4 do Artigo 4.

Outro aspecto importante nas disposições do Artigo 3 do Anexo VI e Artigo 4 do Anexo I é a possibilidade que os mesmos dão de outros Estados Membros, não directamente envolvidos no conflito, participarem do processo de consultas, desde que tenham “*substantial trade interest*”²⁷ nas consultas, devidamente fundamentado. Para o efeito, esse Estado que tem interesse em participar nas consultas deverá, no prazo de 10 dias, depois da circulação do pedido de consultas²⁸, notificar a parte que formulou o pedido de consultas e o Escrivão do Tribunal do seu desejo de participar nas consultas, conforme estabelecem os respectivos números 5. Entretanto, a participação desse terceiro Estado nas consultas estará dependente da aceitação do Estado a quem são solicitadas as consultas, sendo que em caso de recusa deste, o Estado a quem for recusada a

27 A concretização do conteúdo específico desta expressão poderá ser objecto de várias e diversificadas interpretações porquanto, nem os Anexos VI e I nem os próprios Protocolos Comercial e sobre o Comércio de Serviços ou qualquer outro instrumento legal da SADC nos oferece o que se deverá entender por “*substantial trade interest*”. Deixando-se deste modo e em última instância à discricionariedade do Tribunal a fixação do conteúdo da mesma, na qualidade de órgão próprio para pronunciar-se sobre questões relativas à interpretação das disposições legais da SADC, conforme o disposto no Artigo 32 do Tratado Constitutivo da SADC.

28 Nos termos do número 2 do Artigo 3 do Anexo VI e número 2 do Artigo 4 do Anexo I, o Estado membro que solicitar as consultas deve notificar do pedido os demais Estados Membros.

participação pode desencadear um outro processo de consultas.

iii. Conciliação, Mediação e Bons Ofícios (Artigo 4 do Anexo VI e Artigo 5 do Anexo I)

Como uma das etapas de resolução de conflitos comerciais na SADC, a Conciliação, a Mediação ou os Bons Ofícios são descritos no número 1 do Artigo 4 do Anexo VI e no número 1 do Artigo 5 do Anexo I como procedimentos que são iniciados voluntariamente, se as partes em conflito assim o entenderem, e representam mais uma manifestação da vontade em que as disputas sejam resolvidas de uma forma simples e rápida sem necessidade de qualquer processo árduo e demorado. Assim, tal como a Cooperação, a Conciliação, a Mediação e os Bons Ofícios, dada a sua natureza voluntária, não se apresentam como verdadeiros níveis de resolução de conflitos, o recurso ou não a estes meios de resolução de conflitos não releva para o desenvolvimento ou a marcha processual. Aliás, embora não se estabeleça de forma expressa, entendemos que, tal como estabelecido na parte final do número dois do Artigo 5 do DSU, na SADC estes meios não obstam a que as partes, mesmo tendo recorrido a eles, prossigam com os demais procedimentos formais de resolução de um conflito.

Como meios a ter em conta na resolução de um conflito comercial na SADC, a Conciliação, a Mediação e os Bons Ofícios²⁹ caracterizam-se por serem meios flexíveis, no sentido de que eles podem ser iniciados e terminados em qualquer momento do processo de resolução do conflito, é o que resulta do número 2 do Artigo 4 do Anexo VI e número 2 do Artigo 5 do Anexo I.

Mais, sem prejuízo do seu carácter voluntário, no sentido de que cabe às partes em conflito decidirem abraçar qualquer destes meios para resolverem o seu diferendo, a Conciliação, a Mediação ou os Bons Ofícios podem ser propostos pelo Presidente do Comité de Ministros do Comércio (CMT), ou qualquer membro deste nomeado pelo presidente e que não seja natural de nenhuma das partes conflituantes, conforme dispõe o número 3 do Artigo 4 do Anexo VI e número 3 do Artigo 5 do Anexo I, devendo estar sempre garantida a confidencialidade dos procedimentos levados a cabo (números 2 dos respectivos dispositivos legais em referência).

iv. Painel (Artigo 5 do Anexo VI e Artigo 6 do Anexo I)

O Artigo 5 do Anexo VI e o Artigo 6 do Anexo I prevêm, como mais uma etapa de resolução de conflitos comerciais, o estabelecimento do Painel, a fase mais formal em termos de requisitos e procedimentos seguidos, o que faz com

²⁹ Sobre as semelhanças e diferenças entre estes três meios de resolução de conflitos, veja, entre outros, BOHANES, Jan, op cit., pp. 27-28.

que o processo do Painel seja considerado “*quite arduous for all intents and purposes*”³⁰.

À semelhança do que acontece para o estabelecimento do painel no âmbito de resolução de conflitos na OMC (Artigo 6, número 2), para o estabelecimento do painel para a apreciação de um conflito comercial na SADC, o número 2 do Artigo 5 do Anexo VI e o número 2 do Artigo 6 do Anexo I, exigem que o pedido seja feito por escrito, devendo indicar-se no pedido se as consultas tiveram lugar ou não, indicar as medidas específicas em discussão, bem como apresentar um breve resumo dos fundamentos legais da reclamação.

Entretanto, um aspecto marcante do sistema da SADC, que o distingue do da OMC, é a fixação, no número 1 do Artigo 5 do Anexo VI e no número 1 do Artigo 6 do Anexo I, do prazo para o estabelecimento do painel. Assim, nos termos desses dispositivos legais, o estabelecimento do Painel deve ter lugar no prazo de 20 dias a contar da data da recepção do respectivo pedido, formulado nos termos estabelecidos no Artigo 3 do Anexo VI ou Artigo 4 do Anexo I, relativo a consultas, ou seja, 10 dias após o pedido de consultas sem que haja resposta da parte requerida ou 30 dias depois daquela data sem que as consultas tenham lugar; ou 60 dias ou período estipulado pelas partes depois do início das consultas sem que as partes cheguem a uma solução amigável; ou ainda 20 dias após o início das consultas sem que haja solução amigável, tratando-se de casos urgentes³¹.

Nos Artigos seguintes do Anexo VI (Artigos 6 a 15) e do Anexo I (Artigos 7 a 16) estão estabelecidas as regras e os procedimentos a serem seguidos, a começar pelos requisitos para ser painalista, passando pela selecção e composição do painel bem como a forma como este painel irá trabalhar até a apresentação do relatório final, com regras e procedimentos de todo semelhantes aos estabelecidos no DSU. Dentre essas disposições, especial atenção deve ser dispensada à alínea b) do Artigo 7; à alínea c) do Artigo 10 e ao número 4 do Artigo 15 todos do Anexo VI e à alínea b) do Artigo 8; à alínea c) do Artigo 11 e ao número 4 do Artigo 16, todos do Anexo I, e que serão objecto da nossa análise nos parágrafos seguintes.

A primeira destas disposições, a alínea b) do Artigo 7 do Anexo VI e alínea b) do Artigo 8 do Anexo I, à semelhança do Artigo 8 do DSU, prevê a possibilidade de um painalista ser funcionário governamental. Destacamos este aspecto porque no nosso entender isto pode atentar contra a imparcialidade que se pretende aos painelistas, porquanto, enquanto funcionário governamental, o painalista pode ser facilmente pressionado pelo seu governo para decidir num certo sentido e beneficiar uma das partes, principalmente quando o seu governo tem interesses particulares num desses Estados em conflito. Poder-se-á dizer que as alíneas c)

30 NHARA, Anselmo, op cit.

31 Vide números 4, 7 e 8 dos Artigos 3 do Anexo VI e 4 do Anexo I.

e d) dos mesmos Artigos poderão obviar esse perigo uma vez que os painelistas são chamados a actuar despidos dos poderes representativos dos seus governos, que não deverão influenciar nas suas acções enquanto painelistas, devendo actuar em conformidade com o código de conduta e regras procedimentais estabelecidos pelo Comité dos Ministros do Comércio (CMT, nas suas iniciais em língua Inglesa), porém, a operacionalização ou efectividade dessas limitações mostra-se bastante difícil se atendermos ao grau de discricionariedade e a subjectividade sempre patente na interpretação das regras jurídicas e será sempre difícil apurar se houve ou não influência dos governos nas decisões do painel. Por outro lado, conforme sublinha BOHANES (p. 31), a influência dos governos nas acções ou decisões dos painelistas facilmente poderá ocorrer numa *“tightly knit and small community like SADC, where political considerations may interfere with a more technical and sober approach to disputes”*.

A segunda das disposições que merecem destaque é a alínea c) do Artigo 10 do Anexo VI e alínea c) do Artigo 11 do Anexo I, que prevêem a possibilidade de representação das partes em conflito por representantes legais ou peritos nas matérias em discussão. Estas disposições representam um aspecto peculiar do mecanismo de resolução de conflitos da SADC porquanto, nem o Mecanismo de Resolução de Conflitos da OMC, que serviu de principal referência para a elaboração quer do Anexo VI quer do Anexo I, tem uma disposição expressa que permite a representação das partes em conflito, debatendo-se até hoje se a mesma é ou não possível no âmbito da OMC. A importância de uma disposição desta natureza numa organização como SADC é inquestionável na medida em que envolvendo advogados ou outros peritos, principalmente em matérias de relações comerciais internacionais, *“will most likely lead to more sophisticated legal proceedings and better quality reports than would otherwise be the case”*³². Por outro lado, a possibilidade de representação das partes em conflito por Advogados ou peritos nas matérias em discussão num conflito poderá, de certa forma, aliviar o receio demonstrado quando nos referíamos à possibilidade dos painelistas serem funcionários governamentais.

A última disposição do Anexo VI e do Anexo I, no que respeita à fase do Painel, que merece destaque é o número 4 dos respectivos Artigos 15 e 16 que, em linha com o estabelecido no número 4 do Artigo 16 do DSU da OMC, estabelece a chamada *regra do consenso negativo* para a adopção do relatório do painel, no sentido de que o relatório só não será adoptado se todos os membros do CMT decidirem pela não adopção, o que à partida afigura-se difícil de vir a acontecer, mas não impossível³³, visto que não é de esperar que o representante

32 BOHANES, Jan, op cit., p. 38.

33 Dizemos que não é impossível porque, conforme sublinhamos acima, o mecanismo de resolução de

da parte “vencedora” no CMT ou a favor de quem o relatório é formulado decida impedir a adopção do relatório que “lhe dá razão nas suas alegações”. Note-se que o regime jurídico de resolução de conflitos comerciais nada dispõe sobre a exclusão dos Ministros do Comércio dos territórios em conflito do CMT durante a apreciação do caso. Por outro lado, a regra do consenso negativo poderá jogar um papel importante como um instrumento de protecção dos Estado fracos contra os poderosos.

v. Recurso ao Relatório do Painel – Tribunal (Artigo 15A do Anexo VI, conforme emendado, e Artigo 17 do Anexo I)

Este nível de resolução de conflitos comerciais na SADC não estava contemplado de forma expressa no texto inicial do mecanismo de resolução de conflitos adoptado com a adição do Anexo VI ao Protocolo Comercial da SADC. Só em 2007, aquando das emendas efectuadas ao Anexo VI³⁴ este nível foi introduzido, através da inserção do Artigo 15A, dando possibilidade às partes em conflito ou a terceiros com “*substantial interest*”³⁵ no assunto sob litígio de recorrerem do relatório do Painel ao Tribunal, o qual terá 90 dias para levar a cabo os procedimentos do recurso³⁶ e proferir a sua decisão, e foi incluído também no Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, vigorando assim também na resolução de conflitos emergentes no comércio de serviços.

Como “último”³⁷ nível de resolução de conflitos no âmbito dos mecanismos de resolução de conflitos comerciais da SADC, ao Tribunal requer-se que apenas se pronuncie sobre questões de Direito referidos no relatório do painel e sobre as interpretações legais realizadas pelo painel³⁸ no seu processo decisório, ou seja, o âmbito de actuação do Tribunal enquanto instância de recurso do relatório do

conflitos da SADC é dominado por considerações políticas e, por conseguinte, as partes em conflitos podem, a qualquer altura do processo, resolver o conflito de forma amigável, mesmo antes da adopção do relatório do painel.

34 O texto com as Emendas ao Anexo VI ao Protocolo Comercial da SADC foi ratificado por Moçambique através da Resolução n.º 42/2009, de 1 de Setembro e Publicado no 6.º Suplemento do B.R. n.º 34, I Série, de 1 de Setembro de 2009.

35 Esta expressão só vem complicar mais ainda o que suscitamos na nossa nota 24. É que para além de mais uma vez não se fixar o seu conteúdo específico, nota-se aqui uma mudança na própria expressão porquanto, enquanto em várias disposições do Anexo VI e Anexo I usa-se a expressão “*substantial trade interest*”, aqui veio usar-se a expressão “*substantial interest*” que em nosso entender o seu conteúdo não poderá ser o mesmo daquele, apresentando-se esta última mais ampla que a primeira.

36 Cfr. os números 1 e 2 do Artigo 15A do Anexo VI e números 1 e 2 do Artigo 17 do Anexo I.

37 Sobre a questão de este poder ser ou não considerado o último nível de resolução de conflitos discutimos adiante.

38 Cfr. número 3 do Artigo 15A do Anexo VI e número 3 do Artigo 17 do Anexo I.

painel sobre a resolução de um conflito comercial é limitado, não abrange as questões de facto. Esta é uma disposição importante uma vez que veio responder a uma das maiores críticas que se avançavam ao sistema de resolução de conflitos que estava estabelecido no texto original do Artigo 32 do Protocolo Comercial da SADC antes da adopção do Anexo VI, uma vez que o referido sistema, não obstante estabelecer que o Tribunal seria a última instância de resolução de um conflito comercial, não estabelecia as matérias que seriam objecto da apreciação ou reapreciação do Tribunal, o que suscitava o entendimento de que este estaria habilitado para apreciar todos os factos da disputa, incluindo as questões de facto.

Olhando para esta fase, principalmente para a estrutura e o âmbito de actuação do próprio Tribunal em sede de recurso do relatório do painel, podemos notar que a mesma está idealizada como a de Apelação no mecanismo de resolução de conflitos da OMC, em que ao Órgão de Apelação, um órgão permanente e com membros permanentes, está atribuída a competência para pronunciar-se apenas sobre as questões de Direito e não as questões de facto, cabendo a este órgão as funções de interpretação e aplicação das regras estabelecidas, conforme resulta do número 6 do Artigo 17 do Memorando de Entendimento sobre as Regras e Procedimentos de Resolução de Conflitos da OMC (DSU). Assim, usando as palavras de Georges ABI-SAAB, tal como na fase de Apelação na OMC, na SADC esta fase apresenta-se como um verdadeiro sistema de controlo judicial da legalidade, “*the procedure is that of a judicial body*”³⁹.

vi. Implementação das recomendações (Artigo 17 do Anexo VI e Artigo 19 do Anexo I)

O Artigo 16 do Anexo IV e o Artigo 18 do Anexo I, à semelhança do que dispõe o Artigo 19 do DSU, estabelecem que caso o painel, ou o Tribunal⁴⁰, conclua que as medidas tomadas pelo Estado Membro contra quem se desencadeou o processo de resolução de conflito são, de facto, inconsistentes com as regras estabelecidas nos respectivos protocolos, deve recomendar a esse Estado Membro que aja em conformidade com o Protocolo em causa, corrigindo essas medidas, podendo sugerir os modos como esse Estado pode implementar essas recomendações.

Entretanto, a implementação dessas recomendações passa por o Estado em causa se pronunciar sobre as suas intenções em relação a implementação, dando-se-lhe um tempo razoável, mas que não deverá ultrapassar os seis meses,

39 ABI-SAAB, Georges, *The WTO Dispute Settlement and General International Law*, em WORLD TRADE ORGANIZATION (2005), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years*, Editado por Rufus YERXA e Bruce WILSON, Cambridge University Press, Cambridge, p. 10.

40 *Vide* número 2 do Artigo 17 do Anexo VI (conforme alterado) e número 2 do Artigo 19 do Anexo I.

contados a partir do dia da adoção do relatório do painel, para o efeito, conforme resulta do Artigo 17 do Anexo VI e Artigo 19 do Anexo I.

Em relação a implementação das recomendações do painel é de referir que, diferentemente do que acontece no sistema da OMC, na SADC não estão estabelecidos os mecanismos ou formas de fiscalização dessa implementação. Esta situação pode levar à ineficácia ou inutilidade das recomendações avançadas pois o Estado em causa, não se sentindo “coagido” durante a implementação das recomendações, poderá agir como bem entender porque não há nenhum órgão que fiscalize a consistência do seu cumprimento com as recomendações.

Observações gerais

Feita uma breve descrição dos vários níveis de resolução de conflitos comerciais introduzidos pelo Anexo VI do Protocolo Comercial e Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, ambos da SADC, é importante sublinhar que diferentemente do sistema de resolução de conflitos que estava estabelecido no Artigo 32 do Protocolo Comercial, os novos mecanismos contemplam ligações claras entre as diferentes etapas acima descritas, o que se explica pelos prazos estabelecidos para que cada etapa seja percorrida. Entretanto, devemos sublinhar também que essas etapas ou níveis de resolução de conflitos não estão divididos em compartimentos estanques, no sentido de que todas devem necessariamente ter lugar durante o processo de resolução de conflitos e na sequência descrita, elas interpenetram-se⁴¹, ou seja, mesmo durante os procedimentos do painel as partes em conflito podem, por exemplo, iniciarem os procedimentos de Bons Ofícios, Conciliação ou Mediação, conforme estabelecido no número 2 do Artigo 4 do Anexo VI ou número 2 do Artigo 5 do Anexo I.

Para além do “*copy and paste*” do Memorando de Entendimento sobre a Resolução de Conflitos da OMC, suportado pela natureza *ad-hoc*⁴² ou “*quase ad-hoc*”⁴³ – no primeiro caso no sentido de que à partida o órgão que vai decidir sobre um conflito em particular (o painel) deverá ser composto de forma *ad-hoc*

41 Esta é uma situação que se verifica também no mecanismo de resolução de conflitos da OMC, onde “*even when the case has progressed to the stage of adjudication, a bilateral settlement always remains possible, and the parties are always encouraged to make efforts in that direction (Articles 3.7 and 11 of the DSU)*” – em WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *A Hand Book on the WTO Dispute Settlement System*, op. cit., p. 6.

42 A natureza *ad-hoc* do mecanismo de resolução de conflitos comerciais da SADC é uma característica distintiva se o compararmos, em especial, com a estrutura permanente estabelecido no sistema do Tribunal, conforme estabelecido nos Artigos 3 e 6, ambos do Protocolo sobre o Tribunal e seus Procedimentos da SADC.

43 A natureza eminentemente *ad-hoc* do mecanismo de resolução de conflitos da SADC está dependente da não apresentação do recurso ao Tribunal, porquanto, verificando-se este, o processo passa a ser tratado por um órgão permanente e composto por membros permanentes.

e por painelistas seleccionados e nomeados para um conflito apenas⁴⁴ – e fazendo uma análise geral às regras e procedimentos do mecanismo de resolução de conflitos da SADC podemos afirmar que, embora não o façam de forma expressa, essas disposições reiteram a ideia de que as disputas relativas à interpretação e aplicação dos Protocolos Comerciais e sobre o Comércio de Serviços e seus Anexos deverão ser resolvidas nos termos do Artigo 32 do Tratado Constitutivo da SADC, o que significa que estas matérias estão fora do âmbito de aplicação do Mecanismo de Resolução de Conflitos Comerciais estabelecido no Anexo VI do Protocolo Comercial e no Anexo I do Protocolo sobre o Comércio de Serviços⁴⁵.

Outro aspecto importante é a inserção, através do Acordo que introduz alterações ao Anexo VI, do Artigo 1BIS no Anexo VI e do Artigo 2 do Anexo I, que, regulando a relação entre o Mecanismo de Resolução de Conflitos Comerciais da SADC com outros Mecanismos de Resolução de Conflitos, como o da OMC, estabelecem a proibição de múltiplas disputas sobre o mesmo assunto, no sentido de que se um Estado Membro da SADC inicia procedimentos de resolução de um conflito em qualquer mecanismo de resolução de conflitos, seja ele da SADC ou outro mecanismo internacional, esse Estado não pode desencadear outro processo de resolução de conflitos num mecanismo diferente sobre o mesmo assunto. Com esta disposição os Estados Membros da SADC querem proteger dois valores jurídicos fundamentais, a certeza e a segurança jurídicas.

Olhando o texto do Artigo 1BIS e Artigo 2 dos Anexos VI e I, respectivamente, podemos concluir que os mesmos não excluem a possibilidade de invocar outros mecanismos de resolução de conflitos para apreciar as disputas comerciais que possam surgir durante a implementação dos respectivos protocolos, ou seja, os Anexos VI e I não prescrevem a exclusividade do Mecanismo de Resolução de Conflitos da SADC na resolução de um conflito comercial que possa surgir na SADC. Em resultado disto, o Estado Membro da SADC que, por exemplo, seja também membro da OMC, e a matéria do litígio estiver dentro do âmbito de actuação deste, não está proibido de recorrer ao mecanismo de resolução de conflitos da OMC se assim o quiser, o que não poderá fazer é invocar os dois mecanismos de resolução de conflitos para julgar sobre a mesma questão.

Este entendimento pode ser visto, em certa medida, como atentório contra os valores jurídicos que a norma quer proteger, visto que “*there is a risk in the overlapping areas that dispute settlement under the WTO or the PTA could produce two different results on the same issue and that could be both politically and economically problematic*”⁴⁶. No entanto, esse risco só seria aparente e tudo

44 Neste sentido, BOHANES, Jan, op cit., p. 6.

45 O âmbito de aplicação dos Anexo VI e I está estabelecido nos respectivos artigo 1.

46 STOLER, Andrew L., *Preferential trade agreements and the role and goals of the World Trade*

depende de como as disposições dos documentos legais das organizações estão redigidos e uma das soluções para obviar esse risco aparente é a avançada por STOLER (op. cit., p. 34), no sentido de que os Acordos Comerciais Preferenciais (os Acordos de Integração Regional) “*should be written so as to exclude adjudication of questions that are clearly in the province of the WTO*”.

A filosofia por detrás do Artigo 1BIS do Anexo VI e Artigo 2 do Anexo I, de evitar decisões contraditórias sobre a mesma questão, é compreensível. No entanto, uma questão importante continua sem resposta, *será que os Artigos 1BIS e 2 dos Anexos VI e I, respectivamente, significam que quando o mecanismo de resolução de conflitos comerciais da SADC é invocado deve ser considerado como o único e último fórum de resolução de resolução do conflito?*

À primeira vista podemos dizer que sim, até porque o nº 3 do Artigo 24 do Protocolo sobre o Tribunal estabelece que “*as decisões do tribunal são finais e vinculativas*”⁴⁷, mas olhando com mais atenção para o número 4 do Artigo 15A do Anexo VI⁴⁸ e para o número 4 do Artigo 17 do Anexo I, a resposta parece ser diferente, no sentido de que, se no recurso de revisão do relatório do painel o Tribunal usar procedimentos mais restritivos que aqueles usados pelo Órgão da Apelação no âmbito do mecanismo de resolução de conflitos da OMC e sendo o assunto susceptível de ser apreciado através do mecanismo de resolução de conflitos da OMC, as partes em conflito, que também sejam membros da OMC, ainda podem recorrer para o Órgão da Resolução de Conflitos da OMC.

Em outras palavras, podemos ser tentados a afirmar que se o Tribunal da SADC usar procedimentos mais restritos do que os do Órgão de Apelação da OMC, as partes em conflito ainda podem recorrer, por exemplo, ao Órgão de Apelação da OMC para apreciar o caso. No entanto, a competência do Órgão de Apelação da OMC nestas situações é discutível porque, por um lado, o Memorando de Entendimento sobre a Resolução de Conflitos da OMC não estabelece que o Órgão de Apelação poderá apreciar casos iniciados em outros mecanismos de resolução de conflitos diferente daquele da OMC, mas, por outro lado, pode-se argumentar que uma vez que as regras dos acordos de integração regional devem estar em conformidade com as regras da OMC, se existir alguma inconsistência entre as regras multilaterais e regionais, as instituições multilaterais têm legitimidade para

Organization. Em SIDDIQUE, M. A. B. (Ed.) (2007), *Regionalism, Trade and Economic Development in the Asia-Pacific Region*, Edward Elgar, United Kingdom, p. 34.

47 No mesmo sentido vide nº 3 do Artigo 38 do Protocolo sobre o Tribunal, de Agosto de 2014.

48 O número 4 do Artigo 15A dispõe que “*Working procedures for appellate review provided for under this Article shall be drawn up by the Tribunal in consultation with the Executive Secretary of SADC and shall not be less restrictive than the Working Procedures of the Appellate Body under the WTO ‘Understanding on the Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes’*”.

intervirem. No entanto, essa intervenção seria desde o início, isto é, iniciar um novo processo de resolução do conflito no âmbito da OMC.

Claro está que esta solução contraria o espírito e a finalidade do Artigo 1BIS, a que fizemos referência – garantir a certeza e segurança judicial evitando decisões contraditórias sobre a mesma matéria. A solução para esta questão passa pela revisão do conteúdo ou mesmo a supressão do texto do número 4 do Artigo 15A do Anexo VI e do número 4 do Artigo 17 do Anexo I.

Comparando com o sistema de resolução de conflitos da OMC, podemos constatar também que o mecanismo adoptado na SADC tem procedimentos um pouco mais céleres do ponto de vista dos prazos. De facto, percorridas todas as etapas de resolução de um conflito, do pedido de consultas até à decisão do Tribunal em sede de recurso ao relatório do painel, temos que o conflito leva, no máximo, pouco mais de nove meses a ser dirimido, tratando-se de casos normais, contra os mais de 12 meses que se contabilizam no sistema da OMC, até a decisão do Órgão de Apelação⁴⁹, conforme dispõe o Artigo 20 do Memorando de Entendimento sobre Regras e Procedimentos para a Resolução de Conflitos da OMC.

A outra observação que se pode tirar do mecanismo de resolução de conflitos comerciais da SADC adoptado pelos Anexos VI e I, do Protocolo Comercial e do Protocolo sobre o Comércio de Serviços, respectivamente, tem a ver com a responsabilidade pelas despesas decorrentes do processo, nomeadamente a remuneração dos painelistas. No texto inicial do Anexo VI, no seu Artigo 19, dispunha que a remuneração dos painelistas tinha que ser suportada equitativamente pelas partes em conflitos ou proporcionalmente, mediante determinação do Painel, mas com as alterações introduzidas em 2007 essas despesas passaram a ser suportadas pelo orçamento da Comunidade, conforme a nova redacção do número 2 do Artigo 19, uma opção que foi também acolhida pelo Anexo I, no seu Artigo 21, número 2. Esta alteração parece-nos oportuna porquanto deixar a cargo das partes em conflito as despesas de todo o processo poderia inibi-las de desencadear os procedimentos de resolução de conflitos para não terem de suportar despesas avultadas com os mesmos. Entretanto, entendemos que a redacção da primeira parte do número 4 do mesmo Artigo 19, também introduzido aquando das alterações ao Anexo VI, e também do número 4 do Artigo 21 do Anexo I, devia ser no sentido de isentar a parte que tiver razão no diferendo de suportar quaisquer despesas, devendo estas estarem a cargo da parte que sair “derrotada” ou que não tiver razão, ou quando muito que essas despesas fossem suportadas proporcionalmente por ambas as partes. Imaginemos que a parte que

49 O organograma do curso dos procedimentos de resolução de conflitos na OMC pode ser visto em WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *A Hand Book on the WTO Dispute Settlement System*, op. cit., p. 44.

desencadeou o processo seja considerada como tendo razão no final do processo porque de facto a outra parte violou as regras comunitárias estabelecidas no Protocolo Comercial. Se formos a ver, quem sairá a ganhar com o processo não será apenas o Estado que deu impulso ao processo, mas sim toda a Comunidade, nesta perspectiva não faz sentido que a parte que deu impulso ao processo suporte sozinha as despesas que teve como o mesmo.

Conclusões

Com a adopção e inserção do Anexo VI no texto do Protocolo Comercial, aquando da sua emenda em 2000, os Estados Membros da SADC deram um impulso significativo na fortificação do regime jurídico para a resolução de conflitos comerciais na região⁵⁰, entretanto, não obstante as inovações que o Anexo VI trouxe em termos de procedimentos e regras aplicáveis para a resolução de um conflito, o mecanismo ali estabelecido não se apresenta de todo perfeito e algumas questões permanecem envoltas em uma série de incertezas em termos da sua eficácia.

Não há dúvidas de que o Anexo VI veio responder a muitas das inquietações que o regime inicialmente estabelecido no Artigo 32 do Protocolo Comercial, para a resolução de conflitos comerciais, suscitava, desde logo a questão dos prazos para todo processo desenrolar-se, bem como as conexões entre as diferentes fases ou níveis que o sistema de resolução de conflitos prevê.

Porém, paralelamente às respostas que veio dar àquelas inquietações, o Anexo VI veio suscitar novas e que de igual modo necessitam de resposta. É verdade que até então poderão não se fazer sentir uma vez que as regras e procedimentos de resolução de conflitos comerciais ainda não foram colocados à prova, porquanto, até então, não há notícias de se ter verificado um conflito comercial na região e que implicasse o desencadeamento dos procedimentos estabelecidos no Protocolo Comercial para a resolução de conflitos⁵¹. Entretanto, entendemos que não é necessário que surja um conflito para que determinadas questões sejam acauteladas, aliás, uma das funções das normas jurídicas é de

50 De facto, um sistema de resolução de conflitos na região, bem estruturado, ajuda a prevenir “*the detrimental effects of unresolved international trade conflicts and to mitigate the imbalances between stronger and weaker players by having their disputes settled on the basis of rules rather than having power determine the outcome*”, conforme sublinhado em WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *A Hand Book on the WTO Dispute Settlement System*, op. cit., p. 1.

51 Situação diferente encontra-se no que diz respeito à resolução de conflitos no âmbito do Protocolo sobre o Tribunal onde só de 2007 à presente data foram desencadeados mais de 10 casos. Vide <http://www.sadc-tribunal.org/page.php?p=caseschedule>.

acautelar situações futuras para que quando ocorram tenham uma resposta imediata.

Uma das questões que em nosso entender deve merecer a atenção imediata dos Membros da SADC em matéria de resolução de conflitos comerciais é a definição do conteúdo específico de “*substantial trade interest*” e/ou “*substantial interest*” porquanto aparecem como conceitos em branco e indeterminados cuja concretização em termos de conteúdo deixou-se, em primeira instância, ao critério dos Estados Membros e em última instância ao Tribunal da SADC, órgão competente para decidir sobre questões de interpretação das regras jurídicas da Comunidade. Aliás, há antes uma necessidade de se padronizar os dois conceitos uma vez que são usados de forma indistinta quer no Anexo VI (o número 5 Artigo 3 fala de “*substantial trade interest*” enquanto o Artigo 15A fala de “*substantial interest*”) quer no Anexo I, para significar a mesma coisa, embora, em nosso entender, os mesmos não possam ser considerados de significado ou até conteúdo igual.

Deixar ao critério dos Estados Membros a definição do conteúdo dessas duas expressões parece-nos contraditório se tomarmos em consideração que a segurança e certeza jurídicas são dois valores que se pretendem salvaguardar em matéria de resolução de conflitos comerciais na região. Isto porque, a fixação desse conteúdo pelos Estados Membros será feita casuisticamente, ou seja, perante um caso concreto e o conteúdo adoptado para a solução de um caso não será necessariamente o mesmo para se resolver um outro caso daí a possibilidade de proliferação de vários sentidos para o mesmo ou os mesmos conceitos.

Atendendo ao facto de o Tribunal ser a última instância de decisão sobre questões de interpretação das regras da SADC e ao facto de lhe ter sido atribuída a competência para preparar a sua própria jurisprudência, nos termos da alínea b) do artigo 21 do Protocolo sobre o Tribunal e seu Regimento Interno, a qual serviria como lei aplicável para a resolução de conflitos, poderíamos dizer que o receio de proliferação de vários conteúdos diversos para “*substantial trade interest*” e/ou “*substantial interest*” seria aparente porque o Tribunal fixaria em definitivo os conteúdos daquelas duas expressões de modo a serem considerados nas futuras situações de conflitos. No entanto, no novo protocolo sobre o tribunal retira essa competência ao futuro tribunal da SADC.

Entretanto, mesmo se essa possibilidade permanecesse, não parece ser suficiente para afastar o receio de que nos referimos, dentre outras razões, e principalmente, pelo facto de a competência do Tribunal da SADC não ser originária, ou seja, o Tribunal não tem poderes para *ex officio* fixar o sentido das normas que regem as relações dentro da região, ele está dependente de lhe ser solicitada a resolução de um caso concreto para o efeito daí que, atendendo à natureza política do mecanismo de resolução de conflitos comerciais da SADC

em que as partes são chamadas a privilegiar a resolução pacífica dos diferendos, em resposta ao princípio de “*resolução pacífica dos conflitos*” estabelecido na alínea e) do Artigo 4 do Tratado Constitutivo da SADC, o Tribunal poderá vir a não ser chamado a intervir nos casos porque as partes poderão decidir fixar o conteúdo que melhor satisfazer os seus interesses.

Pretendendo-se dotar a região, ou a Comunidade, de um sistema próprio de resolução de conflitos comerciais, a outra questão que deve merecer a atenção dos Estados Membros da SADC é a articulação entre os dois sistemas ou mecanismos de resolução de conflitos, nomeadamente o estabelecido nos Anexos VI e I dos protocolos comercial e sobre o comércio de serviços, respectivamente, e o estabelecido no Protocolo sobre o Tribunal e seu Regimento Interno, definindo-se e forma clara que o Tribunal deve ser visto como a última instância de resolução de conflitos comerciais da região, não se abrindo espaço para que um conflito interno venha a ser apreciado por um órgão externo, como pode vir a acontecer no actual cenário, se atendermos ao conteúdo do número 4 do Artigo 15A do Anexo VI e do número 4 do Artigo 17 do Anexo I.

Conforme referimos anteriormente, o facto é que o sistema de resolução de conflitos comerciais da SADC ainda não foi posto à prova uma vez que ainda não houve registo de um conflito comercial envolvendo os Estados Membros e que implicasse o desencadeamento de todos os procedimentos estabelecidos no Anexo VI⁵². Entretanto, e repetimos, os Estados Membros da organização não podem ficar à espera de um possível conflito para dar respostas às inquietações que o sistema estabelecido suscita.

Por outro lado, um sistema de resolução de conflitos consistente e eficaz faz com que não hajam receios no desenvolvimento de relações comerciais entre os diferentes actores e isso só engrandece a própria organização e o desenvolvimento da região, uma vez que os Estados Membros sentir-se-ão mais à vontade em se relacionar com outros Estados Membros, bem como poderá contribuir para que a “barreira psicológica”, que de alguma forma ainda se verifica em determinados Estados Membros⁵³, possa ser ultrapassada.

52 Deve-se reafirmar que o Protocolo sobre o Comércio de Serviços ainda não entrou em vigor e, portanto, não se coloca a questão do desencadeamento dos procedimentos do seu Anexo I.

53 Acreditamos que o facto de até hoje não se ter desencadeado um processo no âmbito do mecanismo de resolução de conflitos estabelecido no Anexo VI seja resultado da “barreira psicológica” que ainda subsiste nos países membros da SADC e não porque, de facto, em quase 15 anos de implementação do Protocolo Comercial não tenham ainda surgido situações que pudessem levar ao desencadeamento dos procedimentos comunitários de resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS

<http://www.aict-ctia.org/courts_subreg/sadc/sadc_home.html>, acesso em 21 de Janeiro de 2008.

ABI-SAAB, Georges, *The WTO Dispute Settlement and General International Law*, em WORLD TRADE ORGANIZATION (2005), *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years*, Editado por Rufus YERXA e Bruce WILSON, Cambridge University Press, Cambridge.

BOHANES, Jan - *A Few Reflections on Annex VI to the SADC Trade Protocol*, Em tralac Working Paper No 3/2005, Junho de 2005. Texto disponível em < <http://www.tralac.org/scripts/content.php?id=3781>> acesso em 21 de Janeiro de 2008.

MACHAVA, Almeida Zacarias, *SADC, uma “Pseudo-Integração” Regional a caminho da União Aduaneira*, in Revista Temas de Integração, 1.º e 2.º Semestres de 2010, Números 29 e 30, Almedina, Coimbra.

NG’ONG’OLA, Clement – *Regional Integration and Trade Liberalization in the Southern African Development Community*, in Journal of International Economic Law (2000), Oxford University Press.

NHARA, Anselmo, *What is SADC?: “Towards the Implementation of the Trade Protocol”*. In SADC USER’S GUIDE, Trade and Development Studies Issue No. 23, July 2003. Texto disponível em <www.tradescentre.org.zw/pdf/23%20Towards%20Implementation%20of%20the%20Trade%20Protocol.pdf>, acesso em 21 de Janeiro de 2008.

STOLER, Andrew L., *Preferential trade agreements and the role and goals of the World Trade Organization*. Em SIDDIQUE, M. A. B. (Ed.) (2007), *Regionalism, Trade and Economic Development in the Asia-Pacific Region*, Edward Elgar, United Kingdom.

WORLD TRADE ORGANIZATION (2004), *A Hand Book on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge University Press, United Kingdom.

LEGISLAÇÃO

Tratado Constitutivo da SADC, adoptado em 17/08/1992.

Protocolo Comercial da SADC, adoptado em 24/08/1996.

Protocolo sobre Serviços da SADC, adoptado em 18/08/2012.

Protocolo sobre o Tribunal e seu regimento interno, adoptado em 07/08/2000 (Antigo protocolo).

Protocolo sobre o Tribunal e seu regimento interno, adoptado em 2014 (Novo protocolo).

LIÇÕES

**WOMEN AND WATER:
OVERVIEW OF THE PROBLEM AND
THE INTERNATIONAL LEGAL AND POLICY DISCOURSE
— PROMOTING THE ACCESS OF WOMEN
TO WATER AND SANITATION***

Paulo Canelas de Castro
Associate Professor, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: Women have always maintained a special relation with water. Women also have special needs regarding water and are especially vulnerable to the lack of access thereto and sanitation. This special relation of women with water has over time tended to accentuate the hardships in life which are bound to persist so long as discrimination, inequalities, and stereotyping remain entrenched. While there is no simple solution to improving the lot of women and girls and their access to water and sanitation and other social goods, the human rights framework seems to offer an analytic and normative toolkit that simultaneously reveals and permits to address the structural causes of inadequate access to water and sanitation and offer solutions that can contribute to both ensuring equal access to water and sanitation and improving the status of women and girls. A first move in this direction resulted from the recognition of a human right to water and sanitation. This occurred already in the 21st century, at the end of a long and erratic process of legal construction. It is however necessary to move forward and consolidate this legal empowerment of women as well as address the entrenched discriminations and gender inequalities that they suffer, by further exploring the potential that the whole toolkit of human rights seems to bear. This

approach has started to be followed in the latest years; at a policy level with the Sustainable Development Goals agenda and legally by systematically pooling on human rights principles and procedural rights and obligations. However, in order to fundamentally change the situation locally, where women feel the impacts, it also seems necessary to maintain a dynamic interaction between different levels of governance and legal orders. Progressive legal thinking in the international context, together with international policy initiatives and institutions seem to hold inspiring indications for and promote the legal and deep social and cultural changes that states have to bring about, for the sake of full realisation of the human right to water and sanitation and, more fundamentally, the dignity of an important part of Humankind.

Keywords: access to water; gender inequalities; health; human needs; human rights; human rights to water and sanitation; non-discrimination; procedural rights; sanitation; Sustainable Development goals; vulnerable groups; women.

“It is no longer acceptable to discuss women’s rights as separate from human rights... human rights are women’s rights and women’s rights are human rights.”

Hillary Clinton,
United Nations Fourth World Conference on
Women, Beijing, 1995.

Introduction

International Water Law has been witnessing major paradigm-shifts over the last three decades to meet the challenges of our times of water crisis and water scarcity, where the value of water has become undeniable. One of the

* *This text corresponds in part to the presentation made by the author in the context of the Seminário sobre “Direitos da Criança e da Mulher”, jointly organised by the Faculty of Law of the University of Macau, Macau Special Administrative Region, China and the Faculty of Law of the Universidade Eduardo Mondlane, Mozambique, which was held in Macau on the 26th October 2016. It fundamentally reproduces the substance, the structure, and the oral style of that presentation.*

We have been trying to apprehend and analyse these paradigm-shifts in several writings. Permit us to enlist the following, all by Paulo Canelas de Castro: “The Human Right to Water: Another building

block in the international water law edifice”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 42, 2018, pp. 12-28; *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água: Transição de Paradigmas*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2018; “Towards the Harmonization of the Human Right to Water with the Protection of International Investments in the Context of Processes of Privatization of Water Services? - A New Development in International Water Law?”, *Soochow Law Journal*, 2016, n.º 13:1, pp. 43-57; “Trends of Development of International Water Law”, *Beijing Law Review*, 2015, vol. 6, n. 4, pp. 285-295; “A solução pacífica de litígios internacionais relativos à água”, in Jorge Miranda, J.J. Gomes Canotilho, José de Sousa e Brito, Miguel Nogueira de Brito, Margarida Lima Rego, Pedro Múrias (eds.), *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, vol. III, Coimbra, 2012, Almedina, pp. 73-97; “A água e o direito do comércio internacional: que relação?”, in Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado, João Carlos Loureiro (eds.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, *Administração e Sustentabilidade: entre Risco(s) e Garantia(s)*, Coimbra, 2012, Coimbra Editora, pp.117-143; “Section 15: Special paper - Climate change and water management: Is EU Water Law adapted to climate change?”, in C.A. Brebbia and V. Popov (eds.), *Water Resources Management VI*, Southampton, 2011, WIT Press, pp. 827-839; *The European Union at 50: Assessing the Past, Looking Ahead*, Macau, University of Macau Press, 2010; “From a common concept to a common experimentation? - An Assessment of the Water Framework Directive’s Impact on Water Management in Europe”, in Slavko Bogdanovic (ed.), *Water policy and Law in the Mediterranean – An Evolving Nexus*, Novi Sad, 2011, Faculty of Law of the University Business Academy, pp. 146-168; “Climate Change and Adaptive Water Management – How Much Adaptation does EU Water Law Need?”, Working Paper, The World Jurist Association, *Addressing Climate Change: A Survey of National and International Laws*, 2010, World Jurist Association; “Regional responses to the global water crisis - The EU and SADC experiences compared”, in Finn Laursen (ed.), *The EU and Federalism. Politics and Policies Compared*, Farnham, Burlington, 2010, Ashgate, pp. 101-132; “European Community Water Policy”, in Joseph Dellapenna and Joyeeta Gupta (eds.), *The Evolution of the Law and Politics of Water*, Berlin, 2009, Springer, pp. 227-244; “Convenções sobre Rios Internacionais: a fundamental transição de paradigmas do Direito Internacional da Água contemporâneo”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, 2009; “O Direito Humano à Água à Luz do Comentário Geral número 15 do Comitê dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU”, *Revista Internacional em Língua Portuguesa*, N.º22, Setembro de 2009, pp. 23-41; “Transição de paradigmas no direito internacional da água”, in Luís Veiga da Cunha et al. (eds.), *Reflexos da Água*, Lisboa, 2008, APRH, pp. 104-105 (also published in Spanish and English); “Paradigm-shifts in International Water Law and European Union Water Law”, *Soochow University Law Journal*, 2008, pp. 1-50; *Recent Developments in Water Law. Principles and Comparative Cases*, Lisboa, 2006, Luso-American Foundation; “Cambiamento dei paradigmi nella legislazione internazionale e europea a tutela delle acque”, *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, 2006, n.º6, pp. 829-853; “A nova geração dos tratados internacionais sobre águas no contexto da África Austral: Rumo à sustentabilidade”, in Carlos Alberto de Bragança (Coord.), *5º Congresso Ibérico, Gestão e Planeamento da Água – Bacias Partilhadas, Bases para a Gestão Sustentável da Água e do Território*, FCT, 2006, Lisboa, pp. 115-116; “Mudança de Paradigmas no Direito Internacional da Água? As “Regras de Berlim” da Associação de Direito Internacional”, in Carlos Alberto de Bragança (Coord.), *5º Congresso Ibérico, Gestão e Planeamento da Água – Bacias Partilhadas, Bases para a Gestão Sustentável da Água e do Território*, FCT, 2006, Lisboa, pp.125-126; “Nova Era nas Relações Luso-Espanholas na Gestão das Bacias Partilhadas? Em busca da Sustentabilidade”, in J.J. Gomes Canotilho (org.), *O regime jurídico internacional dos rios transfronteiriços*, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, pp. 75-144; “Freshwaters-Sea Interface: Emerging Legal Field?”, *Boletim da Faculdade de*



developments is what may be termed its humanisation¹, a keen attention on the human relevance of water for all human beings. This explains a growing interface between this body of law and the vibrant body of law dedicated to human rights and the protection of the human beings². It is in this context of an international law in a state of flux that we should assess how this International Law dedicated to water has been addressing the specific problem of the relationship women and water, the relationship of a significant part of Humankind, facing specific conditions and challenges, and this vital natural resource.

1. Social-factual starting point: women's special relation with water and women's special needs

Women together with children usually have a special relationship with water. Women bear the primary responsibility for water collection in the vast majority of households worldwide³. Often natural resource managers, women and girls are responsible for collecting water for cooking, cleaning, drinking, health and hygiene, and growing food⁴. However, almost paradoxically, women and girls tend to experience and manage access – and the lack of access – to water and sanitation differently from men and boys; with more hardships. Time spent collecting water translates for women into time lost at school, generating an

Direito da Universidade de Macau, 2004, n.º 16, pp. 179-220; “Evolução do regime jurídico da relação rio-mar: rumo a um Direito (integrado) das águas?”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, N.ºs. 21/22, Junho-Dezembro 2004, pp. 159-232; “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; “New Era in Luso-Spanish Relations in the Management of Shared Basins? The Challenge of Sustainability”, in Malgosia Fitzmaurice and M. Szuniewicz (eds.), *Exploitation of Natural Resources in the 21st Century*, London, 2003, Kluwer Law International, pp. 191-234.

- 1 Similarly, Laurence Boisson de Chazournes, *Fresh Water in International Law*. Oxford, 2015, Oxford University Press.
- 2 Highlighted, amongst many other ones, by A.H. Robertson, *Human Rights in the World*, Manchester, 1972, Manchester University Press; Louis Henkin (ed.), *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*. New York, 1981, Columbia University Press; and Mashood A. Baderin and Manisuli Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, Farnham, 2010, Ashgate.
- 3 See *Progress on Drinking Water, Sanitation and Hygiene: 2017 Update and SDG Baselines*. Geneva, 2017, World Health Organization (WHO) and the United Nations Children's Fund (UNICEF). It is stated that women and girls are responsible for water collection in 8 out of 10 households with water off premises.
- 4 World Health Organisation and the United Nations Children's Fund (UNICEF), *Progress on Sanitation and Drinking Water* 34 (2010) http://www.wssinfo.org/fileadmin/user_upload/resources/1278061137-JMP_report_2010_en.pdf.

income, or caring for family members⁵. If they manage to attend school in spite of the time consumed in fetching water, and since about half of the schools in low-income countries lack adequate drinking water, sanitation and hygiene⁶ crucial for girls and female teachers to manage their period, they face other difficulties which can cause them to miss school altogether particularly during their period. The relation between gender and water is inseparable⁷. The traditional role of women in society, particularly with respect to management of the home and women's role as carers, also means that they often have a greater need in terms of access to water and sanitation services compared to men. And yet women and girls are often excluded from or hold a marginal role in the decision-making related to their access to water and sanitation. Women's generally lower economic and political status in comparison to men leaves them with reduced choices in how they access services. This impacts important dimensions of their human right to water, namely the core demands implied by this right of accessibility, quality, affordability, and acceptability of services available. The needs of menstruating women and girls are also seldom considered in the provision of such services, particularly outside the home in schools or other institutions. The lack of access to adequate sanitation in the home, which often leads to people being forced to defecate in the open, has a different social and cultural impact on women and girls' health and safety and reflects in their status within most societies. These factors directly affect gender equality and women and girls' ability to enjoy their human rights.

Gender inequalities often stem from deeply entrenched customs and behaviours. Together they certainly tend to limit women's participation in social and economic development.

Gender inequalities are exacerbated by other social and cultural inequalities based on religion, caste, class, or income. For example, in India, there is often discrimination regarding who is allowed to use public water and sanitation services. Women and girls of lower caste or women who are menstruating may not be permitted to use the same well as higher caste women or must wait for others to finish using the well before they can fetch water. Women and girls also face the danger of sexual assault when they leave the home to relieve themselves in fields or go to public toilets, simply for needing to fulfil a bodily function.

These impacts on women and girls globally are bound to persist so long as discrimination, inequalities, and stereotyping remain entrenched.

5 This is reminded by UNEP, *Women and the Environment*, [http://www.unep.org/PDF/Women/Chapter Five.pdf](http://www.unep.org/PDF/Women/Chapter%20Five.pdf) (2004).

6 UNICEF and WHO, *Progress on Sanitation and Drinking Water: 2015 Update and MDG Assessment*, Geneva, 2015, UNICEF.

7 In the same vein, see <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/Feb05.pdf>.

While better access to water and sanitation will always lighten the domestic load, it will not be sufficient if women and girls still bear the bulk of the responsibility for these duties. Therefore, using the legal construct of human rights more generally and women's rights more specifically, should help to understand, highlight, and correct inequalities in the access to water and sanitation experienced by women and girls. However, any approach to improving access to domestic water and sanitation services must also include a challenge to the stereotype of the woman or girl in the home and serving the family, rather providing images of women and girls fulfilling a broad range of social, cultural, and economic roles.

While there is no simple solution to improving the lot of women and girls and their access to water and sanitation, the human rights framework seems to offer an analytic and normative toolkit that simultaneously reveals and permits to address the structural causes of inadequate water and sanitation service provision, offering specific solutions that can contribute to improving the status of women and girls with respect to both the global political challenge and the human right of equal access to water and sanitation (comprehending hygiene).

2. The general normative response: the late emergence of a human right to water and sanitation

We have seen in other writings that these needs of women and girls, specifically, but even more generally the vital human need for water generally by all human beings at large, have been responded with a normative black hole, with a normative vacuum⁸. Indeed, paradoxically as it may seem, since water is so crucially needed for every human expression, and the second half of the 20th century was so marked by the development of the body of law of Human Rights internationally, has for long nowhere to be seen in the international legal construction. It certainly did not make way to the "International Bill of Rights"⁹.

8 See Paulo Canelas de Castro, "Paradigm-shifts in International Water Law and European Union Water Law", *Soochow Law Journal*, 2008, pp. 1-50; "O Direito Humano à Água à Luz do Comentário Geral número 15 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais da ONU", *Revista Internacional em Língua Portuguesa* n.º 22, Setembro de 2009, pp. 23-41; Paulo Canelas de Castro, "Trends of Development of International Water Law", *Beijing Law Review*, 2015, vol. 6, n.º 4, pp 285-295; 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 Services? -A New Development in International Water Law?", *Soochow Law Journal*, 2016, n.º 13:1, pp. 43-57; Paulo Canelas de Castro, "The Human Right to Water: Another building block in the international water law edifice", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 42, 2018, pp. 12-28; Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água: Transição de Paradigmas*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2018.

9 The International Bill of Human Rights" is an expression covering the Universal Declaration of

The right to water is not specifically mentioned in the Universal Declaration of Human Rights of 1948, nor in the International Covenants adopted in 1966: the one on Civil and Political Rights and the one on Economic, Social and Cultural Rights.

Obviously, 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 Authors¹⁰ already had been maintaining 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 thus not considered as a self-standing right in itself in earlier UN human rights texts, but merely as a tool to guarantee other rights. Even the scholastic interpretations which attempted to accredit it were highly controverted, thus rendering the claim to the right’s existence uncertain at best.

This originated a very erratic and piecemeal process of law making which translated into specific, sparse provisions in scattered legal instruments¹¹:

Their first expression in treaty instruments occurred with in particular three conventions, meant to countering non-discrimination regarding three vulnerable groups of human beings, first of whom women. Indeed, the main international treaties explicitly recognizing the human right to water include the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women¹², whose Article 14 (2) reads: “*States parties shall take all appropriate*

Human Rights of 1848 and the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966 as well as the International Covenant of Economic, Social, and Cultural Rights also of 1966.

- 10 In particular, Stephen C. McCaffrey, “Human Right to Water: Domestic and International Implications.” *Georgetown International Environmental Law Review*, 1992, n.º 1, p. 5 where he stated that “*Such a right could be envisaged as part and parcel of the right to food or sustenance, the right to health, or most fundamentally, the right to life*” and Peter H. Gleick, “The Human Right to Water”, *Water Policy*, 1999, Vol. 1, Issue 5, pp. 487-503, where he asserts that “*access to a basic water requirement is a fundamental human right implicitly and explicitly supported by international law, declarations, and State practice.*” In both cases, the argument is that this is a derivative right, implicit in other rights enshrined in major human rights treaties, and particularly from key provisions of the 1966 International Covenants.
- 11 More detailed recounting of this historical development in Paulo Canelas de Castro: “The Human Right to Water: Another building block in the international water law edifice”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 42, 2018, pp. 12-28; *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água: Transição de Paradigmas*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2018; “Trends of Development of International Water Law”, *Beijing Law Review*, 2015, vol. 6, n. 4, pp. 285-295.
- 12 United Nations, Treaty Series, vol. 1249, N.º 20378; also available at <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw.htm>.

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 Child¹³, 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 Disabilities¹⁴, 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”.

Other treaties, both global or regional in scope, equally comprehend disparate provisions on a human right to water or a human right to sanitation. For the former ones, reference may be made to Article 5 of ILO Convention N.º 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 1949¹⁵. In regard to the latter regional sparse normative law-making, one may point to the African Charter on the Rights and Welfare of the Child (article 14); and 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. This disparate law-making may also be illustrated by looking at the conventions specifically related to water matters, where scattered provisions may equally be read as setting out elements of an emerging human right to water

13 United Nations, Treaty Series, vol. 1577, N.º 27531 also available at <http://www2.ohchr.org/english/law/crc.htm>.

14 It was adopted by General Assembly Resolution 61/106, annex 1. The text is available at <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtexte.htm>.

15 United Nations, Treaty Series, vol. 75, N.º 973.

or allowing for such interpretative construction¹⁶.

Furthermore, also non-binding but still influential rules or standards, again both of a global¹⁷ or regional¹⁸ reach, 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 rules of the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners¹⁹, the United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty²⁰, the United Nations Principles for Older Persons²¹; the Guiding Principles on Internal Displacement²², ILO Recommendation N.º 115 of 1961 on Workers' Housing²³,

16 See, for instance, the *Statement of Understanding* accompanying the United Nations Convention on the Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses (A/51/869 of 11 April 1997), which 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”.

17 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.

18 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 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.

19 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.”

20 “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.”

21 “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.”

22 “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.”

23 “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; ...”.

FAO's Voluntary Guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national security²⁴.

Finally, both international²⁵ and domestic²⁶ case law further contributed to the recognition of this right²⁷.

3. Latest developments in the 21st Century: the consolidation of the human right to water and sanitation

These first steps into the recognition of a human right to water contrast with the contemporary legal landscape today, where the human rights to water and sanitation are not to be doubted anymore. Human rights to water and sanitation have indeed risen dramatically in importance over the last two decades; so much that today almost 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 political declaration recognizing this right. Some States have even enshrined this right or these rights in their national Constitution²⁸. When incorporated in

24 “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, ...”

25 For instance, through a leading ruling like the one in the *Sawhoyamaxa Indigenous Community v. Paraguay* case, by the Inter-American Court on Human Rights. Also, arbitral awards like the ones in several cases (*Aguas del Tunari, Azurix, Biwater, Suez, Urbaser*), before arbitral courts set up with the facilitation of the International Centre for Settlement of Investment Disputes. We analysed most of them and their significance in Paulo Canelas de Castro, “Trends of Development of International Water Law, *Beijing Law Review*, 2015, vol. 6, n. 4, pp 285-295; 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 Services? -A New Development in International Water Law?”, *Soochow Law Journal*, 2016, n.º 13:1, pp. 43-57; Paulo Canelas de Castro, “The Human Right to Water: Another building block in the international water law edifice”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, vol. 42, 2018, pp. 12-28; Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água: Transição de Paradigmas*, Coimbra, 2018, Universidade de Coimbra.

26 The *Residents of Bon Vista Mansions v. Southern Metropolitan Local Council* case and the *Mazibuko v. City of Johannesburg* in South Africa, the *Delhi Water Supply v. State of Haryana* case and the *Subhash Kumar v. State of Bihar* case in India.

27 See Paulo Canelas de Castro, *Mutações e Constâncias do Direito Internacional da Água: Transição de Paradigmas*, Coimbra, 2018, Universidade de Coimbra.

28 Cf http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/world_water_council/documents_old/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/Story_RTW_CD_March07_compressed.pdf. The list of countries includes: Belgium, Colombia, Democratic Republic of Congo, Ecuador, Ethiopia, Gambia, India, Kenya, Panama,

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.

Two international normative documents or sets of legal instruments stand out for their particularly responsibility in ensuring that this important evolution came about:

In 2002, the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights adopted a document that explained for the first time, how central access to water is for the right to health and the right to an adequate standard of living and, as such, should be considered as a right itself²⁹. This instrument which is an authoritative interpretation of the 1966 International Covenant states, in its Article I.1, 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*”³⁰. Comment N.º 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 uses³¹. It 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.*”³² These requirements were subsequently developed by other resolutions: 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)*

the Philippines, South Africa, Spain, Uganda, Uruguay, Venezuela and Zambia.

29 General Comment N.º 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 N.º 2 (E/2003/22), annex IV, and the statement on the right to sanitation of the Committee of 19 November 2010 - Ibid., 2011, Supplement N.º 2 (E/2011/22), annex VI.

30 Subsequent resolutions, with some variations, adopt the formula: “*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*” (e.g., HRC Resolution 18/1, of 28 September 2011).

31 General Comment N.º 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 N.º 2 (E/2003/22), caption II. *Normative content of the right to water.*

32 UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment 15*, para.2.

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*"³³. Moreover, subsequently, different UN bodies have endeavoured to determine further the implications of these conditions of "sufficient", "safe", "accessible" and "affordable" water/sanitation, "without discrimination". We hence now know that "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, personal and household hygiene³⁴. 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 health³⁵. 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 requirements³⁶. 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, water services, to be affordable 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

33 Thus, Human Rights Council Resolution 33/10 of 29 September 2016.

34 CESCR, *General Comment N.º 15* (E/C.12/2002/11), para. 12 (a).

35 CESCR, *General Comment N.º 15* (E/C.12/2002/11) and CESCR, *Statement on the right to sanitation* (E/C.12/2010/1), para. 12.

36 ESCR, *General Comment N.º 15* (E/C.12/2002/11) and CESCR, *Statement on the right to sanitation* (E/C.12/2010/1), para. 12 (b).

water provision be made free of charge. Most especially, States are expected to take reasonable steps to avoid a contaminated water supply and to ensure there are no water access distinctions amongst citizens.

This first constitutional moment set by General Comment 15 was later followed³⁷ by decisive statements on the right to water and sanitation in 2010. This was particularly so with General Assembly resolution 64/292 of 28 July 2010³⁸ which recognizes that water and sanitation should be a human right: “(...) *the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right*. It further stated that this right “(...) *is essential for the full enjoyment of life and all human rights*”. Subsequent resolutions, sometimes of other United Nations organs, also with some variations, adopt a similar formula. Thus, for instance, Human Rights Council 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*”³⁹.

37 Some other initiatives intercurrent: in 2005 the former UN Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights issued guidelines to assist governments to achieve and respect the human right to water and sanitation. Cf. 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, at: http://www2.ohchr.org/english/issues/water/docs/SUB_Com_Guisse_guidelines.pdf. These guidelines led the UN Human Rights Council to appoint Catarina de Albuquerque as independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation in 2008. Cf. <http://www2.ohchr.org/english/issues/water/iexpert/overview.htm>. She wrote a detailed report in 2009 that outlined human rights obligations to sanitation, and the CESCR responded by stating that sanitation should be recognized by all states. See Catarina de Albuquerque, *Realising the human rights to water and sanitation: A Handbook by the UN Special Rapporteur*, Lisbon, 2014, United Nations. The mandate of Catarina de Albuquerque as “*Independent expert on the issue of human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation*” was extended and renamed as “*Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation*” after the resolutions of 2010. Through her reports to the Human Rights Council and the UN General Assembly, she continued clarifying the scope and content of the human right to water and sanitation. As Special Rapporteur, she addressed issues such as: *Human Rights Obligations Related to Non-State Service Provision in Water and Sanitation*, 2010; *Financing for the Realization of the Rights to Water and Sanitation*, 2011; *Wastewater management in the realization of the rights to water and sanitation*, 2013; and *Sustainability and non-retrogression in the realization of the rights to water and sanitation*, 2013. In 2014, Léo Heller became the second Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation.

38 General Assembly resolution 64/292 was pioneer in recognizing the right to safe and clean drinking water and sanitation as a self-standing human right.

39 The Human Right Council actually has a rich record of resolutions on the subject: 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 and 27/7 of 2 October 2014, 33/10 of 29 September 2016 (contrary to former ones, this later resolution was voted).

Almost simultaneously with General Assembly resolution 64/292, the Human Rights Council adopted resolution 15/9, entitled *Human rights and access to safe drinking water and sanitation*⁴⁰.

Since these founding times, huge progress has been made. For instance, more recently some resolutions⁴¹, 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 sanitation⁴², 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) 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 living⁴³. 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 regard to sanitation, that too often remains neglected, were it not to be addressed as a separate right⁴⁴. More so than in conceptually defining the rights, this normative progress has principally translated in different actions aimed at promoting, and practically implementing the human rights to water and sanitation.

4. From the general protection deriving from the recognition of the human right to water and sanitation to the specific focus on the problems of women

A first normative layer of the more recent, contemporary plural response

40 This occurred October 6, 2010.

41 General Assembly resolution 72/178, of 19 December 2017 and Human Right Council resolution 33/10 of 29 September 2016.

42 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*, Lisbon, 2014, p. 19.

43 See Human Rights Council Resolution 33/10, 29/9/2016.

44 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*”.

to the specific issues of women and water derives from the 2030 Agenda for Sustainable Development adopted by the United Nations in 2015⁴⁵ and the Sustainable Development Goals. It complements and is complemented by other efforts of a more pointedly legal nature.

One of the main vectors thereof is the highlighting that these human rights were developed in order to protect vulnerable, marginalized, and oppressed individuals and groups, together with providing a useful framework for generally enhancing the global response in terms of water management to the global later crisis. This was visibly so for women, children, persons with disabilities, which, as aforementioned, were the object of specific treaties protecting these groups deemed to be particularly vulnerable. This important recognition facilitates the additional step consisting in further understanding, analysing, and addressing the continuing lack of access to water and sanitation by providing a more practical response to the implementation deficits. In that more particular, progressive, enhanced normative thinking, the human rights principles of non-discrimination and equality, and the procedural principles and obligations of participation, access to information, and accountability seem to bear the potential to not only add robustness to the human rights to water and sanitation generally apprehended, but also to more specifically help ensure a more pertinent, subject-specific realization of the women's rights and their actual effective implementation.

Jointly, these two vectors of an overall normative development strategy centred on the toolkit of human rights and the principles and full gamut of rights and obligations connected should contribute to bridging the remaining barriers in women's access to water and good sanitation and instead further promoting the access of women to water and sanitation.

4.1. The UN 2030 Sustainable Development Agenda

The Sustainable Development Goals (SDGs) call for the integrated implementation of the entire 2030 Agenda and put human rights and corresponding principles at the centre.

The rights to water and sanitation have in this context a central relevance which is foremost evidenced in Goal 6 which seeks to ensure the availability and sustainable management of water and sanitation for all. Nearly every one of the other goals rely in some way on water, sanitation and hygiene. Moreover, the SDGs recognize the importance of human rights for eliminating gender inequality (Goal 5) and for reducing inequality in general (Goal 10). Goals 3 and 4, respectively on health and education, also contain requirements to achieve gender equality.

45 Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, entitled *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*.

Overall, the SDGs thus add relevance and timeliness to the discussion on how actual gender inequalities effectively limit the progress in social and economic development, specifically in the water and sanitation sectors.

Increasing gender equality can only have a positive impact on access to water and sanitation for women. The converse is equally true. Greater gender equality leads to women and girls having a greater say in how water services are delivered, improving the likelihood that these services meet their multifarious needs. Conversely, improving water and sanitation services for women and girls can only contribute to the reduction of their vulnerabilities and improvements in gender equality, given the importance of water and sanitation to fulfilling traditional roles of women and girls. Even there though, a holistic treatment is required: improving water and sanitation for women and girls without simultaneously challenging the stereotypical vision of women as caregivers will not lead to the gender equality demanded by Goal 5.

The human rights to water and sanitation include specific obligations for states. Amongst these, the immediate obligation to ensure that human rights are realized in a participatory, accountable, and non-discriminatory way, and a longer-term obligation to progressively realize the human rights to water and sanitation using the maximum available resources are included. This calls for structural changes that will require the reform of laws and government institutions, but that can also be achieved through good governance, with the engagement of all stakeholders.

At the global level, initiatives or bodies, like the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation⁴⁶ and the Sanitation and Water for All partnership⁴⁷ are aligning all activities with the requirements of the SDGs, including those stemming from human rights norms and principles. This should also work towards eliminating inequalities in access to water and sanitation. Through a multi-stakeholder process, partnerships between states, and processes and systems, the Sanitation and Water for All agenda, in particular, provides an opportunity to openly discuss with decision-makers and civil societies the structural reasons for inequalities in access to water and sanitation and seek appropriate solutions. Admittedly, this is a long and challenging process where interaction with other approaches is much in need: in particular, this partnership that promotes open and transparent sharing of ideas, solutions, and challenges

46 See www.ohchr.org/srwaterandsanitation.

47 See <http://sanitationandwaterforall.org>. It is there presented as a global partnership of governments, donors, civil society organizations and other development partners working together to coordinate high-level action, improve accountability and use scarce resources more effectively, namely to achieve universal access to clean water and adequate sanitation.

gains in not losing sight of and instead coordinating with the work based on the substantive human rights principles that promote non-discrimination, participation, access to information, and accountability.

4.2. Pooling the Human Rights toolkit of principles and procedural obligations to further promote women's equal access to water and sanitation

The need for further developing and lending precision and practical relevance to the rights to water and sanitation has been trailing another pathway, generally premised on the normative capital related to the body of law of human rights: in particular, some of the key substantive principles of the international law of human rights as well as some of the corresponding procedural obligations and principles are thus explored. Articulated with the more immediate contents of the rights of access to water and sanitation as well as a progressive interpretation thereof, this approach seems to bear the potential for bringing these rights to new normative frontiers and more progressive legal consequences.

Non-discrimination and *equality* are central to all international human rights treaties. This is so with the more specific Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women of 1979 and the provision of article 5 on non-discrimination as well as the provision therein relating to water (article 14 (2)), but this also holds in regard to the other human rights treaties. Together, all of these treaties include provisions to protect against discrimination and ensure equality from which corresponding principles derive. Furthermore, human rights law generally has made clear that the obligation to respect, protect, and fulfil human rights⁴⁸ in a non-discriminatory way is a duty that is immediately binding⁴⁹. This means that this body of law generally also commands that the actual situation of women and girls is examined and the inequalities and effective obstacles to the access to water and sanitation be clearly addressed.

Inequality between men and women can be witnessed in every country, in every culture and religion, as well as within the households. The gender roles held by women and men, and girls and boys, often contribute to the stigma,

48 In contemporary international law of human rights, it is well accepted that the ICESCR imposes duties on states to 'respect', 'protect' and 'fulfil' its rights. Firstly, the *obligation to respect* requires states to refrain from interfering in rights. This means that states are obliged not to jeopardise the realization and enjoyment of the right. Secondly, the *obligation to protect* rights against private interference demands that states prevent attacks to the rights and right holders by non-state actors. Thirdly, the *obligation to fulfil* requires states to take positive measures by facilitating, promoting and providing rights. In this regard, the duty to *facilitate* rights can be pursued through the adoption of national laws, policies and practices that recognize and effectively protect the right.

49 CESCR, *General Comment N.º 3, The Nature of States Parties' Obligations* (E/1991/23), para. 10, and CESCR, *General Comment N.º 15* (E/C.12/2002/11), para. 37.

discrimination, and stereotyping that affect how people access water and sanitation in high-, middle-, and low-income countries.

Another relevant principle that has to be associated within the effort to repel non-discrimination and inequality is the one of the *universality* of the rights. The human rights to water and sanitation require that appropriate safe water and sanitation services are accessible and affordable for all⁵⁰. This holds particularly for those who are marginalized and/or vulnerable. The lack of adequate access afforded to so many women and girls deepens other social inequalities. Women and girls who belong to minorities, such as particular language groups in parts of Southeast Asia, will suffer from additional discriminations. A lack of access for groups already stigmatized can directly lead to hygiene hardships, further aggravating the stigma felt by those groups and the individuals therein and reinforcing negative stereotypes. Ensuring that girls have equal opportunities to education requires many different initiatives, including the basic provision of adequate latrines in schools, so that girls feel confident about engaging in schooling. Even more fundamentally, many countries still have a lot of work to be done on attitudes towards menstruation.

Overall, there is a clear correlation between the lack of access to water and sanitation suffered by many women and girls and broader inequalities within society. The former stands as a crying sign of the latter. States in taking the rights to water and sanitation seriously must identify these inequalities and recognize the more significant impact that a lack of these services has on the lives of women and girls, their special needs and special vulnerabilities. The next logical step is for states to review existing policies and legislation that may have an impact on women and girls' ability to access water and sanitation. The solutions that work for women and girls may be different or more specific than the ones which are deemed necessary to achieve universal access to water and sanitation. Looking at the problem specifically for women and girls should permit to find unsuspected solutions. For instance, in some countries, women are not supposed to use the same latrine as men, either due to menstruation or other norms and taboos related to women. This remains unnoticed in many monitoring exercises – the fact that a toilet exists in a certain facility does not ensure that all the people there use it or are allowed to use it according to the prevailing social, cultural conventions.

As happens generally with many forms of discrimination and stigma, empowering women and girls through diverse means, like through access to

50 Besides General Comment 15, this states General Assembly resolution 7/169, The human rights to safe drinking water and sanitation, (18 November 2015), available at <http://www.endwaterpoverty.org/sites/endwaterpoverty.org/files/The%20Human%20Rights%20To%20Water%20And%20Sanitation%20UN%20resolution.pdf>.

information, education, and, more broadly, by strengthening their ability to engage in cultural and social life, certainly assists them in confronting and challenging negative stereotypes about what women and girls are capable of doing; and this further impacts positively on the perceptions of the group and their roles in the whole society.

One fundamental obligation of states committed to human rights is naturally that these substantive determinations have to find way to the legal system, by means of revised legislation, policies, and regulations. Achieving gender equality within the context of a full implementation of a human right requires as a first necessary step a full review of the gendered impact of previous legislation, policies, and regulatory processes relating to access to water and sanitation, to ensure that these do not permit discriminatory practices. Policies that are premised on taking note of the fact that so often women and girls have a predominant role in collecting and managing water and sanitation for the household may be or are unintentionally perpetuating that role, rather than exploring measures and processes that instead counter gender stereotypes and practically spur gender equality.

Naturally, revised laws must also be accompanied by changes in the institutions and the corresponding social and cultural practices. For that, states must systematically engage in examining how existing access to water and sanitation strategies impact women and maintain gender inequalities. This review is a necessity deriving from their human rights obligations, the co-respective for states of the human rights recognised. They result from their obligations to respect and to fulfil. Further, in regard to their obligations to protect, states must ensure that others, including private sector or civil society organizations, do not perpetuate inequalities through discriminatory practices. The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women provides, in Article 5, to “*modify the social and cultural patterns of conduct of men and women, with a view to achieving the elimination of prejudices and customary and all other practices which are based on the idea of the inferiority or the superiority of either of the sexes or on stereotyped roles for men and women.*”

Access to information is another human rights principle, as well as a human right in itself. Information plays a crucial role in ensuring that people are able to understand what they are entitled to with respect to water and sanitation and how they can gain access to these services. Several factors usually impact negatively women and girls’ adequate access to information on water and sanitation. This is the case, for instance, with illiteracy, or the outright exclusion from meetings where such the discussions on the access to water and sanitation take place. Ensuring that women and girls have the information that they need to access services of water provision and sanitation and understand their rights requires a broad panoply of solutions over different timespans. A long-term approach, for instance, mandates

that girls have equal access to education, as a pre-condition for them to later engage in the different processes in a meaningful way. In the more immediate short-term, the requirement commands that women and girls obtain the information that they need in order to access services in the clearest and more direct or local language available. Moreover, straightforward information on menstruation and corresponding hygiene is of necessity to help women and girls both understand and manage their periods. Rendering menstruation a normal, accepted fact of life should contribute towards ensuring that women and girls continue going to school and work and participate in cultural and social activities.

The *right to participation*, participation itself in decision-making, is equally essential to ensuring that women and girls are able to engage meaningfully in the processes pertaining to their access to water and sanitation. Because of the prejudice of theirs as the ‘second sex,’ securing opportunities for women to participate fully in relevant decision-making processes will require an examination of assumptions of who can participate and how participation is conducted. For example, women’s lives are often circumscribed by their domestic responsibilities and their duty to care for children, the sick, or older persons within the household. This may prevent them from travelling longer distances to meetings or participating at times of the day when the domestic, household governance is more intense. If women’s views are to be taken into account, participatory processes must explore ways of circumventing these factual hindrances. Additionally, given the multiple layers of exclusion – women and girls with disabilities or from an ethnic minority will often have more problems engaging with decision-making processes – specific care must be taken that women and girls from all social and cultural groupings are able to participate.

Accountability is also an obligation imparted on States in the human rights context generally and for the realization of the human rights to water and sanitation. State accountability mainly supposes two forms of monitoring: monitoring of access to services, institutions, policies, and legislation, and, setting up access to and redress mechanisms for the cases where governments are not addressing inequality in access to services.

Monitoring: In order to address inequalities effectively, the inequalities must firstly be known, and their root causes understood. Since the causes of gender inequalities are generally deeply embedded in culture and stereotypes of what men and women (and girls and boys) are to do, it is often difficult to both identify and address inequalities. For this reason, it is important that surveys are carried out by culturally aware, trained individuals. However difficult it may be to collect accurate data, efforts must be made to understand and measure discriminatory or stigmatizing practices. These better data are indispensable to develop policies that are gender-sensitive and provide dedicated funding for gender-sensitive

programming.

Access to justice: As inequalities in access to water and sanitation for women and girls are established through monitoring processes, access to justice must also be available. This may be through complaints procedures managed by service providers or through independent bodies including regulators, national human rights commissions, and local authorities. While in theory, access to justice should be equally available to all people, the reality is that there are often barriers that must be removed to ensure equal access to all. For this, it is necessary to ensure that information about how to lodge a complaint is easily available in straightforward and local language. Service providers that are serious about responding to complaints will consider a range of measures comprehending, for instance, free hotlines to call when there is a problem.

Where service providers are not able to address specific complaints, there are also courts that can consider violations of the human rights to water and sanitation. Again, care needs to be taken to ensure that barriers to accessing courts are removed and take into account the particular difficulties faced by women seeking justice. These may have deep historical and cultural habits which belittle women in practice. Women's domestic responsibilities and frequently greater poverty will also prevent them from paying the necessary fees, travel, and time costs to lodge complaints. Thus, focusing on the norms of behaviour for women and girls, rather than the norms for men, will highlight approaches to assist women in achieving justice for failures of the state to ensure access to water and sanitation.

Final Thought: a mutually beneficial interplay between legal orders and levels of governance for the sake of the full realisation of the human right to water and sanitation and a fair share of Humankind

While changing national legislation, strategies, and policies will have the broadest impact on women's rights in regard to access to water and sanitation in the local settings where they live, in the long-term, local authorities, service providers, and other development actors can achieve a great deal more, even locally, by applying the non-discriminatory, gender-responsive approach that International Law and corresponding international institutions have progressively opened themselves up to and that they have been exploring in an effort to improve the implementation of these human rights. Indeed, the more local developments of a law more attuned to the specific needs and condition of women gain in being closely connected with, inspired in, and complemented by international normative thinking and action associated with the works of International Organizations, such as United Nations bodies, like the Special Rapporteur on the human right to safe drinking water and sanitation, or processes, like Sanitation and Water

for All⁵¹. These works and processes have been evidencing a keen attention to the practical consequences of the rights to water and sanitation and utilising the broader potential of the whole human rights approach and corresponding toolkit for achieving progress in the application of these rights. Harnessing valuable comparative data across different levels of governance, from which lessons derive that will play key and catalytic roles in supporting efforts to fully eliminate gender-based inequalities through national laws, policies, and action, should result in further cementing in the local domestic settings the progressive outlook that has been followed in recent years regarding the rights of access to water and sanitation. This forward-looking, taking-rights-seriously-approach is not only legally justified – it is the right implementation strategy, premised on the soundest legal principles, since it purports to pursue the object and purpose of treaty provisions and other rights and obligations in this area of international law –, but also, more fundamentally and crucially, it is the right one, ethically speaking, since it contributes to improving the condition of a significant part of Humankind.

51 SWA is a global platform for achieving the United Nation's Sustainable Development Goal 6 - Ensure availability and sustainable management of water and sanitation for all.

ESTUDOS DE PÓS-GRADUAÇÃO

O DIREITO DE CONFLITOS DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA

Júlio Anjos*

*Estudante de Mestrado em Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito,
Universidade de Macau*

Resumo: O direito de conflitos chinês revela em geral uma forte propensão para se aplicar a lei do foro chinesa em detrimento da lei estrangeira. Em muitos dos institutos do regime geral do direito internacional privado chinês, designadamente os da qualificação, averiguação da lei estrangeira, reenvio, fraude à lei e ordem pública, adoptaram-se soluções que não propiciam o combate ao *forum shopping*. A experiência estrangeira, bem como as soluções encontradas pelo legislador de Macau, poderão servir de exemplo e referência para a optimização do regime chinês.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; Direito de conflitos; *forum shopping*; qualificação; averiguação da lei estrangeira; reenvio; fraude à lei; ordem pública.

1. Nota introdutória

O presente estudo constitui um dos quatro trabalhos curriculares exigidos no curso de Mestrado em Direito em Ciências Jurídicas em Língua Portuguesa da

* Assistente a Tempo Parcial, Faculdade de Direito, Universidade de Macau
Jurista, MGM Grand Paradise Limited.

Faculdade de Direito da Universidade de Macau e insere-se, este em particular, no âmbito da disciplina de Direito Privado Chinês.

O interesse pelo presente tema advém, por um lado, do facto de subsistir ainda grande margem de discussão doutrinal *de iure condendo* quanto ao direito positivo chinês, que, como é consabido, se insere num sistema jurídico ainda em vias de aperfeiçoamento. Por outro lado, sempre é construtivo agregar sabedorias de diferentes origens, sendo especialmente contribuidor para a construção de um sistema como o da República Popular da China a realização de estudos por alguém que teve formação jurídica sobre um direito complexo como o da Região Administrativa Especial de Macau e que conhece não só as línguas, como também as culturas e demais factores que conformam o direito de um e outro ordenamento jurídico. Com efeito, muitas das soluções ora encontradas pelo legislador chinês, assim como grande parte do pensamento jurídico da doutrina chinesa actual, já chegaram a predominar no ocidente, para depois ceder lugar a evoluções mais sofisticadas – o valor do direito comparado reside não tanto na inspiração de soluções estrangeiras para serem importadas para o sistema interno, porque as mesmas podem não ser as mais adequadas tendo em conta a disparidade das realidades, em especial a realidade chinesa, mas precisamente no facto de poder apontar críticas teóricas e empíricas às soluções presentemente adoptadas pelo direito interno, que já foram mais que empregues e testadas, normalmente com relativo fracasso, noutros ordenamentos.

O trabalho que ora se leva avante não pretende de modo algum ser ambicioso ao ponto de abarcar todos os aspectos do regime geral do direito de conflitos chinês, focando tão-apenas naqueles que apresentam peculiaridades em relação ao sistema nosso conhecido, no âmbito dos institutos da qualificação, averiguação da lei estrangeira, reenvio, fraude à lei e ordem pública. Questões que, para o nosso espanto, embora se fundem marcadamente em construções doutrinárias, são tratadas nos manuais de direito internacional privado de forma extremamente limitada¹.

Assim, o presente estudo será um exercício de raciocínio doutrinário e de defesa de posições, sempre com um acento crítico e construtivo, mais do que um mero levantamento e exposição do direito positivo e da doutrina, que, após a devida investigação, se mostram ser insuficientes para um trabalho deste

1 É curioso notar que, de entre cerca de 20 manuais de DIP por nós consultados, com mais de 400 páginas cada um, quase todos eles adoptam a mesma estrutura de exposição, reservando apenas poucas páginas para as questões que constituem o objecto do nosso trabalho, dando antes mais ênfase à parte especial do DIP. Já o mesmo fenómeno não se verifica nos artigos publicados em revistas jurídicas que, pelo menos nesta matéria, oferecem maior valor de referência ou pelo menos perspectivas mais variadas, especialmente porque aqueles manuais foram redigidos numa fase muito precoce da evolução legislativa no âmbito do DIP.

calibre, para além de ter diminuto valor académico. Pretendendo ser um pequeno contributo para a percepção do regime vigente e também para a optimização do sistema chinês *de iure condendo* – se tiver oportunidade de ser visto no Interior da China, designadamente antes da conclusão dos trabalhos preparatórios para a elaboração do primeiro Código Civil da República Popular da China, onde se espera incluir uma parte destinada à regulamentação do DIP –, o trabalho tentará sempre fazer um paralelismo com o regime de Macau – que é baseado no sistema romano-germânico do ocidente, valendo-lhe em especial as teorias da doutrina portuguesa –, concluindo com pequenos comentários para a construção de um sistema de DIP mais coerente e aperfeiçoado.

2. Interesse e importância do estudo da questão

Nos tempos que nos pertencem, o DIP vem cada vez assumindo uma maior importância nas relações jurídicas, dada a facilidade de movimentação de pessoas e bens devido ao fenómeno da globalização. Assim, mais do que frequente podemos constatar adopções internacionais, casamentos além-fronteiras e negócios jurídico-civis ou comerciais internacionais. E disso não é excepção a China que, desde a sua abertura ao exterior em 1978, tem vindo a ser um dos maiores actores do comércio jurídico internacional. Basta ver que em todos os cantos do mundo é possível encontrar-se um chinês...

O problema que nos fez suscitar a curiosidade pelo DIP prende-se com o fenómeno conhecido por “*forum shopping*”. Este meio de fraude à lei em sentido amplo permite a que os interessados possam, estudados os regimes de DIP dos ordenamentos em contacto com a situação jurídica, optar por interpor a acção naquele que melhor sirva os seus interesses. E para nós é lamentável que a comunidade internacional não tenha feito impor normas de DIP de nível supraestadual, à semelhança das convenções em direito internacional público. É que, consagrando cada ordenamento conexões diferentes, o cenário mais natural é o da aplicação de leis diferentes entre os diversos ordenamentos. Basta pensar, a título de exemplo, que, perante um conflito patrimonial numa relação matrimonial, se a questão for colocada na China, a lei que será chamada a dar solução ao caso será a da residência habitual dos cônjuges². Só que, se a mesma questão for julgada num tribunal português, a lei competente será a da nacionalidade dos cônjuges³. Algo que, sem mais, parece-nos ser intolerável para a justiça e para a continuidade e estabilidade das relações jurídicas.

2 Art. 24.º, 2.ª parte, da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas da RPC.

3 Art. 52.º, n.º 1, do Código Civil português.

O problema acentua-se especialmente na China⁴, cujos tribunais, por considerações transversais de soberania⁵ e de boa administração da justiça⁶, e por questões características da realidade chinesa, como a falta ou imperfeição de fundamento legal para muitos dos institutos de DIP até à entrada em vigor da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas de 2011⁷, a falta de formação específica dos juizes no campo do DIP e o receio dos mesmos em vir a prejudicar a carreira e o ordenado por errónea interpretação e aplicação de lei estrangeira⁸, tendem a aplicar a lei chinesa quando são chamados a pronunciar enquanto tribunais do foro⁹. Veja-se, apenas a título de exemplo, um caso relatado por Qin Yuanchun, em que o tribunal decidiu aplicar a lei chinesa num caso de concessão de crédito para jogo em Macau, por ambas as partes serem residentes no Interior da China e por o tribunal pertencer ao Interior da China¹⁰.

Urge, pois, analisar o direito legislado da China quanto às regras gerais sobre o direito de conflitos, que é o que iremos fazer já de seguida.

-
- 4 E em muitos outros ordenamentos. Aliás, também se fala num “*home trend*” designadamente nos Estados Unidos da América. Cfr. Xu Weigong, “The trend of “going home” in the application of law in the United States and the trend of *les fori* in the application of law in China”, in *Journal of Henan University of Economics and Law*, vol. 139, n.º 5, 2013, pp. 68-70.
 - 5 Uma parte da doutrina tem entendido que a aplicação de uma lei estrangeira significa reconhecer a soberania desse Estado – são as chamadas doutrinas universalistas. Sobre o assunto, cfr., entre outros, José Costa, *Sumários de DIP I*, 2013/2014, policopiadas, Universidade de Macau, pp. 12-13.
 - 6 Consiste num factor a ponderar na escolha da lei aplicável, ditando a regra de que aplicar a lei do próprio foro é sempre mais aconselhável, pelo facto de os juizes conhecerem melhor o respectivo regime. *Idem*, p. 93.
 - 7 E, mesmo assim, subsistem várias incertezas e questões por resolver, como tentaremos evidenciar ao longo do estudo. São exemplos de omissões de regulamentação, designadamente, a fraude à lei e a questão prévia. Cfr. Huang Jin, “Produção e aperfeiçoamento de leis competentes aplicáveis às relações cíveis para com o exterior”, in Leonel Alves, Tong Io Cheng e Paulo Cardinal (coord.), *Terceiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM: Sentido e Importância do Direito Comparado no Âmbito do Princípio “Um País, Dois Sistemas”*, Assembleia Legislativa da RAEM, 2016, p. 653.
 - 8 Cfr. Xu Weigong, *ob. cit.*, p. 71.
 - 9 Segundo estudos, a taxa de aplicação da lei chinesa pelos tribunais populares quando chamados a resolver conflitos de leis rondou os 97% em 2008 e 2009. Cfr. Liu Xiangshu, “On upholding the most significant relationship a judicial principle”, in *Modern Law Science*, vol. 34, n.º 3, 2012, p. 134. Lamentavelmente, não conseguimos aceder a estudos que ilustrassem essa mesma taxa ao abrigo da nova Lei em vigor desde Abril de 2011.
 - 10 Cfr. Qin Yuanchun, “Sobre a possibilidade de individualização de dívidas de jogo e respectivo tratamento jurisprudencial. O contributo das obrigações naturais para uma nova abordagem de questões tradicionais sob a perspectiva do direito civil”. Disponível em: <http://www.scimao.com/read/1298174>, última consulta em 3/7/2016.

3. Regime geral do direito de conflitos da RPC

Até muito recentemente, o DIP chinês encontrava-se regulado de forma dispersa, em diplomas como os Princípios Gerais de Direito Civil (doravante, Princípios) (arts. 142.º a 150.º), incluindo as «Opiniões do Supremo Tribunal Popular sobre algumas questões acerca da implementação dos Princípios Gerais de Direito Civil da RPC» de 1988 (doravante, Opiniões) (arts. 178.º a 195.º), as «Disposições do Supremo Tribunal Popular sobre algumas questões relativas à aplicação da lei no julgamento de casos envolvendo contratos civis ou comerciais plurilocalizados» de 2007 (doravante, Disposições), a Lei das Sucessões (art. 36.º), a Lei da Adopção (art. 21.º), a Lei do Registo Matrimonial (arts. 2.º, 4.º, 5.º, 10.º, 11.º, 12.º e 19.º), a Lei do Processo Civil (arts. 235.º a 248.º, 255.º a 267.º), incluindo as «Opiniões do Supremo Tribunal Popular sobre algumas questões acerca da implementação da Lei do Processo Civil da RPC» (arts. 13.º a 16.º, 308.º a 320.º), a Lei dos Instrumentos de Negociação (arts. 94.º a 101.º), a Lei do Comércio Marítimo (arts. 268.º a 276.º), a Lei da Aviação Civil (arts. 184.º a 190.º), a Lei dos Contratos (art. 126.º) e a Lei das Sociedades Comerciais (art. 218.º)¹¹.

Para muitas das questões que nos interessam, era suficiente analisar o primeiro dos diplomas elencados, incluindo as respectivas Opiniões do STP. E era nele que se baseava toda a doutrina chinesa sedimentada em obras publicadas, que, em face da incompletude da lei, chegou a ponto de criar uma equipa de redacção de uma lei-modelo de DIP, inclusivamente com versão em língua inglesa (*Model Law of Private International Law of the People's Republic of China*, de 2000), com 166 artigos, alegadamente para “referência” dos órgãos legislativos e judiciais. É, pois, interessante notar a insatisfação da doutrina perante a situação legislativa da China, como aliás é mais que comum¹², bem como o seu forte entusiasmo em contribuir para que os órgãos legislativos e judiciais se fiquem munidos de uma “referência”, como se não tivessem instrumentos para prosseguir a sua actividade legiferante e jurisprudencial...¹³

11 Cfr. Chen Weizuo, “A modernização do Direito Internacional Privado legislado da China”, in *Tsinghua Law Journal*, vol. 5, n.º 2, 2011, p. 98, e bibliografia citada na nota 2; e Lu Yanfeng, “A aplicação da lei nos contratos plurilocalizados – uma perspectiva prática”, in *Research on Rule of Law*, n.º 11, 2013, pp. 35-36.

12 Pois, na maioria dos manuais e artigos de direito chinês os Autores concluem sempre com uma secção destinada a expor as suas “perspectivas” ou “propostas de melhoramento” do sistema jurídico, em especial do direito legislado.

13 Na verdade, como nos é confirmado por Guo Yujun, “Reflexões sobre a legislação de DIP da China e seu aperfeiçoamento”, in *Tsinghua Law Journal*, vol. 5, n.º 5, 2011, p. 163, a doutrina e os órgãos legislativos chineses estão quase como que em confronto. Pelo menos, a influência da doutrina na legislação é quase nula.

De todo o modo, em 1 de Abril de 2011 entrou em vigor a primeira lei especificamente destinada a regular o DIP após a constituição da RPC¹⁴. A Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas da RPC (doravante, LAL), seguida da «Interpretação do STP sobre algumas questões relativas à aplicação da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas» (doravante, Interpretação), tem 52 artigos e até apresenta algumas semelhanças com o regime de Macau, plasmado no Código Civil (doravante, CCM), nomeadamente quanto à estrutura – uma parte geral seguida de uma parte especial – e também quanto à opção política de eleger como elemento de conexão para as questões do estatuto pessoal a residência habitual, em detrimento da nacionalidade¹⁵.

No entanto, e é precisamente isso que justifica o presente estudo, verificam-se muitas diferenças de opção político-legislativa, nomeadamente em todos os cinco institutos que propomos investigar, bem como imperfeições de regime, reconhecidas logo após o primeiro ano de vigência da LAL designadamente pela Associação de Direito Internacional Privado da China¹⁶.

3.1. Qualificação

A qualificação constitui uma operação fundamental na determinação da lei competente num conflito de leis. É por isso que começamos por nos debruçar sobre este aspecto indispensável para a compreensão do regime geral do DIP.

Antes da entrada em vigor da LAL, a doutrina chinesa¹⁷ conhecia perfeitamente o conceito de qualificação, bem como todas as posições doutrinárias quanto a esta problemática¹⁸ – só que ninguém se pronunciava quanto ao respectivo regime aplicável na RPC, por falta de regulamentação legal expressa – apenas se limitavam a expor as teorias ocidentais.

A LAL veio resolver decisivamente a questão, acolhendo a doutrina da

14 Para uma abordagem histórica da evolução do DIP legislado na China, Li Shuangyuan, Ou Fuyong, Jin Pengnian e Zhang Mao, *General Private International Law of China*, Law Press China, 2007, pp. 82 a 99.

15 Na linha do que ficou exposto, refira-se, a título de curiosidade, que mesmo após a entrada em vigor desta lei nunca faltaram propostas da doutrina para melhoramento da lei. Cfr., entre outros, Guo Yujun, *ob. cit.*.

16 Na sessão anual ocorrida entre 17 e 19 de Novembro de 2011. Cfr. Xu Weigong, “Comment on the Act of People’s Republic of China on Application of Law in Civil Relations with Foreign Contacts”, *in Journal of Henan University of Economics and Law*, vol. 130, n.º 2, 2012, p. 122.

17 Vide, por todos, Han Depei, *Nova Abordagem do Direito Internacional Privado*, Wuhan University Press, 2003, pp. 126-132.

18 Nomeadamente porque antes da reforma de abertura ao exterior o direito positivo chinês era totalmente alheio ao DIP, pelo que foi absolutamente necessário recorrer e traduzir toda a regulamentação legal e muita da doutrina a nível do direito comparado. Cfr. Huang Jin, *ob. cit.*, pp. 641-642.

qualificação segundo a *lex fori* (art. 8.º). A lei de Macau não o refere expressamente, mas é pacífico entender-se que a interpretação do conceito-quadro de uma norma de conflitos deverá fazer-se de acordo com a lei do foro¹⁹. Para um e outro caso, a doutrina entende que essa interpretação deve ser feita segundo a *lex formalis fori*, e não segundo a lei material do foro²⁰.

A lei de Macau acrescenta um elemento essencial para a operação da qualificação, esclarecendo que a norma potencialmente aplicável deverá ser perspectivada funcionalmente no espírito do sistema jurídico a quex pertence (art. 14.º do CCM)²¹. E nisto consiste a grande diferença em relação ao DIP chinês.

É que, como é curioso notar, até muito recentemente²², a doutrina era quase unânime²³ quando expunha a questão da qualificação como sendo uma *qualificação de factos*, como se de um conflito interno se tratasse, e não como uma *qualificação de normas jurídicas* potencialmente aplicáveis²⁴. E tal não deixa de suscitar certa perplexidade atendendo a que a doutrina chinesa expõe as doutrinas estrangeiras tal e qual como elas são conhecidas no exterior, mas com essa diferença de que as mesmas foram originariamente pensadas para uma qualificação de normas e não de factos como a doutrina chinesa a concebe. Ou seja, sentimos alguma dificuldade em compreender como é que uma teoria como a da interpretação segundo a *lex formalis fori*, pensada para uma qualificação de normas, pode ser enquadrada e aplicada para um sistema de qualificação de factos, aliás sem sequer ser seguida de uma qualificação secundária²⁵.

19 Cfr. José Costa, *ob. cit.*, pp. 116-118.

20 *Ibidem*.

A doutrina chinesa fala numa “nova doutrina da *lex fori*”. Cfr. Li Shuangyuan, Ou Fuyong, Jin Pengnian e Zhang Mao, *ob. cit.*, p. 144. Segundo esta doutrina, entre nós conhecida por *lex formalis fori*, perante um conflito de DIP, o intérprete deverá aplicar as regras de conflitos do tribunal do local onde a questão é colocada, interpretando-as não de acordo com os conceitos de direito material do ordenamento jurídico desse local, mas de acordo com as categorias e os interesses de DIP dessa *lex fori*.

21 Cfr. José Costa, *ob. cit.*, p. 119.

22 Ultimamente parte da doutrina tem reconhecido o equívoco, embora o problema continue a persistir no campo da jurisprudência. Cfr. Weng Jie, “Sobre a qualificação no conflito de leis de natureza privada”, in *The Jurist*, n.º 2, 2012, p. 156.

23 Isso confirma-nos Song Xiao, “Characterization: What is Characterized and the Main Theories”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 6, 2009, p. 196.

24 Cfr., também, Weng Jie, *ob. cit.*, p. 151.

25 Pois, segundo João Nuno Riquito e Teresa Leong, *Direito Internacional Privado*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2013, p. 226, para quem defenda uma qualificação primária de factos, a interpretação do conceito-quadro da regra de conflitos seria feita de acordo com a *lex materialis fori*, sob pena de incoerência lógica.

Assim, se segundo a nossa metodologia²⁶ temos primeiro de encontrar, nos sistemas jurídicos dos Estados em contacto com a situação, as normas que cada um aplicaria aos factos em causa, para depois subsumir cada uma dessas normas, atendendo à natureza jurídica ou função que assumem no respectivo ordenamento jurídico, nos conceitos-quadro das regras de conflitos da *lex fori* e ver qual delas corresponde à lei designada pela regra de conflitos aplicável, no sistema da RPC, o que se faz é simplesmente determinar a natureza jurídica dos factos em causa segundo a *lex fori* subsumindo esses próprios factos nas regras de conflitos, e depois ir à procura da lei que a regra de conflitos relevante designa como competente para regular a questão. Ou seja, enquanto em Macau há lugar a tantas subsunções (qualificações) quanto o número de leis em contacto potencialmente aplicáveis ao caso, na China há apenas uma operação de qualificação.

Vejam, para exemplificar o modo de funcionamento do instituto na prática jurisprudencial, os seguintes casos: Huang intentou acção contra Lai, residente de Taiwan, pedindo simplesmente a dissolução do casamento. Quanto à questão de DIP, o tribunal dedicou (apenas) as seguintes palavras: “Nos termos do disposto no art. 8.º (“À qualificação das relações cíveis plurilocalizadas é aplicável a lei do foro”) e no art. 27.º (“*Ao divórcio litigioso é aplicável a lei do foro*”) da LAL, a relação jurídica em causa consubstancia um conflito de divórcio, sendo aplicável a lei da RPC pelo facto de o autor ser nacional e residente na jurisdição do presente tribunal”²⁷. Seguindo a mesma metodologia, o Tribunal de Segunda Instância de Xinxiang da província de Henan²⁸, aplicando a LAL a um conflito envolvendo um residente de Macau nos termos do art. 19.º da Interpretação²⁹, determinou como competente a lei chinesa nesse litígio contratual de fiança para garantia de um mútuo, pelo facto de o mutuante ser residente habitual no Interior da China e o art. 41.º da LAL estabelecer que, na falta de designação da lei aplicável pelas partes, é competente a lei da residência habitual da parte com as obrigações mais características do contrato em causa, tendo determinado a natureza contratual da questão por aplicação do art. 8.º da LAL.

Como se deixa ver, em ambos os casos se chegou à conclusão sobre a natureza jurídica da relação de facto interpretando-a no quadro do direito material chinês – divórcio litigioso e obrigações contratuais, respectivamente – para depois eleger a regra de conflitos correspondente – arts. 27.º e 41.º, respectivamente – e,

26 Idem, pp. 236-241.

27 Proc. n.º 627 (2015) do Tribunal de Base de Jiashan da província de Zhejiang, de 26 de Fevereiro de 2016.

28 No Proc. 102 (2014), de 21 de Outubro de 2015.

29 Segundo o qual aos conflitos de leis em relações cíveis envolvendo residentes das RAE's de Hong Kong e de Macau é aplicável o disposto na LAL e na respectiva Interpretação.

por fim, encontrar e aplicar a lei designada pela regra de conflitos. Entre nós, a doutrina tem referido que um tal sistema estaria a confundir o DIP com o direito interno, pois as regras de conflitos apenas se aplicam, e têm como objecto, regras de direito material, e não factos³⁰. Com efeito, um tratamento paritário das leis em contacto com a situação reclamaria uma operação de qualificação para cada norma potencialmente aplicável, perspectivada segundo a função que desempenha no ordenamento a que pertence, para além de, em determinadas situações não ser possível proceder a uma correcta qualificação tendo como base os factos do caso³¹.

3.2. Averiguação da lei estrangeira

Uma norma particularmente importante no sistema do DIP chinês é a do art. 10.º da LAL³², segundo a qual *“Compete aos tribunais populares, às instituições de arbitragem ou aos órgãos administrativos proceder à averiguação da lei estrangeira aplicável à relação cível plurilocalizada. Tratando-se de lei estrangeira designada pelas partes, devem estas facultar a lei desse Estado. Na impossibilidade de averiguar a lei estrangeira, ou quando a lei desse Estado não disponha da respectiva regulamentação, é aplicável a lei da RPC”*.

Percebe-se bem a função desta norma, especialmente ao abrigo do sistema chinês, atento o modelo de qualificação acima exposto. Com efeito, tratando-se de uma qualificação de factos, num primeiro momento do processo de escolha de lei não se vai à busca das normas legais de cada ordenamento jurídico potencialmente competente para reger a questão – só depois de determinado o ordenamento competente segundo a regra de conflitos da RPC com base única e exclusivamente nos factos da situação é que se vai conhecer a lei desse ordenamento jurídico. Pois bem, pode muito bem acontecer que neste momento se depare com um problema – o de que esse ordenamento afinal não dispõe de regulamentação para a situação, v.g. porque se desconhece o instituto, ou então nem há condições para aceder a essa lei. É nisto que consiste o problema da averiguação da lei estrangeira³³.

30 Para uma crítica a este modelo chinês, que nos faz lembrar a teoria de Roberto Ago, cfr. João Nuno Riquito e Teresa Leong, *ob. cit.*, pp. 234-235.

31 Um exemplo desta situação é-nos dado por Song Xiao, *ob. cit.*, pp. 196-197.

32 Sobre os regimes anteriores, de 1988 e 2007, Jiao Yan, “Apreciação crítica à nova regulamentação chinesa sobre a averiguação da lei estrangeira”, in *Tsinghua Law Journal*, vol. 7, n.º 2, 2013, pp. 164-170.

33 Repare-se que por “lei”, neste contexto, deve interpretar-se num sentido abrangente como sendo o direito em geral, incluindo outras fontes de direito como a jurisprudência, designadamente quando se refere a ordenamentos jurídicos onde vigora a regra do precedente judicial. Foi o que se fez no caso decidido no Proc. n.º 16 (2012) do Tribunal de Segunda Instância de Ningbo da província de Zhejiang, de 19 de Novembro de 2015, onde se fez averiguar oficiosamente não só a lei, mas também a jurisprudência australiana, através de juristas especialistas no assunto.

É, na verdade, um problema de ordem prática, com origem na convicção de que nenhum juiz alguma vez poderá conhecer o direito de todos os ordenamentos jurídicos. As questões a resolver são essencialmente as seguintes: 1. A quem cabe averiguar a existência das normas aplicáveis e determinar o seu conteúdo; 2. Qual a lei aplicável em caso de impossibilidade de averiguação do seu conteúdo.

Quanto à primeira questão, a doutrina chinesa não tomava partido nos tempos em que a lei chinesa nada dizia. A LAL veio esclarecer – e foi necessário, pois na prática, por um lado, os tribunais impunham às partes o ónus de provar o conteúdo da lei estrangeira como se de um facto se tratasse e, por outro, havia uma forte tendência para se concluir pela impossibilidade de averiguação da lei estrangeira³⁴ – que tal tarefa cabe, em princípio, aos tribunais, oficiosamente³⁵, solução que pode ser explicada pelo paternalismo jurídico e pela relutância do legislador em adoptar um regime típico dos sistemas anglo-saxónicos, em cujo processo judicial conta com uma participação mais activa das partes, quando o sistema processual civil chinês se aproxima mais ao sistema alemão pertencente à família jurídica de direito continental³⁶. Só em caso de as partes terem designado a lei competente³⁷ é que têm o dever³⁸ de a providenciar³⁹ ao tribunal, o que se percebe, dado o especial conhecimento que as partes têm sobre a lei que

34 Cfr. Xiao Fang, “On Chinese legislation on proof of foreign law”, in *International Law Review of Wuhan University*, vol. 14, n.º 1, 2011, pp. 323-324.

35 Para uma crítica, Jiao Yan, *ob. cit.*, pp. 165-167. A Autora chama a atenção para o facto de os juízes, quer chineses, quer mesmo alemães por hipótese, não estarem necessariamente melhor posicionados para assumir a responsabilidade de averiguar leis que podem provir dos mais variados ordenamentos jurídicos numa época de globalização, sendo mais eficaz incumbir a tarefa às partes processuais que, recorrendo na verdade a peritos, poderão assegurar melhores resultados. Parece-nos, contudo, que os fundamentos invocados não podem servir para justificar uma solução à questão “a quem cabe averiguar”, mas antes à questão, diversa, de “como se deve averiguar”. Pois, se as partes podem e devem recorrer a peritos para o efeito, também o pode e deve o tribunal, quando assim o bem entenda.

36 Segundo Jiao Yan, *ob. cit.*, pp. 167.

37 Que, nos termos da regulamentação da LAL, serão questões de *trust*, regime de bens entre cônjuges, divórcio por mútuo consentimento, direitos reais sobre bens móveis, contratos e responsabilidade civil extracontratual. Cfr. os arts. 17.º, 24.º, 26.º, 37.º, 38.º, 41.º e 44.º.

38 Questão delicada é a de determinar as consequências do incumprimento deste dever – se o juiz proceder ele próprio à averiguação da lei, não haveria, no direito chinês, outra estatuição aplicável às partes incumpridoras; se o juiz não o fizer, o cenário mais provável será o da aplicação da lei do foro chinês, o que, sem mais, se pretende evitar, pelo menos idealmente. Cfr. Xiao Fang, *ob. cit.*, p. 339. A resposta é-nos dada pelo STP no art. 18.º, n.º 2, da sua Interpretação, segundo o qual o juiz pode concluir pela impossibilidade de averiguação da lei estrangeira se, dentro de um prazo razoável por ele fixado, as partes não facultarem a lei estrangeira sem causa justificativa.

39 Repare-se que a palavra final sobre o conteúdo da lei estrangeira continua a pertencer ao juiz, por se considerar matéria de direito. Com efeito, a lei não exige a “prova” da lei estrangeira como se de um facto se tratasse – as partes apenas têm de a “facultar” ao juiz. Cfr. Jiao Yan, *ob. cit.*, pp. 171.

escolheram. O direito da RAEM até se escusou de se pronunciar quanto a este aspecto, sendo quase óbvio que tal tarefa caberá sempre, num sistema como o nosso⁴⁰, ao juiz, a quem cumpre aplicar a lei, seja qual for a sua proveniência, e independentemente de as partes terem ou não facultado a lei que entendem ser competente.

Quanto à segunda questão, a solução encontrada pelo legislador chinês não mereceu grandes considerações ou dificuldades. O legislador optou pelo caminho mais fácil: sempre que não seja possível conhecer a regulamentação da lei competente aplicável à questão jurídica levantada⁴¹, nomeadamente após tentativa através de “meios razoáveis” como os previstos em tratados internacionais aplicáveis à RPC ou o recurso a juristas sediados no exterior⁴², aplica-se imediatamente a lei da RPC. Mais uma vez, aqui o direito chinês se distancia do pensamento do DIP de Macau, uma vez que este tenta sempre evitar a aplicação do direito interno às relações jurídicas internacionais quando não seja ele o ordenamento competente, até porque ele pode não ter qualquer conexão com a situação ou ter uma conexão muito ténue. Assim, nos termos do art. 22.º, n.º 2, do CCM, “*Na impossibilidade de averiguar o conteúdo dessa lei, recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente (...)*”. Ou seja, nem se refere à possibilidade de ser aplicada a lei da RAEM mesmo em *ultima ratio*.

As consequências da adopção de uma postura como a do direito chinês podem ser gravosas. Em primeiro lugar, consagrando a LAL como lei subsidiariamente aplicável a lei chinesa, os juízes poderão ser tentados a cumprir a tarefa de averiguação da lei estrangeira de forma menos diligente e interessada, porquanto sabem que, não sendo tal possível, sempre irão aplicar a lei chinesa, que aliás lhes é mais familiar e de mais fácil aplicação. Dito por outras palavras, a solução legislativa encontrada promove, na prática, a aplicação do direito chinês, ainda que este surja na letra da LAL como sendo o último recurso, até porque actualmente a lei não impõe ao juiz os passos que este deve seguir ou os meios que deve empregar para averiguar a lei estrangeira⁴³. Para ilustrar a seriedade do

40 À semelhança do sistema alemão, que vê a aplicação de lei estrangeira como questão de direito e não como questão de facto com prova pelas partes como sucede no sistema inglês. Cfr. Jiao Yan, *ob. cit.*, pp. 166-167.

41 Para chegar a uma tal conclusão, o juiz deve fundamentar a sua decisão, susceptível de recurso. Cfr. Xiao Fang, *ob. cit.*, p. 335, e Song Xiao, “Sobre o recurso de revisão da aplicação da lei estrangeira pelo Supremo Tribunal”, in *Science of Law*, n.º 3, 2013, p. 135. Este último Autor defende a necessidade de admissão de recurso, para prevenção de erros e abusos de poder, por entender que o juiz dispõe de grande poder na pesquisa da lei estrangeira e na determinação do seu conteúdo, ao contrário do que sucede no regime inglês em que o juiz está adstrito à prova da “matéria de facto” feita pelas partes.

42 Nos termos do art. 17.º, n.º 1, da Interpretação do STP.

43 Não lhe sendo exigível, para chegar à conclusão da impossibilidade de averiguação, esgotar todos os

problema, referimos um caso decidido pelo Tribunal de Segunda Instância de Jixi da província de Heilongjiang, que manteve a decisão de primeira instância com uma fundamentação de contadas linhas, onde se aplicou a lei chinesa nos termos do n.º 2 do art. 10.º da LAL, com base na “impossibilidade de averiguação da lei coreana concretamente aplicável” ao caso – sem qualquer fundamentação –, quando o próprio tribunal tinha acabado de admitir que era o direito da Coreia do Sul competente para regular a questão discutida no processo da distribuição da compensação por morte em acidente de trabalho, tanto assim era que a morte ocorreu na Coreia do Sul e os autores do processo intentaram a acção invocando a lei coreana⁴⁴.

Por outro lado, a aplicação da lei chinesa a situações em que não seria ela a competente segundo as regras de conflitos traduzir-se-á numa aplicação arbitrária da lei às relações jurídicas internacionais – uma pura lotaria, dado que, havendo várias hipóteses em que a lei chinesa é a final aplicável como veremos, o elemento determinante da lei competente passará a ser o local onde a questão é levantada, algo que depende essencialmente da vontade do autor da acção e que é perfeitamente manipulável⁴⁵.

3.3. Reenvio

No âmbito do regime anterior a 2011, o direito de conflitos da China dispunha de duas normas sobre o reenvio. A primeira, especificamente destinada aos conflitos de ordem contratual, era-nos ditada pelo STP, no «Esclarecimento sobre algumas questões relativas à Lei dos Contratos Económicos Plurilocalizados», de 1987: “*A lei designada pelas partes ou determinada pelo tribunal popular de acordo com o princípio da maior proximidade, para efeitos de resolução de conflitos contratuais, refere-se à lei material em vigor, com exclusão das regras de conflito e da lei processual*” (art. 2.º, n.º 5). Era, assim, afastado o reenvio em matéria contratual, o que aliás correspondia à prática então corrente a nível mundial, como corolário das especificidades desse campo jurídico. Contudo, tal não era bastante para representar a postura da lei chinesa quanto ao reenvio em geral⁴⁶. De todo o modo, esta interpretação judicial deixou de ser seguida desde

meios possíveis, mas apenas os “meios comumente usados”. Cfr. Lu Yanfeng, *ob. cit.*, p. 39.

44 Cfr. Proc. n.º 198 (2015), de 30 de Junho de 2015.

45 Shen Juan, “Limites da aplicação da lei do foro”, in *Tsinghua Law Journal*, vol. 7, n.º 4, 2013, pp. 164-166, faz um bom apanhado de seis soluções legislativas que têm sido seguidas a nível do direito comparado para evitar a aplicação imediata da lei do foro em caso de impossibilidade de averiguação da lei estrangeira.

46 Li Shuangyuan e Xu Guojian, *Construção de uma Teoria da Nova Ordem Civil-Comercial Internacional*, Wuhan University Academic Library, 1998, p. 245.

25 de Julho de 2000, tendo sido revogada pelo Comité de Julgamento do STP na 1119.ª sessão, de 16 de Junho de 2000.

A segunda dizia respeito às Opiniões do STP, que no seu art. 178.º, n.º 2, vieram a suprir o vazio deixado pelos Princípios no Cap. VIII quanto ao reenvio: “*Na apreciação de relações cíveis plurilocalizadas, o tribunal popular deve determinar a lei material aplicável de acordo com o disposto no Cap. VIII dos Princípios Gerais de Direito Civil*”.

Em face desta regra geral e abstracta, a doutrina chinesa dividiu-se: uma no sentido de que a expressão “*determinar a lei material aplicável*” afirmava a exclusão das regras de conflito estrangeiras, adoptando uma posição de rejeição inequívoca do reenvio⁴⁷, outra no sentido de que não se depreendia do texto legal uma tal conclusão⁴⁸, invocando, para tanto, os seguintes argumentos: em primeiro lugar, que, do ponto de vista do sentido literal, tal norma visava, em conjunto com o n.º 1 do mesmo artigo, explicar o sentido do art. 142.º, n.º 1, dos Princípios (“*A lei aplicável às relações cíveis plurilocalizadas determina-se nos termos do disposto no presente Capítulo*”), sendo que o n.º 1 tratava de especificar o significado das “*relações cíveis plurilocalizadas*” e o n.º 2 se curava do restante (“*A lei aplicável (...) determina-se nos termos do disposto no presente Capítulo*”), determinando que o *resultado final* da escolha da lei devia incidir sobre a lei material do Estado que viesse a regular directamente a relação jurídica em causa, sem, no entanto, se referir ao *processo de escolha* da lei aplicável, razão pela qual não havia rejeição expressa do reenvio.

Por outro lado, atento o contexto legislativo, fazia-se lembrar que, aquando da elaboração dos Princípios, chegou a ser acolhida a solução do reenvio, ao que se seguiu uma forte discussão entre os adeptos de um e do outro lado. O órgão legislativo, influenciado pelo pensamento então corrente da “teoria da maturidade legislativa”, acabou por não se pronunciar sobre a questão na versão final do diploma. Ora, assim sendo, dir-se-ia que, quando, volvido um ano e meio, foram publicadas as Opiniões, tanto a teoria como a prática chinesas quanto ao reenvio continuavam imaturas – verificando-se até uma tendência evidente de aceitação do reenvio por parte da comunidade internacional – pelo que não se afigurava razoável entender que as Opiniões tiveram como intenção rejeitar expressamente o reenvio.

Em terceiro lugar, tendo em vista os efeitos práticos úteis do reenvio, e considerando o facto assente de que o reenvio é aceite na generalidade dos Estados,

47 Para mais desenvolvimentos, Li Shuangyuan, *O Processo de Uniformização do Direito Internacional Privado Chinês*, Wuhan University Academic Library, 1993, p. 18.

48 Cfr. Zhang Wanming, “A study of the problem involved in the applicability of the law in product liability cases with foreign elements”, in *Social Science in China*, vol. 4, 1993, p. 152.

entender a norma interpretativa em causa como não tomando partido sobre a questão do reenvio poderia facilitar em muito o futuro acolhimento do seu regime pela lei, uma vez que completar os espaços em branco é sempre mais fácil do que alterar a lei. Por último, um tal entendimento permitiria ainda a que os tribunais viessem a aplicar o reenvio na prática jurisprudencial, com carácter inovador.

Por outro lado, analisando as regras de conflito em especial, este sector doutrinário concluía pela existência de condições de regime para a aplicação do reenvio. Concretizando, dizia-se que tanto nos contratos como em matéria alimentar, por aplicação do princípio da maior proximidade, precludia-se o reenvio (art. 189.º das Opiniões). Do mesmo modo, não haveria lugar ao reenvio quando se tratasse de conexões alternativas, nomeadamente em matéria de capacidade, responsabilidade extracontratual e tutela (arts. 179.º a 181.º). Ora, fora destes domínios, ou seja, em relação aos imóveis, matrimónio, divórcio e sucessões – que são precisamente o campo de eleição do reenvio – por se utilizar conexões fixas e singulares, abriam a possibilidade de aplicação do reenvio, mesmo em face do quadro jurídico então vigente⁴⁹.

Apreciação crítica dos argumentos da doutrina

A posição deste sector doutrinário liderado por Li Shuangyuan parece-nos muito forçada e vulnerável pelos argumentos invocados. Na verdade, logo o primeiro falha pelo facto de ser escusado dizer que o papel do tribunal é necessariamente determinar a lei material e nunca apenas a lei de conflitos. Se a interpretação literal das Opiniões do STP tivesse o sentido apontado por este Autor, então nada viria a acrescentar ao já disposto no art. 142.º, n.º 1, dos Princípios, não se justificando assim a natureza esclarecedora das Opiniões.

Quanto ao argumento da maturidade legislativa, é certo que na altura o legislador deixou em aberto a questão, como é também prática usual noutros sistemas de direito continental. Só que, tal como a própria designação indica, esse critério apenas vale para os órgãos legislativos, podendo perfeitamente o STP vir a dar a sua “opinião” quanto à questão, independentemente do grau de maturidade do assunto⁵⁰.

O último argumento nem sequer chega a ser um argumento, antes um mero efeito prático da adopção dessa posição doutrinária. Aliás, o facto de haver uma tendência mundial de aceitação do reenvio não implica necessariamente que a

49 Li Shuangyuan e Xu Guojian, *ob. cit.*, p. 247.

50 “Apparently, legislators have chosen to leave the solution of this problem to the interplay of theory and praxis”, cfr. Huang Jin, “One Country, Two Systems, Three Law Families, and Four Legal Regions: The Emerging Inter-Regional Conflicts of Law in China”, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 5, 1995, p. 318.

China a tenha de seguir.

De qualquer modo, a posição deste sector da doutrina veio a provar-se desajustada com a consagração expressa da opção legislativa no art. 9.º da LAL, que apenas veio a confirmar a atitude de rejeição do reenvio: “*A lei estrangeira competente para reger a relação cível plurilocalizada não abrange a lei de conflitos desse Estado.*” Solução que é compreensível, atendendo à visão tradicional chinesa de protecção da soberania nacional, pois uma parte da doutrina entende que abdicar das suas regras de conflito para aplicar as de um Estado estrangeiro significa abdicar da sua própria soberania⁵¹.

Apreciação crítica da opção legislativa sobre o reenvio

Verdade seja dita, toda a opção legislativa pela chamada “referência material” é insustentável na nossa óptica. O legislador do DIP deverá ter sempre em conta que em causa jogam relações jurídicas de natureza diversa de qualquer outro tipo de relação conhecida pelo legislador interno. Os interesses a proteger são diversos. A solução reclamada deverá igualmente passar por considerações além-fronteiras.

Assim, quando um Professor⁵² defende a bondade da solução, apontando que o facto de a lei excluir o reenvio pode aumentar a certeza e a previsibilidade na determinação da lei aplicável pelos tribunais chineses tendo em conta que o principal elemento de conexão consagrado é a residência habitual e não a nacionalidade, está-se na verdade a adoptar uma visão excessivamente simplista dos interesses internacionais em causa. Com efeito, não há dúvidas de que esta solução promove a previsibilidade das decisões judiciais quanto à lei a aplicar – esta solução contribui efectivamente para que os tribunais chineses emitam decisões mais uniformes. Simplesmente, como foi dito, a maior preocupação do DIP não está em assegurar a uniformidade *interna* das decisões, mas a harmonia jurídica *internacional*, de forma a evitar, designadamente, o *forum shopping*. E, se algum contributo tem esta solução legislativa, será o de potenciar e incentivar as situações de manipulação do foro. Senão vejamos.

Imagine-se um exemplo muito simples e verosímil, em que A, conhecedor

51 Cfr. Wang Shao Ping, “Novo impulso do reenvio sob o objectivo da harmonia internacional”, disponível em <http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=18302>, última consulta em 3/7/2016.

52 Chen Weizuo, “10 novidades da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas”, disponível em http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-11/02/content_2335894.htm, última consulta em 3/7/2016; e “Algumas reflexões acerca da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas”, in *Tsinghua Law Journal*, vol. 4, n.º 3, 2010, pp. 120-121. O Autor é considerado especialista no assunto, tendo inclusivamente participado em sessões do Comité de Produção Legislativa da Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular para a discussão do anteprojecto da LAL.

das regras de DIP da RPC e do Brasil, resolve intentar uma acção sucessória nos tribunais brasileiros, local da situação de um imóvel da herança. Ora, de acordo com o art. 10 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é aplicável a lei do domicílio do *de cujos*, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens – que, no caso e por hipótese, é a lei da RPC. Só que, se a mesma questão fosse colocada nos tribunais chineses, a lei competente seria a *lex rei sitae* (art. 31.º, *in fine*, da LAL) – a lei do Brasil. Ambos os ordenamentos adoptam a referência material quanto à questão do reenvio.

Por meio deste expediente, A satisfaria as suas pretensões, por poder fazer aplicar a lei chinesa, que por hipótese lhe atribui os direitos sucessórios sobre o imóvel em causa. Não há, pois, harmonia jurídica internacional neste simples caso. A aplicação da lei chinesa ou da lei brasileira dependeria da pura vontade do autor da acção.

É por isso que, uma vez consagrando os Estados conexões diferentes para o mesmo tipo de relações jurídicas, o interesse do DIP terá necessariamente de ser o de garantir a uniformidade das soluções quanto à lei aplicável, não a nível interno, mas a nível internacional. O mesmo é dizer que o legislador chinês deveria ter feito o possível para assegurar que a mesma lei seria aplicável independentemente de qual viesse a ser o foro.

As razões pelas quais entendemos que a referência material optada pela lei chinesa, e também pela lei de Macau como regra geral, carece de razoabilidade, são simples: por um lado, porque nem todos os sistemas jurídicos fazem essa distinção entre direito material e direito de conflitos – pode até haver ordenamentos que desconheçam por completo este sistema, o que torna impraticável esta solução; por outro lado, se a ideia do reenvio é assegurar que à relação em causa seja aplicado o direito do ordenamento mais adequado para regular a questão, então esse direito estrangeiro deverá ser sempre aplicado como um todo, enquanto ordenamento jurídico, abrangendo portanto todas as regras de direito, materiais e conflituais.

É fácil perceber pelo exposto qual a solução que entendemos ser a melhor – a do reenvio total, também conhecida por “*foreign court theory*”. O que o tribunal do foro deve fazer é simplesmente julgar o litígio tal como ele seria julgado no tribunal do lugar cuja lei é competente para regular a questão. Assim, se, por hipótese, a lei brasileira entende que a questão deve ser resolvida de acordo com o direito da RPC, então os tribunais chineses, se lhes fossem colocada a questão, deveriam também aplicar a lei da RPC⁵³.

53 Estamos perfeitamente cientes das limitações e das críticas a esta teoria. Contudo, não é esta a sede própria para desenvolvermos qualquer tese sobre o assunto. Pretendemos apenas ilustrar como a solução adoptada pela lei chinesa pode não ser a mais apropriada para os interesses em causa.

3.4. Fraude à lei

A fraude à lei é um outro meio que permite às partes escolher a lei que desejam ver aplicável ao litígio, produzindo o mesmo efeito prático do *forum shopping*. Assume, portanto, grande importância e urge estudá-la.

Reza o art. 194.º das Opiniões que “*Verificando-se fraude a norma legal proibitiva ou imperativa da RPC, não se produzem os efeitos da aplicação da lei estrangeira*”. Aqui verificam-se também algumas peculiaridades do sistema chinês. Em primeiro lugar, para uma boa parte da doutrina, a fraude à lei refere-se à lei substantiva (as chamadas regras primárias ou regras de conduta)⁵⁴ e não às regras de conflito tal como nos sistemas romano-germânicos⁵⁵. Por outro lado, a norma faz suscitar o entendimento de que o instituto da fraude à lei é unilateral, não se aplicando quando a lei material a final defraudada for estrangeira. A este respeito, a generalidade da doutrina entende que o seu alcance também deverá abarcar as situações de fraude a lei estrangeira, embora apenas sancionando a não produção de efeitos do acto fraudulento quando a norma defraudada seja legítima e razoável (por exemplo, quando se proíbe o casamento entre parentes próximos). Já quando a norma defraudada seja injusta (v.g., a proibição do casamento entre raças diferentes), deve permitir-se essa fraude à lei⁵⁶.

Ora, parece evidente que este tipo de posição não é sustentável, porquanto comete o mesmo erro de confundir os interesses de direito interno com os interesses de DIP por um lado, e a ordem pública com a fraude à lei, por outro. Basta pensar que, se, perante a mesma lei estrangeira defraudada, a questão fosse colocada em Macau, tal lei seria na mesma aplicável (art. 19.º do CCM)⁵⁷. Já se fosse levantada na China, não seria aplicável, ou seja, seria consentido o acto fraudulento. Ora, se assim é, qualquer pessoa minimamente diligente, iria, sempre que possível⁵⁸, intentar a respectiva acção nos tribunais chineses, porque promovem a fraude à lei neste tipo de situações! Por outro lado, determinar se uma lei estrangeira é razoável ou se é injusta é algo que assenta marcadamente na discricionariedade dos juízes, o que contraria a certeza e previsibilidade das decisões almejada pela própria doutrina chinesa.

De todo o modo, trata-se apenas de uma posição doutrinária, ainda que dominante, que não vincula os tribunais. Só que, um outro problema veio a surgir

54 Cfr. Han Depei, *Nova Abordagem do Direito Internacional Privado*, cit., p. 142.

55 Cfr. João Nuno Riquito e Teresa Leong, *ob. cit.*, pp. 336-339.

56 Cfr. Jiang Xinmiao, *A Study on the Noumena of Private International Law*, Law Press China, 2005, p. 501; Li Shuangyuan, *Direito Internacional Privado*, Peking University Press, 2000, p. 239; Han Depei, *Direito Internacional Privado*, Peking University Press, 2000, p. 135.

57 Sem entrar em considerações de ordem pública.

58 Atento o disposto na lei processual quanto à competência dos tribunais.

com a entrada em vigor da LAL – não foi consagrado o instituto da fraude à lei!

Para alguns⁵⁹, tal significa uma total rejeição da aplicação de normas que obstam à fraude à lei, porquanto a LAL consagrou dois outros instrumentos com semelhante função, quais sejam as normas de aplicação necessária e imediata⁶⁰ e a ordem pública (arts. 4.º e 5.º). Diga-se, no entanto, que em causa estão institutos diversos, que não se excluem ou substituem. Tanto as normas de aplicação necessária e imediata como a excepção da ordem pública visam proteger interesses locais, internos⁶¹ e considerados como primordiais para a RPC⁶². Mais uma vez, das soluções legislativas adoptadas transparece uma falta de consideração por parte do legislador do DIP pelos interesses decorrentes das relações jurídicas internacionais, aspecto que mais nos incomoda no âmbito deste ramo do direito. Em todo o caso, devemos reconhecer que o entendimento do pensamento chinês é compreensível, uma vez que a fraude à lei sempre foi perspectivada, pelo menos no seu sentido literal do art. 194.º das Opiniões, como uma fraude à lei chinesa e, portanto, aos interesses internos⁶³.

59 Guo Yujun, *ob. cit.*, p. 159.

60 Instituto previsto em Macau no art. 21.º do CCM.

61 Como característica marcante destes institutos em geral. Defendendo em sentido contrário, entendendo que são (ou devem ser) susceptíveis de ser aplicadas necessárias e imediatamente normas de ordenamentos estrangeiros, Lin Yanping, “*A ratio* do art. 4.º da LAL e da correspondente interpretação judicial”, in *Law Science*, n.º 11, 2013, pp. 66-73. Shen Juan, *ob. cit.*, pp. 159-160, também critica o regime, dando uma série de exemplos de sistemas estrangeiros que, em nome do tratamento paritário da *lex fori* e da lei estrangeira e da solidariedade na realização dos interesses da comunidade internacional, preveem também a imperatividade e imediação da aplicação de normas de ordenamentos estrangeiros.

62 Aliás, o STP, através da sua Interpretação, veio a concretizar, no art. 10.º, o campo de aplicação do art. 4.º da LAL, prevendo que só são normas de aplicação necessária e imediata para efeitos daquele artigo aquelas que, designadamente, contendam com os “interesses públicos da sociedade”, o que, como veremos adiante, é característico da excepção da ordem pública na RPC. Lin Yanping, *ob. cit.*, pp. 72-73, assim, para além de questionar a intromissão deste tipo de interpretações judiciais no poder legislativo do Estado, critica o facto de se estar a confundir as normas de aplicação necessária e imediata com a excepção da ordem pública. Em sentido contrário, Xu Weigong, “Sobre a aplicação do princípio da autonomia da vontade na escolha de leis na China”, in *Law Science*, n.º 9, 2013, p. 33, que associa necessariamente as normas imperativas com os interesses públicos da sociedade. Sobre a questão, cfr. José Costa, *Lições de DIP II*, 2014/2015, policopiadas, Universidade de Macau, p. 23: “(...) por mais importantes que sejam os interesses que as normas de aplicação necessária e imediata visem salvaguardar não têm de ser necessariamente normas de ordem pública. Por outro lado, tais normas supõem uma conexão forte com o Estado que as emana que justifique a prevalência da lei material do foro. Só que, uma vez verificada a conexão que consagraram, as mesmas tornam-se necessária e imediatamente aplicáveis, independentemente das conexões estabelecidas pelas regras de conflito. Ora, não é isso que acontece com a ordem pública pois a actuação desta não está dependente de uma especial conexão com o Estado do foro”.

63 Aliás, antes da vigência da LAL, o STP chegou a aplicar o art. 194.º das Opiniões para fundar a

A questão veio a ser resolvida com a emanção da Interpretação do STP, que, no seu art. 11.º, veio a prever o instituto da fraude às normas legais e regulamentares imperativas da RPC por via da manipulação dolosa de uma determinada conexão relevante para o DIP⁶⁴. Só que nada adianta aplicá-lo literalmente, pois só teria valor prático se fosse também estendido às situações de fraude à lei estrangeira⁶⁵.

3.5. Ordem pública

Segundo a doutrina, o conceito de ordem pública na China, designada por “interesses públicos da sociedade⁶⁶” no art. 5.º da LAL (“Quando da aplicação da lei estrangeira resultar ofensa⁶⁷ aos interesses públicos da sociedade da RPC, é aplicável a lei da RPC”) e também no art. 150.º dos Princípios⁶⁸, abrange os princípios fundamentais do direito chinês, as concepções fundamentais da moral, bem como a soberania e a segurança do Estado⁶⁹.

Por outro lado, tal como em Macau, a ordem pública funciona igualmente nos casos de reconhecimento de sentença estrangeira, nos termos do art. 268.º da Lei do Processo Civil: “Não são reconhecidas as sentenças estrangeiras que violem os princípios fundamentais do direito da RPC, a soberania ou segurança do Estado, ou os interesses públicos da sociedade”.

A ordem pública, tanto aquela que conhecemos como a que é concebida

decisão de aplicação imediata duma norma imperativa da China. Cfr. Bu Lu, “The definition of the mandatory rules in private international law: comments on Interpretation I of several issues concerning the application of the application of law to foreign-related civil relations act”, in *Modern Law Science*, vol. 35, n.º 3, 2013, p. 152.

64 Sendo que parte da doutrina tem vindo já a adoptar uma concepção de fraude à lei semelhante à nossa. Cfr. Liu Xiangshu, *ob. cit.*, p. 136.

65 Segundo Wang Shengming, “A LAL – alguns problemas controversos”, in *Chinese Journal of Law*, n.º 2, 2012, p. 191, está incluída a fraude a lei estrangeira, embora sem justificar como e por quê.

66 Designação criticada por Peng Yi, “The evaluation of the legislation on public policy in China”, in *Nanjing University Law Review*, 2012, edição de Outono, pp. 327-328, que, citando também Li Shuangyuan, propugna pela utilização da mais abrangente e internacionalmente corrente expressão “ordem pública”.

67 Chen Weizuo, “A modernização do Direito Internacional Privado legislado da China”, *cit.*, p. 104, entendendo que uma simples ofensa aos interesses públicos da sociedade pode não ser suficiente para consubstanciar uma violação da ordem pública, propugna a adição do qualificativo “manifesta” (ofensa) para evitar abusos. No mesmo sentido, Peng Yi, *ob. cit.*, p. 330.

68 Tal como explicam Li Shuangyuan, Ou Fuyong, Jin Pengnian e Zhang Mao, *ob. cit.*, p. 180, desde os Princípios Gerais de Direito Civil de 1986 se começou a designar na China a ordem pública por “interesses públicos da sociedade”.

69 *Idem*, p. 181.

pela doutrina chinesa⁷⁰, actua apenas *excepcionalmente*. Ora, a novidade do direito chinês está precisamente no facto de se entender tendencialmente que toda a norma, concretamente aplicada⁷¹, contrária a regras imperativas ou proibitivas da lei chinesa viola a ordem pública, o que afigura ser uma contradição com a característica da excepcionalidade apontada pela própria doutrina chinesa. O mesmo se diga quanto às normas de aplicação necessária e imediata que, como parece sugerir a letra dos arts. 4.º da LAL e 10.º, al. 6), da Interpretação, compreendem todas as situações a que a lei faz ligar uma norma imperativa de interesse público⁷². Perante este cenário, não têm faltado Autores que, só recentemente, têm vindo a chamar a atenção para o prudente manuseamento da excepção da ordem pública por parte dos tribunais, nomeadamente para a sua circunscrição a questões como a soberania, segurança ou interesse público, para a sua aplicação apenas quando – mas também sempre que – devida, evitando abusos, e para a fundamentação da sua aplicação⁷³. Com efeito, tanto na ordem pública como nas normas de aplicação necessária e imediata, a melhor interpretação é a de distinguir o conceito de norma imperativa do direito interno daquele que é empregue no DIP⁷⁴.

70 Idem, p. 179.

71 A doutrina maioritária entende que não basta verificar-se uma violação da ordem pública pelo conteúdo da *norma* em abstracto, mas pelo *resultado* da sua aplicação em concreto, o que corresponde à nossa conhecida concepção “à posteriorística”. Cfr. Pan Deng, “O estatuto jurídico do casamento homossexual plurilocalizado na China”, in *Journal of Yunnan University Law Edition*, vol. 25, n.º 1, 2012, p. 191. A Autora conclui no artigo pela inadmissibilidade do reconhecimento do casamento homossexual no Interior da China por violação da ordem pública.

72 A extensão do âmbito de aplicação deste tipo de normas “não encontra igual” noutros ordenamentos jurídicos. Cfr. Shen Juan, *ob. cit.*, p. 159.

73 Cfr. Liu Guixiang, “Algumas questões da LAL a defrontar na praxis jurisprudencial – segunda parte”, in *China Law*, n.º 6, 2011, p. 14.

74 Wang Shengming, *ob. cit.*, p. 190, Autor que participou no processo legislativo da LAL enquanto vice-presidente do Comité de Produção Legislativa da Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular, diz-nos que o art. 4.º da LAL apenas se refere às normas imperativas provenientes do direito penal, do direito administrativo e do direito económico, pela razão de que, em matéria pessoal, matrimonial, familiar, sucessória, direitos reais, direitos de crédito e propriedade intelectual, já existem reguladas na LAL normas de conflito bilaterais, dando o exemplo das condições de validade do casamento, nomeadamente o art. 6.º da Lei do Casamento, segundo o qual a idade matrimonial mínima é de 22 e 20 anos, respectivamente, para homens e mulheres, referindo que, embora se trate duma norma imperativa, não é uma norma de aplicação necessária e imediata, não havendo lugar a aplicação imediata uma vez que se terá necessariamente de passar pela regra de conflitos do art. 21.º da LAL para determinar a lei competente, que poderá ser tanto a chinesa como estrangeira. Parece-nos, contudo, que a razão não pode ser esta, uma vez que estas normas são caracteristicamente aplicáveis imediata e *independentemente* da designação da lei operada pela regra de conflitos, pelo que, mesmo existindo uma regra de conflitos para a matéria em causa, pode mesmo assim haver normas de aplicação necessária e imediata.

A prática jurisprudencial tem mostrado que a ordem pública tem constituído um fundamento preferido dos juízes chineses para negar a aplicação do direito estrangeiro, a favor do recurso ao direito interno, pelas razões já foram apontadas. Na ordem pública há uma outra razão a considerar – a de que o ordenamento jurídico da RPC se baseia ainda muito em concepções tradicionais chinesas e numa consciência social conservadorística⁷⁵. E, nessa medida, leva a que a aplicação de muitas das normas estrangeiras ofenda a ordem pública chinesa⁷⁶.

E note-se mais uma outra opção da lei chinesa – a consequência da não aplicação de uma norma estrangeira por violar a ordem pública da RPC não determina a aplicação das normas mais apropriadas desse ordenamento jurídico (como consagra o CCM, art. 20.º, n.º 2), mas a aplicação directa da lei da RPC⁷⁷! Há, portanto, fortes razões para crer que o legislador chinês consagrou, ou pelo menos se orientou pelo *primado da aplicação do direito interno* às relações jurídicas internacionais. O que, é escusado dizer-se, não propicia o combate ao *forum shopping*⁷⁸.

Um exemplo disso é-nos dado por Iau Teng Pio⁷⁹, no qual as partes não tinham indicado a lei aplicável, sendo Macau o local da celebração e do cumprimento de um contrato de mútuo, o que poderia à partida sugerir uma relação mais íntima com o ordenamento jurídico de Macau. Acontece, porém, que

75 Referindo-se especificadamente às relações inter-regionais, Huang Jin, “One Country, Two Systems, Three Law Families, and Four Legal Regions: The Emerging Inter-Regional Conflicts of Law in China”, *cit.*, p. 319: “China’s inter-regional conflicts of law have special characteristics not found in other countries with multiple legal regions; the clash between fundamentally antagonistic socialist law and capitalist law precepts is particularly problematic”.

76 Na sequência da nota anterior, “Furthermore, with regards to civil and commercial law, the scope of legislative jurisdiction permitted for each region is quite broad. The resulting differences between the civil and commercial laws of these regions are so great that they resemble the differences which exist between the laws of many sovereign countries. To resolve China’s inter-regional conflicts of law with conventional conflict rules would inevitably lead to courts of one region using fundamentally different laws of another region to regulate its own civil legal relations. This course would naturally affect, to some degree, the inner legal order of that region. Therefore, China and its regions must be left free to refuse on public policy grounds to apply certain provisions of another region’s body of law”.

77 Peng Yi, *ob. cit.*, pp. 329-330, baseando-se na solução da lei italiana de 1995, propõe fazer aplicar-se “outra lei estreitamente conexa”, *podendo*, na falta desta, aplicar-se a lei do foro, para se alcançar a igualdade na escolha da lei aplicável, em nome da “justiça e coerência das decisões”. Shen Juan, *ob. cit.*, pp. 162-163, refere também três alternativas da experiência estrangeira para a solução ora adoptada na China.

78 Porque, já o dissemos, se todos os Estados adoptassem uma posição semelhante, seria demasiado fácil às partes manipular o direito e escolher a lei que querem ver aplicada – bastava propor a acção nesse Estado para que essa lei fosse aplicável.

79 “A criminalidade decorrente dos empréstimos no sector do jogo em Macau”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 33, p. 276.

a aplicação da lei de Macau resultaria numa violação flagrante da ordem pública da RPC. Foi, então, com base neste fundamento que o Tribunal de Segunda Instância de Zhuhai decidiu no caso aplicar a lei da RPC, entendendo a dívida como uma dívida de jogo, como tal não merecendo protecção da lei chinesa.

4. Considerações finais

De uma forma inevitavelmente sucinta, expusemos as principais questões da parte geral do DIP chinês que apresentam particularidades merecedoras de reflexão. Fizemos um levantamento do direito legislado anterior e actualmente vigente, tentámos pesquisar o maior volume de estudos da doutrina chinesa de DIP, analisámos algumas decisões judiciais sobre a questão da escolha de lei⁸⁰ e abordámos o sistema do DIP da RPC numa perspectiva multifacetada, tendo em conta as tradições e concepções da sociedade chinesa, o contexto legislativo da China, as considerações políticas que subjazem às soluções legais, o pragmatismo legislativo e judicial, o direito comparado e o carácter universalista do DIP, ou seja, o facto de toda a doutrina chinesa expor as doutrinas ocidentais em relação a cada questão de DIP, embora com algumas imprecisões como vimos a propósito da qualificação.

Uma primeira conclusão preliminar que podemos retirar da análise global do direito de conflitos chinês é a de que tanto o legislador como o julgador não mostram entender, ou por determinada razão não querem reconhecer, que o DIP serve interesses diversos dos do direito interno. Pela exposição das soluções consagradas na LAL, e pelos exemplos de jurisprudência que demos, denota-se em geral uma forte propensão para se aplicar a lei do foro chinesa em detrimento da lei estrangeira, embora formal e aparentemente a LAL se apresente com um discurso igualitário, fundado numa “atitude aberta” na aplicação da lei estrangeira pela exclusiva adopção de normas de conflito bilaterais na parte especial⁸¹.

Em concreto, e sintetizando as nossas visões sobre os institutos de DIP analisados ao longo do presente estudo, cabe ao legislador e à doutrina clarificar o modelo de qualificação adoptado na RPC, entendendo nós que, por definição, as regras de conflito, por pretenderem supostamente resolver um conflito de *leis* e não de *factos*, devem ter como objecto normas e não relações jurídicas. Com

80 A análise da jurisprudência chinesa relativa a estas questões foi limitada devido à falta de sentenças publicadas quanto ao regime dos cinco institutos estudados plasmado na LAL, que apenas tem poucos anos de vigência. Fizemos uma pesquisa exaustiva e concluímos que a maior parte das sentenças que aplicam a LAL se referem exclusivamente à parte especial e não à parte geral que constitui o objecto do nosso estudo.

81 Cfr. Chen Weizuo, “A modernização do Direito Internacional Privado legislado da China”, *cit.*, p. 103.

efeito, todo o DIP lida com normas jurídicas e deve fazê-lo da forma mais paritária possível, o que não se verificará se a qualificação da relação jurídica for feita de acordo com os conceitos e categorias da lei do foro, sem considerar as normas potencialmente aplicáveis, nem a função que desempenham nos respectivos ordenamentos jurídicos em contacto com a relação jurídica internacional.

Quanto à averiguação da lei estrangeira, entendemos ser definitivamente mais coerente a solução plasmada no CCM, que assenta na *ratio* de que, uma vez determinado competente um certo ordenamento jurídico, deverá ser dentro do espírito desse sistema que se irá encontrar uma solução de direito material para o litígio, como se tratasse de um problema de integração de lacunas puramente interno dessa jurisdição, não se justificando, sem mais, a aplicação do direito material do foro chinês quando o ordenamento competente não preveja regulamentação específica para o caso.

Em relação ao reenvio, a total rejeição solução consagrada pela LAL não é aceitável sempre que da interacção dos sistemas de DIP resulte a aplicação de leis diferentes consoante o lugar onde a questão é colocada, sendo mais coerente o sistema do *foreign court theory*, pela razão simples de que, para assegurar a uniformidade de julgados a nível internacional, o tribunal do foro deverá julgar a questão tal e qual como ela seria decidida nos tribunais do Estado cuja lei é considerada competente para reger a questão.

A fraude à lei é um instituto que deve necessariamente ser consagrado e aplicado no âmbito do DIP, pela facilidade nos nossos dias de manipular os elementos de conexão indicados nas regras de conflito pelas partes interessadas. Em relação ao sistema chinês nesta matéria, não concordamos que a fraude à lei se deva destinar primordialmente à defesa de interesses nacionais, pois para tal seriam suficientes os institutos das normas de aplicação necessária e imediata e da ordem pública.

Por último, quanto à ordem pública, a solução legislativa que manda aplicar a lei chinesa sempre que a lei estrangeira viole a ordem pública é inaceitável, uma vez que violador da ordem pública é apenas o resultado da aplicação daquele preceito em concreto e não o da aplicação de todo o direito estrangeiro. Neste aspecto parece que o legislador chinês lançou mão do instituto da ordem pública do direito comparado para servir de mais um instrumento que permita ao juiz afastar a aplicação do direito estrangeiro, o que aliás têm feito os juízes, como tentámos ilustrar com os exemplos dados.

Em jeito de conclusão, diríamos que foi muito construtivo elaborar o presente trabalho, tanto para a percepção relativamente aprofundada dos aspectos mais determinantes do regime geral do DIP da RPC, como também eventualmente para servir de referência para a doutrina chinesa do DIP que, na vasta literatura a que tivemos acesso, aparentemente não teve em conta alguns dos aspectos aqui

mencionados, ou pelo menos não se curou de tecer considerações em torno dos argumentos aqui invocados. Com efeito, uma coisa é não ter uma visão completa dos prós e contras das diversas soluções; outra é estar consciente disso, mas nada fazer, evitando referir argumentos contra as posições que se pretende defender.

De todo o modo, parece-nos que, tirando as considerações políticas e concepcionais da China, o sistema do DIP tende a ser universal. Uma prova disso está no facto de a própria doutrina chinesa limitar-se nesta matéria a invocar teorias estrangeiras, algo que não acontece em qualquer outro ramo de direito, em que a doutrina chinesa se afirma como uma doutrina autónoma e mais amadurecida. É por isso que há fortes razões para crer que a construção do sistema do DIP chinês se tem baseado em grande medida no direito comparado e que, nessa medida, as vastas experiências do exterior podem contribuir para que a China se escuse *ab initio* de seguir o caminho comprovadamente fracassado de alguns ordenamentos e ponderar adoptar as soluções que, após séculos de aperfeiçoamento jurisprudencial e legislativo, são consideradas as melhores que existem até ao presente momento, conjugadas, é óbvio, com as características próprias da China, tudo em nome da harmonia Confuciana...

5. Bibliografia

Bu Lu, “The definition of the mandatory rules in private international law: comments on Interpretation I of several issues concerning the application of the application of law to foreign-related civil relations act”, *Modern Law Science*, vol. 35, n.º 3, 2013

Chen Weizuo, “10 novidades da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas”, disponível em http://www.legaldaily.com.cn/international/content/2010-11/02/content_2335894.htm

Chen Weizuo, “A modernização do Direito Internacional Privado legislado da China”, *Tsinghua Law Journal*, vol. 5, n.º 2, 2011

Chen Weizuo, “Algumas reflexões acerca da Lei sobre a Aplicação de Leis nas Relações Cíveis Plurilocalizadas”, *Tsinghua Law Journal*, vol. 4, n.º 3, 2010

Guo Yujun, “Reflexões sobre a legislação de DIP da China e seu aperfeiçoamento”, *Tsinghua Law Journal*, vol. 5, n.º 5, 2011

Han Depei, *Direito Internacional Privado*, Peking University Press, 2000

Han Depei, *Nova Abordagem do Direito Internacional Privado*, Wuhan University Press, 2003

Huang Jin, “One Country, Two Systems, Three Law Families, and Four Legal Regions: The Emerging Inter-Regional Conflicts of Law in China”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 5, 1995

Huang Jin, “Produção e aperfeiçoamento de leis competentes aplicáveis

às relações cíveis para com o exterior”, in Leonel Alves, Tong Io Cheng e Paulo Cardinal (coord.), *Terceiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM: Sentido e Importância do Direito Comparado no Âmbito do Princípio “Um País, Dois Sistemas”*, Assembleia Legislativa da RAEM, 2016

Iau Teng Pio, “A criminalidade decorrente dos empréstimos no sector do jogo em Macau”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, n.º 33

Jiang Xinmiao, *A Study on the Noumena of Private International Law*, Law Press China, 2005

Jiao Yan, “Apreciação crítica à nova regulamentação chinesa sobre a averiguação da lei estrangeira”, *Tsinghua Law Journal*, vol. 7, n.º 2, 2013

João Nuno Riquito e Teresa Leong, *Direito Internacional Privado*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2013

José Costa, *Lições de DIP II*, 2014/2015, policopiadas, Universidade de Macau

José Costa, *Sumários de DIP I*, 2013/2014, policopiadas, Universidade de Macau

Li Shuangyuan e Xu Guojian, *Construção de uma Teoria da Nova Ordem Civil-Comercial Internacional*, Wuhan University Academic Library, 1998

Li Shuangyuan, *Direito Internacional Privado*, Peking University Press, 2000

Li Shuangyuan, *O Processo de Uniformização do Direito Internacional Privado Chinês*, Wuhan University Academic Library, 1993

Li Shuangyuan, Ou Fuyong, Jin Pengnian e Zhang Mao, *General Private International Law of China*, Law Press China, 2007

Lin Yanping, “A ratio do art. 4.º da LAL e da correspondente interpretação judicial”, in *Law Science*, n.º 11, 2013

Liu Guixiang, “Algumas questões da LAL a defrontar na praxis jurisprudencial – segunda parte”, *China Law*, n.º 6, 2011

Liu Xiangshu, “On upholding the most significant relationship a judicial principle”, *Modern Law Science*, vol. 34, n.º 3, 2012

Lu Yanfeng, “A aplicação da lei nos contratos plurilocalizados – uma perspectiva prática”, *Research on Rule of Law*, n.º 11, 2013

Pan Deng, “O estatuto jurídico do casamento homossexual plurilocalizado na China”, *Journal of Yunnan University Law Edition*, vol. 25, n.º 1, 2012

Peng Yi, “The evaluation of the legislation on public policy in China”, *Nanjing University Law Review*, 2012, edição de Outono

Qin Yuanchun, “Sobre a possibilidade de individualização de dívidas de jogo e respectivo tratamento jurisprudencial. O contributo das obrigações naturais para uma nova abordagem de questões tradicionais sob a perspectiva do direito

civil”

Shen Juan, “Limites da aplicação da lei do foro”, *Tsinghua Law Journal*, vol. 7, n.º 4, 2013

Song Xiao, “Characterization: What is Characterized and the Main Theories”, *Chinese Journal of Law*, n.º 6, 2009

Song Xiao, “Sobre o recurso de revisão da aplicação da lei estrangeira pelo Supremo Tribunal”, *Science of Law*, n.º 3, 2013

Wang Shao Ping, “Novo impulso do reenvio sob o objectivo da harmonia internacional”

Wang Shengming, “A LAL – alguns problemas controversos”, *Chinese Journal of Law*, n.º 2, 2012

Weng Jie, “Sobre a qualificação no conflito de leis de natureza privada”, *The Jurist*, n.º 2, 2012

Xiao Fang, “On Chinese legislation on proof of foreign law”, *International Law Review of Wuhan University*, vol. 14, n.º 1, 2011

Xu Weigong, “Comment on the Act of People’s Republic of China on Application of Law in Civil Relations with Foreign Contacts”, *Journal of Henan University of Economics and Law*, vol. 130, n.º 2, 2012

Xu Weigong, “Sobre a aplicação do princípio da autonomia da vontade na escolha de leis na China”, *Law Science*, n.º 9, 2013

Xu Weigong, “The trend of “going home” in the application of law in the United States and the trend of *les fori* in the application of law in China”, *Journal of Henan University of Economics and Law*, vol. 139, n.º 5, 2013

Zhang Wanming, “A study of the problem involved in the applicability of the law in product liability cases with foreign elements”, *Social Science in China*, vol. 4, 1993

ESTUDO SOBRE A LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS MEIOS DE VIDEOVIGILÂNCIA COMO PROVA EM PROCESSOS DISCIPLINARES DOS MILITARIZADOS DAS FORÇAS DE SEGURANÇA DE MACAU

Rui Manuel Gomes Vieira

*Estudante, Curso de Mestrado em Direito (Prática Jurídica em Macau),
Universidade de Macau*

Resumo: Com o presente trabalho pretende-se analisar, de modo teórico-prático, o Regime Jurídico da Videovigilância em Espaços Públicos consagrado na Lei n.º 2/2012 e, sendo assim, da possibilidade da sua integração como prova em processos disciplinares dos militarizados das Forças de Segurança de Macau.

Palavras-chave: Videovigilância; processo disciplinar; polícia; desvio; Macau.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho chamar a atenção para, ou pelo menos analisarmos e discutirmos, a legitimidade do uso dos meios de videovigilância como prova em processos disciplinares dos agentes militarizados das Forças de Segurança de Macau (adiante designadas por FSM) e, em concreto, os agentes do Corpo de Polícia de Segurança Pública (abreviando por CPSP).

O uso daquele meio como prova é frequentemente utilizado como meio

principal, em nome da descoberta da verdade, pelos superiores hierárquicos contra os seus subordinados, no sentido de estes terem ou não infringido as suas regras (deveres), que constam do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (designado por EMFSM).

Iremos, de seguida, com o nosso “barco jurídico” navegar naquele mar precário e viciado de injustiças e irregularidades processuais. Assim, assumo com todo o prazer o posto de “capitão” desta viagem, onde tentamos o melhor possível expor todos os problemas encontrados, desviando-nos destas pedras para levar o leitor para um destino com águas mais calmas.

1. Lei n.º 8/2005 – Lei da Protecção dos Dados Pessoais

1.1. Razões da elaboração e emanação desta Lei

A Lei n.º 8/2005 tem como objecto de protecção os dados pessoais, sendo estes, de entre os outros, protegidos por direitos fundamentais que, não devendo ser violados, são recorrentemente violados, tanto por terceiros como pelas autoridades públicas.

Abrindo um pequeno parêntesis, compete-nos, antes de mais, salientar, ou até relembrar, quais são os bens jurídicos que constituem objecto da protecção, onde se enquadra a questão em apreço, *maxime* a protecção dos dados pessoais. No ensino de vários ilustres professores de direito de matriz romano-germânica¹, diz-se que “A personalidade do Homem é para o direito um *prius*², que deve ser reconhecido e tutelado pela ordem jurídica – pode mesmo dizer-se que o imperativo de respeito em todos os homens da sua dignidade de pessoa, através da atribuição de personalidade jurídica, resulta da consideração de um “conteúdo mínimo de direito natural(...)”, tal como se encontram consagrados no art.º 67.º do Código Civil de Macau (adiante designado por CCM).

Norteia-nos o mesmo sentido, tomando de empréstimo as palavras do Professor Carlos Alberto da Mota Pinto, que “incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. É este um *círculo de direitos necessários: um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa* (...)”³.

1 Paulo Mota Pinto, *Os Direitos da personalidade no Código Civil de Macau*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano III, n.º 8, 1999.

2 Citando Orlando de Carvalho, *Os direitos do homem no direito civil português*. págs. 17 e segs..

3 Monteiro, A.P. e Pinto, P.M. (2005). *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, Cap. II, p. 101.

Portanto, os direitos de personalidade são reconhecidos ao homem após o seu nascimento completo e com vida, nos termos do artigo 66.º do CCM. Diferentemente sucede com a personalidade jurídica das pessoas colectivas, que é adquirida mediante o registo do seu acto constitutivo (tal como consta do artigo 176.º do Código Comercial de Macau, designado por CCOM).

Faz todo o sentido, uma vez que o direito foi, e continua a ser, uma obra do homem. As nossas leis foram e são criadas pela Assembleia Legislativa, pelos deputados, em nossa representação, devendo regular a vida social quotidiana. Por esta razão, o Homem apareceu antes das regras jurídicas, de entre as outras ordens. Assim, não faria sentido que os direitos deste, especialmente os direitos de personalidade, fossem atribuídos pelo próprio direito.

Assim, estes direitos carecem e merecem maior tutela pelos nossos instrumentos jurídicos, quer substantivos, quer adjectivos (ou instrumentais). Logo, deu-se a intervenção do nosso legislador no que diz respeito a essa matéria, tendo aprovado a Lei n.º 8/2005 – Lei da Protecção dos Dados Pessoais – e, posteriormente, a Lei n.º 2/2012 – Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos, que, mais tarde, também não deixaremos de proceder à sua exposição e análise.

Ab initio, na Nota justificativa do Projecto da Lei da Protecção dos Dados Pessoais⁴ expõem-se as razões da criação (urgente em nosso entender) desta lei. Após a transição de Macau da administração portuguesa para a administração chinesa, nestes últimos dezanove anos, a tecnologia mundial, incluindo em Macau, progrediu de modo significativo a vários níveis, tendo colocado, inevitavelmente, novos desafios ao nosso ordenamento jurídico, especialmente no domínio dos direitos que dizem respeito à privacidade de cada um de nós.

Bastando olhar ao nosso redor, antigamente não havia tantas plataformas de comunicações (tal como “facebook”, etc.), telemóveis com capacidade de fotografar e filmar. Entretanto, com o aumento exorbitante do número das câmaras (sistemas de videovigilância), tanto em espaços públicos como nos pára-brisas dos automóveis que se encontram em circulação nas vias públicas, tornaram as pessoas mais atentas à protecção dos seus dados pessoais.

Não é de ocultar o risco que a exposição dos dados pessoais pode representar, de entre outros, nos âmbitos da saúde, convicções filosóficas, etc., em que o legislador previu, e bem, no artigo 7.º, que o tratamento de dados sensíveis é proibido a não ser as excepções admitidas mediante a satisfação das medidas que constam do artigo 16.º por remissão do n.º 2 daquele preceito.

No entanto, além de outras razões ponderosas, as referidas no parágrafo

4 Parecer n.º 3/II/2005 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa da RAEM, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2005/08-2005/po.htm> [consultado em 01-12-2015].

anterior são as mais evidentes, que conduziram o nosso legislador a intervir na regulação desta matéria, mesmo com a insuficiência do alargamento do prazo para a apreciação pública a título excepcional, uma vez que a presente lei versa sobre a qualificada matéria de direitos fundamentais.

Importa referir que a matéria *in casu* foi, e continua a ser, objecto de legislação e revisão em vários outros sistemas jurídico europeus, v.g., em Portugal (Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro), na Finlândia (*Personal Data Act*, 523/1999), na Áustria (*Acto Federal de Protecção de Dados*, de 18 de Outubro de 1978), e na Convenção n.º 108 do Conselho da Europa, de 28 de Janeiro de 1981, sobre a Protecção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal.

A importância da protecção desta matéria não se esgota na Europa. Dando uma vista de olhos por outras latitudes jurídicas asiáticas, encontrando-se regulada na Tailândia (*Information Access and Privacy Protection, Act of B.E. 2540*, de 1997), no Japão (*The Act for Protection of Computer Processed Personal Data held By Administrative Organs*, de Dezembro de 1988) e em Taiwan (*Law Governing the Protection of Personal Data Processed by Computers*, de Julho de 1995).

O relevo da protecção dos dados pessoais, além do que acabamos de expor, também se reflete em normas jurídicas penais que protegem este bem jurídico-penal. É consabido que o direito penal só é, e só deve ser, chamado a sua intervenção em última *ratio*, uma vez que as suas consequências jurídico-penais são mais gravosas em relação a qualquer outro ramo de direito. Dando como exemplo, temos os artigos 174.º (Difamação), 177.º (Publicidade e calúnia), 186.º (Devassa da vida privada) e 187.º (Devassa por meio de informática).

Aliás, os direitos fundamentais que constam do nosso ordenamento jurídico são vários e estes encontram-se constantemente em conflito. Ou seja, o direito de liberdade de expressão ou de imprensa colide com, entre os outros, o de protecção dos dados pessoais, logo o legislador teve de estabelecer os limites de uns em relação aos outros de modo a prosseguir a sua compatibilização. Caso contrário, o ser humano, tenderia a exercer os seus direitos sem limites em seu favor em detrimento dos direitos dos outros.

Portanto, todos nós temos direitos fundamentais que se encontram consagrados, no nosso ordenamento jurídico, uns em normas materialmente constitucionais e outros em leis ordinárias. A protecção dos dados pessoais está, hoje em dia, cada vez mais na ordem do dia. Assim, as razões acima referidas, além das outras, constituem o fundamento da criação da Lei n.º 8/2005 – Lei da Protecção dos Dados Pessoais – que hoje se encontra vigente na RAEM.

Com tudo isto pretendemos pôr em evidência a importância e a preocupação da regulação desta matéria por todos os ordenamentos jurídicos, dado que todos nós somos titulares de dados pessoais e poderemos ser alvo de tratamento dos

nossos dados pessoais ou ser encarregados de tratar de dados pessoais de outrem que, sem excepção, merecem o mesmo respeito.

1.2. Fontes normativas da criação da Lei da Protecção dos Dados Pessoais

A Lei da Protecção dos Dados Pessoais – Lei n.º 8/2005 – vem densificar o conteúdo de um dos direitos fundamentais, tanto dos residentes como dos não residentes que se encontrem na Região Administrativa Especial de Macau, que consta do artigo 79.º do CCM, em que a epígrafe deste preceito rima com aquele diploma legal, a Lei da Protecção dos Dados Pessoais. É este artigo que, pela primeira vez, nos orienta até à elaboração e emanação de uma lei geral sobre a protecção dos dados pessoais que a sociedade, ultimamente, tem vindo cada vez mais a discutir e a reclamar da sua protecção.

A Lei da Protecção dos Dados Pessoais foi aprovada em 29 de Julho de 2005 e entrou em vigor 30 dias após da sua publicação, ou seja, em 28 de Agosto do mesmo ano.

Em primeiro lugar, há a referir que a nossa Lei que está no topo da hierarquia das fontes normativas, a Lei Básica (abreviando por LB) da RAEM, tal como refere no artigo 3.º da Lei n.º 13/2009, aprovada em 14 de Julho – Regime jurídico de enquadramento das fontes normativas internas. Nos termos do segundo parágrafo do artigo 30.º da LB “Aos cidadãos de Macau são reconhecidos o direito ao bom nome e reputação e o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar”. No mesmo sentido, vem prevista no instrumento internacional conhecido por Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (abreviado por PIDCP)⁵.

Na LB, além do artigo anteriormente referido que merece especial destaque, não deixamos de referir o artigo 32.º, além dos demais, e cujo conteúdo é o seguinte:

“A liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes de Macau são protegidos pela lei. Nenhuma autoridade pública ou indivíduo poderá violar a liberdade e o sigilo dos meios de comunicação dos residentes, sejam quais forem os motivos, excepto nos casos de inspecção dos meios de comunicação pelas autoridades competentes, de acordo com as disposições da lei, e por necessidade de segurança pública ou de investigação em processo criminal.”

Já quanto àquilo que anteriormente tínhamos dito, a protecção dos dados

5 O seu artigo 17.º estabeleceu o princípio da proibição da invasão ilegal e arbitrária da privacidade que consta no seguinte:

“1. Ninguém será objecto de intervenções arbitrárias ou ilegais na sua vida privada na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem de atentados ilegais à sua honra e à sua reputação.

2. Toda e qualquer pessoa tem direito à protecção da lei contra tais intervenções ou tais atentados.”

personais diz respeito não só aos residentes da RAEM, mas também daqueles que se encontrem aqui, por força do artigo 43.º da nossa lei fundamental⁶.

Portanto, estas constituem o conjunto de fontes normativas que protegem os dados pessoais dos indivíduos que se encontrem nesta Região. Tal como se vê, a sua importância merece tutela tanto em instrumentos jurídicos locais (nas leis ordinárias), como em instrumentos normativos internacionais (PIDCP), bem como na nossa Lei materialmente constitucional (por excelência a Lei Básica).

1.3. Alguns pontos essenciais da Lei da Protecção dos Dados Pessoais

Desde logo, a lei consagra, no seu artigo 1.º, como objecto, o regime jurídico do tratamento e protecção de dados pessoais. A lei define, no artigo 4.º, alínea 3), o tratamento de dados pessoais como “*qualquer operação ou conjunto de operações sobre dados pessoais, efectuadas com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a conservação, a adaptação ou a alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a comunicação por transmissão, por difusão ou por qualquer forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição*”.

Estabeleceram-se neste preceituado uma série de requisitos que iremos confrontar, mais adiante, com a Lei n.º 2/2012 – Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos.

Voltando à questão, focamos a nossa atenção na expressão “consulta”, que de facto pode gerar, e gerou, vários problemas. Imaginem o quotidiano da máquina administrativa que está constantemente a recolher, tratar e interconectar dados pessoais dos respectivos titulares. À medida que leva a cabo esses tratamentos, torna-se inevitável, como é evidente, a conservação dos dados recolhidos, quer com o consentimento quer sem consentimento dos próprios titulares.

A preocupação da consulta coloca-se aqui. A consulta poderá ser efectuada por qualquer pessoa? Mesmo que fosse competente para este efeito, qual seria a razão, ou seja, qual a finalidade desta operação? Durante a consulta, haverá terceiros que poderão consultar dados de outrem sem que o titular consentisse, mesmo eventualmente através de descuido por parte da Administração Pública, ou pior, tendo esta intenção de transmiti-los?

Vamos imaginar um caso ocorrido nos Serviços de Migração, durante a hora do seu funcionamento, em que aparece um indivíduo a solicitar a renovação do seu título de permanência na RAEM como trabalhador não-residente (adiante

6 Art.º 43.º da LB consagra que: “*As pessoas que não sejam residentes de Macau, mas se encontrem na Região Administrativa de Macau, gozam, em conformidade com a lei, dos direitos e liberdades dos residentes de Macau, previstos neste capítulo.*”

designado por TNR). Chega ao balcão, e o funcionário que o estava a atender repara que o seu período de permanência caducou, por outras palavras, expirou o seu prazo legal de permanência na RAEM que lhe foi concedido para que este possa continuar a trabalhar nesta Região.

No entanto, por força do artigo 32.º do Regulamento Administrativo n.º 5/2003, aprovado em 25 de Março, alterado pelo Regulamento Administrativo 14/2014, o excesso de permanência poderá, mesmo assim, ser regularizado mediante o pagamento da respectiva multa e com isso não veda a possibilidade ao interessado de solicitar àquele Serviço a renovação que pretende por ainda manter o seu vínculo laboral com a entidade empregadora que o contratou, exceptuando a previsão do n.º 2 deste mesmo artigo que foi também alterado pelo mesmo diploma legal.

Assim, para evitar a fuga deste TNR, dada a situação de permanência na Região e naquele momento ser ilegal, este seria convidado para sentar-se junto dos balcões onde os funcionários estivessem a trabalhar, aguardando a regularização da sua situação. O lugar em que o foi convidado a sentar-se, fica exactamente à frente dos computadores, no qual poderá consultar (mesmo sem intenção e por iniciativa própria) dados pessoais de outrem sem a autorização para o efeito. Os dados que constam nos ficheiros que estão a ser mostrados no ecrã, poderão ter os mais variados conteúdos, tal como o nome completo, número do documento de identificação, meios de contactos e até o próprio endereço da residência, etc. Com isto pretendemos mostrar a importância da protecção dos dados pessoais, com a qual hoje em dia todos nos preocupamos tal como ocorre mesmo noutros países, onde todos devem respeitar este direito de personalidade, uma vez que se à luz do direito desrespeitarmos os outros hoje, futuramente também poderemos ser “vítimas” do mesmo desrespeito.

Portanto, a Administração Pública bem podia, e já devia, ter tomado ou posto em prática as medidas adequadas a fim de assegurar os modos de proteger os dados, tal como reza o artigo 5.º, n.º 1 da Lei n.º 8/2005.

2. Lei n.º 2/2012 – Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos

2.1. As razões da criação

Na última década houve, e continua haver, um grande desenvolvimento tecnológico a nível mundial, sem que a RAEM esteja isenta. Desenvolvimento este em todas as áreas, tal como a medicina, as telecomunicações, os transportes, a aeronáutica, entre outras, e até a criminalidade. Tal como resulta da Nota

Justificativa da Proposta de lei do Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos⁷, os fundamentos que levaram o Executivo a apresentá-la, são os seguintes: *“É necessário dotar, de forma contínua e permanente, as Forças e Serviços de Segurança com os modernos e sofisticados meios de auxílio à prevenção e repressão da criminalidade, reforçando-lhe, por um lado, a capacidade técnico-operacional e permitindo-lhe, por outro lado, uma maior e melhor racionalização dos recursos humanos utilizados.*

O recurso às novas tecnologias não é só uma inevitabilidade, mas uma necessidade. Tal sucede com o uso da videovigilância (...) ou através de qualquer outro meio técnico análogo.

O uso da videovigilância (vulgo CCTV) pode ser um meio idóneo e complementar da acção policial para captar a prática de factos passíveis de serem considerados ilícitos penais, servindo as imagens como meio de prova, potenciando, simultaneamente, uma atmosfera de segurança, face ao seu efeito preventivo e dissuasor no controle de eventuais comportamentos desviantes.

Face a este cenário, o Governo da RAEM, ciente das características geográficas, demográficas e sociais de Macau e das mutações a que a cidade tem vindo a ser sujeita, tornando-a mais vulnerável a incidentes de segurança e de ordem pública; e ciente que tem a necessidade de adoptar medidas que visem a prossecução do bem-estar social e o sentimento de segurança e a tranquilidade da população, entende que se justifica, pelas razões aduzidas, o recurso à videovigilância na RAEM.”

A videovigilância é bastante utilizada noutros países, tanto no domínio público como privado, como instrumento de auxílio na prevenção e combate à criminalidade e manutenção da ordem e segurança pública. Uma outra justificação do recurso a esta tecnologia é dada, na sequência do facto dos “atentados de 11 de Setembro”, para prevenção de ameaças à vida humana decorrentes do terrorismo, como as que ocorreram nos Estados Unidos da América e do Reino Unido onde, além de terem causado muitos mortos e feridos, mudaram, de forma significativa, o ponto de vista das pessoas sobre o uso desta tecnologia que estamos a falar. Acrescenta-se ainda que, além daquilo que anteriormente ficou dito, o uso da videovigilância serve também para a prevenção de infracções rodoviárias.

Encontra-se referido no Parecer n.º 2/IV/2012 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa que:

“Nestas circunstâncias, muitos países e regiões começaram a recorrer ao processo legislativo como forma de garantir a boa regulação do uso das novas tecnologias, para efeitos da vigilância pelos órgãos de polícia. A

7 Nota Justificativa da Proposta de lei do Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2012/2012-02/po.htm>.

*regulamentação legislativa fornece aos órgãos policiais o necessário suporte legal e enquadramento para a utilização das câmaras de vigilância pelos órgãos de polícia, tendo em vista conseguir o equilíbrio entre o combate à criminalidade e a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos.*⁸

Assim, de acordo com os interesses em jogo e com vista a colmatar a lacuna do nosso ordenamento jurídico, a única forma de regulação e a restrição dos direitos fundamentais das pessoas e do interesse público cabe, somente, à lei e não a outra via, vigorando aqui o princípio da reserva da lei. Chamamos à atenção que, tal como consta no Parecer acima referido, “ (...) cabe à lei decidir em que medidas estes sistemas poderão ser utilizados e, especialmente, assegurar, numa situação de conflito com direitos fundamentais, que as restrições aos mesmos se limitem ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses fundamentais”⁹. São, assim, aquelas razões que justificam a criação da Lei n.º 2/2012 – Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos – como acabámos de expor.

2.2. Os três princípios gerais orientadores da presente lei

2.2.1. Princípio da legalidade

Em nome deste princípio, quanto à aplicação desta lei, a instalação e o uso de sistemas de videovigilância em espaços públicos deve obediência a este princípio da legalidade segundo o qual a recolha e tratamento dos dados pessoais (imagens e sons que iremos falar mais adiante) através daquele sistema devem ser realizados dentro dos limites estabelecidos no seu próprio Regime, na Lei da Protecção dos Dados Pessoais e noutros diplomas legais aplicáveis, tal como consta do artigo 4.º, 1) da Lei n.º 2/2012 vigente.

Esta mesma ideia vem consagrada no artigo 3.º do nosso Código do Procedimento Administrativo, aprovado pelo Decreto-Lei 57/99/M, de 11 de Outubro, quando estatui no seu n.º 1 que: “*Os órgãos da Administração Pública devem actuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes estejam atribuídos e em conformidade com os fins para que os mesmos poderes lhes forem conferidos.*”

Nas palavras do Professor José Eduardo Figueiredo Dias “*A Administração Pública está subordinada a todo o direito público, destacando-se naturalmente o direito constitucional – para além de a Constituição ser o vértice da pirâmide das fontes do Direito, pelo menos no que se refere ao direito interno, ela contém*

8 Parecer n.º 2/IV/2012 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2012/2012-02/po.htm>.

9 Vd. Comissão Nacional de Protecção de Dados, Deliberação n.º 61/2004 – *Princípios sobre o Tratamento de Dados por Videovigilância*, pág. 2.

normas materialmente administrativas, que se dirigem directa e imediatamente aos órgãos e agentes da Administração Pública – e o direito administrativo.”¹⁰

Ou seja, em nome deste que constitui um dos princípios basilares dos actos praticados pela Administração Pública, esta só pode actuar dentro dos limites estabelecidos pela lei, mesmo estando perante o uso do poder discricionário quando for legalmente previsto.

2.2.2. Princípio da exclusividade

De seguida vem adaptar-se ao princípio da exclusividade, consagrado no artigo 4.º, 2) da Lei n.º 2/2012. Para a garantia da segurança e da ordem pública, designadamente, na prevenção da criminalidade e apoio à investigação criminal¹¹, está impedida a utilização da videovigilância para além destas finalidades¹².

Importa salientar que, na proposta, o Executivo por sua iniciativa desenhou a estrutura do Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos delimitando ou reduzindo (Princípio da intervenção mínima da Administração Pública na vida privada dos interessados) a sua intervenção, e que após aperfeiçoamento na Assembleia Legislativa, foi aprovada pela Lei n.º 2/2012. Assim, este princípio, de entre os outros, merece o máximo respeito e o rigoroso cumprimento por todos, especialmente a Administração Pública, uma vez que os órgãos desta são os que recolhem dados pessoais da população em grande quantidade e detalhadamente.

2.2.3. Princípio da proporcionalidade

Este princípio encontra-se plasmado na alínea 3) do artigo 4.º da Lei n.º 2/2012, tendo a origem na definição dos princípios gerais do Direito Administrativo. Conforme o Parecer anteriormente referido, “*o recurso à videovigilância pressupõe a ponderação entre as exigências da manutenção da segurança e ordem pública, nomeadamente a prevenção da prática de crimes, e a protecção do direito à reserva da intimidade da vida privada e de outros direitos fundamentais*”¹³.

O conteúdo deste princípio é composto por três vertentes: juízo da adequação, juízo da necessidade e juízo da intervenção mínima¹⁴. Assim, a

10 Dias, José Eduardo Figueirido. *Manual de Formação de Direito Administrativo de Macau*. Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2009, pág. 132.

11 Vd. número 1 do artigo 2.º da proposta de lei (Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos).

12 Para melhor informação pode consultar Parecer n.º 2/IV/2012 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2012/2012-02/po.htm>.

13 Para melhor informação pode consultar Parecer n.º 2/IV/2012 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2012/2012-02/po.htm>.

14 Vd. Lei Meng I e outros, *Constituição e Direitos Humanos*, Editora San Hok Lam, págs 52-53 (李銘義: <<憲法與人權>>, 新學臨出版股份有開公司, 第52至53頁。).

utilização dos sistemas de videovigilância aquando da recolha dos dados pessoais devem ser somente efectuados em ponderação adequada para os fins estabelecidos, quando não for possível outro meio mais atenuante na prossecução do objectivo no mesmo âmbito.

Para reforçar a ideia deste princípio, tomamos de empréstimo o conteúdo registado no Parecer da proposta da Lei n.º 2/2012, no seguinte:

“Se os objectivos da videovigilância puderem ser obtidos sem o recurso a sistemas de gravação de imagens de alta definição, será de esperar que sejam utilizados meios menos evasivos, como, por exemplo, a captação de imagens de qualidade inferior, de forma a manter a invasão da privacidade dos direitos dos cidadãos em limites mínimos, bem como a reserva da intimidade da vida privada e de outros direitos fundamentais.”

Mais, acrescenta-se que na recolha daqueles dados pessoais de outrem, além da sua finalidade legalmente definida, também deve estar presente que o bem jurídico a proteger pelas gravações esteja superior aos do interesse daqueles titulares cujos dados foram recolhidos ou captados pelos sistemas de videovigilância. Ou seja, não basta somente invocar o fenómeno da ordem pública ou garantia da segurança, com ou sem justificação, captar e, ou, utilizar estas tecnologias para a recolha de dados pessoais, cujas finalidades estejam previstas na lei em apreço.

2.3. Preocupações colocadas a par desta regulação

O bem jurídico em causa a proteger, tanto no Regime jurídico da videovigilância em espaços públicos como na Lei da Protecção dos Dados Pessoais, consubstancia uma vertente dos direitos de personalidade (protecção dos dados pessoais que consta do art.º 79.º do CCM), sem esquecer que constituem direitos fundamentais protegidos e salvaguardados pelo nosso ordenamento jurídico através dos vários níveis da hierarquia das fontes normativas.

Com efeito, o legislador foi muito cauteloso na avaliação da proposta, do mesmo modo também o Executivo, esteve atento à importância da matéria em questão.

Tal como se suscitou durante a discussão do projecto legislativo, constituiu objecto de discussão, e bem aprofundado, entre a 3.ª Comissão Permanente e o Executivo (este como proponente do projecto que posteriormente foi aprovado como Lei n.º 2/2012), o âmbito dos registos recolhidos. A recolha destes dados pessoais é realizada por aparelhos de gravação e são divididas em imagens e sons.

A preocupação com a gravação das imagens é menor em relação à dos

sons, dado que a instalação dos sistemas de videovigilância depende, além de autorização do Chefe do Executivo, também de parecer favorável (que é vinculativo) emitido pelo Gabinete para a Protecção de Dados Pessoais.

Por sua vez, quanto à captação de sons a lei elevou a barreira de exigência da instalação dos aparelhos para aquele efeito, podendo encontrar o seu espírito expresso no n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 2/2012, que prevê que é proibido, em regra, salvo quando seja estritamente necessária para assegurar a defesa e protecção das pessoas e bens em situações de elevado risco. A situação compreende-se, uma vez que podemos imaginar a captação de comunicações realizadas por meio de telemóveis que se consubstancia através das escutas telefónicas, sendo estas apenas permitidas nas condições extremamente restritivas do Código de Processo Penal e somente mediante ordem ou autorização de um juiz.

Houve alguém, no seio da Comissão, que salientou a preocupação das gravações sonoras que poderão ser usadas abusivamente pela Administração Pública no exercício das suas competências, pelo que merece especial cuidado, tal como já anteriormente dito no artigo supracitado¹⁵.

Entretanto, queremos realçar a importância do rigoroso cumprimento dos comandos legais estipulados na Lei n.º 2/2012 pelos utilizadores destes sistemas, impostas pelo nosso legislador, e bem, onde este reforçou o estrito cumprimento por várias chamadas de atenção, em especial ao Executivo. Assim, transcrevemos estes alertas, constantes do Parecer n.º 2/IV/2012 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa:

No entender da Comissão, é importante assegurar que as finalidades e as restrições impostas por esta proposta de lei não sejam ultrapassadas pelo uso de videovigilância para além daquilo que é necessário (...).”

Nesse sentido, particular atenção foi dada às medidas de controlo e supervisão a serem tomadas pelas forças e serviços de segurança para garantir a segurança dos dados e evitar qualquer fuga de informações, assim como para assegurar o cumprimento da presente proposta de lei e da Lei da Protecção dos Dados Pessoais por quem que tiver acesso a esses dados por razões profissionais, como sejam os responsáveis pela manutenção dos sistemas de vigilância.”

“(...) o Executivo deve também adoptar medidas técnicas adicionais de segurança, com vista a evitar, prevenir e punir o uso ilícito ou abusivo de sistemas de videovigilância.”

15 Para melhor informação pode consultar no Parecer n.º 2/IV/2012 da 3.ª Comissão Permanente da Assembleia Legislativa, págs. 17, 19, 20 e 24, disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2012/2012-02/po.htm>.

3. A utilização destes meios como prova em processos disciplinares dos agentes do CPSP

3.1. Meios de provas

Antes de mais, o que é a prova e para que serve?

Assim, a prova (*probatio* em latim) é a acção ou efeito de provar¹⁶, o que serve para estabelecer a verdade de um facto ou de asserção¹⁷.

As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, tal como consta do artigo 334.º do nosso CCM. E nos termos do Código de Processo Penal (designado por CPPM), “*constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicável*”, tal como refere no n.º 1 do artigo 111.º deste diploma legal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/96/M, de 2 de Setembro.

As modalidades de provas no Direito Civil são a presunção (artigo 342.º e segs.), a confissão (artigo 345.º e segs.), a prova documental (artigo 355.º e segs.), a prova pericial (artigo 382.º e segs.), etc. No Direito Penal adjectivo as provas incluem, entre as outras, a testemunhal (artigo 115.º e segs.), as declarações do arguido, do assistente e da parte civil (artigo 127.º e segs.), a acareação (artigo 132.º e segs.) e as imagens sons recolhidos através dos sistemas de videovigilância por força do artigo 4.º da Lei n.º 2/2012.

3.2. A (i)legalidade da utilização das gravações como meio de prova

Antes de avançarmos com a questão em apreço, salientamos, desde logo, o previsto no artigo 256.º do Estatuto dos Militarizados das Forças de Segurança de Macau (abreviado por EMFSM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 66/94/M, de 30 de Dezembro, onde se prevê como direito subsidiário, no que disser respeito ao regime disciplinar, o Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau (doravante por ETAPM), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 87/89/M, de 21 de Dezembro e o Direito Processual Penal na falta ou omissão das normas constantes daqueles Estatutos.

Após uma profunda análise realizada aos dois primeiros Estatutos, nestes não vem estabelecido o elenco dos meios de prova permitidos em processos disciplinares dos agentes do CPSP. No entanto, resta-nos recorrer,

16 Definição encontrada na internet em <http://conceito.de/prova> [consultado em 30/12/2015].

17 Dicionário *Priberam*. Definição disponível em <https://www.priberam.pt/DLPO/prova> [consultado em 30/12/2015].

subsidiariamente, às regras do Direito Processual Penal e à demais legislação aplicável que anteriormente acabamos de referir.

Proporcionamos, como exemplo, o uso pelos superiores hierárquicos de imagens dos seus subordinados gravadas através de sistemas de videovigilância como meio de prova para a fiscalização (tal como a saída antecipada do serviço), quer como o meio principal quer como meio complementar, em processos disciplinares instaurados contra estes.

Na maior parte das vezes foram, e continuam a ser, utilizados os dados recolhidos por estes meios como o principal meio de prova para aferir a veracidade da infracção disciplinar cometida pelos agentes policiais.

Relembremos aquilo que analisámos até agora, tanto na letra da Lei n.º 2/2012, como na própria intenção legislativa do Executivo que consta da proposta. Nada nos leva a crer que aquelas gravações sejam lícitas, ou pelo menos idóneas, como meio de prova em processos disciplinares, por várias razões.

Em primeiro lugar, como já se disse, a utilização daquelas gravações como meio de prova em processos disciplinares dos agentes policiais contradizem a vontade inicial do próprio proponente da lei em apreço. Os representantes do Governo foram convidados pela Assembleia Legislativa para assistirem à reunião da 3.ª Comissão Permanente, a fim de esclarecerem as preocupações suscitadas pelos técnicos-jurídicos e políticos daquele órgão legislativo, e nunca houve a mínima previsão para o uso que estamos a analisar. Antes pelo contrário, se essa fosse a intenção do próprio proponente, bem podia tê-lo introduzido na própria proposta de lei tal como aconteceu com as infracções rodoviárias.

Em segundo lugar, é consabido entre os juristas, e todos outros bons aplicadores do direito, que não pode realizar-se uma interpretação jurídica que não tenha o mínimo reflexo na letra da lei, ainda que imperfeitamente expresso, tal como se refere no n.º 3 do artigo 8.º do CCM, devendo o intérprete presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Ficou dito que o âmbito de aplicação da Lei n.º 2/2012 se destina somente para os fins nela previstos quando o legislador utilizou o termo “exclusivamente”, de modo taxativo, a assegurar a segurança e ordem pública, nomeadamente prevenir a prática de crimes e auxiliar a investigação criminal.

Em terceiro lugar, de acordo com a subsidiariedade da aplicação das regras processuais penais em processos disciplinares da polícia, por maioria de razão, também se aplicam os princípios nelas constantes, e no seu respectivo direito substantivo, subjacentes, por excelência o princípio da legalidade (artigo 1.º do Código Penal) e com base na estrutura da sistemática do nosso ordenamento jurídico como um bloco. Não podendo, em consequência, ser utilizadas as gravações captadas pelos sistemas de videovigilância como meios de prova em processos disciplinares em análise, com vista a sancionar os seus subordinados

com base naquele meio.

Em último lugar, é bom ter presente o princípio da legalidade consagrado no nosso Código Procedimento Administrativo, de acordo com o qual a Administração Pública só deve intervir dentro dos parâmetros da lei.

Existe um caso na jurisprudência do Tribunal da Última Instância (designado por TUI) no Processo n.º 19/2014, que duvida da legalidade, da utilização de gravações captadas através de sistemas de videovigilância como meio de prova em processo disciplinar (apesar de ser neste caso de se tratar de um agente da Polícia Judiciária, por ter saído antecipadamente do serviço), pelo menos a título de prova principal, ou seja, como meio de controlo principal da duração do trabalho, em virtude de o mesmo não ser adequado a esse fim¹⁸.

Um outro ponto considerado importante foi o facto de a própria Administração Pública ter invocado a utilização daquelas gravações para assegurar o interesse público, a prosseguir sob a veste de processo disciplinar. Coloca-se um ponto de interrogação sobre a protecção do interesse público através de recurso a um processo disciplinar, sem que constasse a mínima referência a essa intenção do legislador mediante a proposta do próprio Executivo, tal como a entidade competente para a instauração do processo o invocou.

Uma nota final deve ser aqui deixada no sentido de que tirando as normas imperativas reguladoras do funcionamento das Forças Policiais, o direito disciplinar só deve ser chamado a intervir em última *ratio*, uma vez que as suas sanções tocam em direitos fundamentais dos seus subordinados, que merecem ser bem aplicadas e não usadas abusivamente. E, por outro lado, existem outras

18 Cfr. o Acórdão do TUI, Processo n.º 19/2014, de 18 de Junho de 2014, sobre Recurso de decisão jurisdicional em matéria administrativa, que tem como Sumário (encontra-se no sítio dos tribunais da R.A.E.M.: <http://www.court.gov.mo/pt/subpage/researchjudgments?court=tui>):

“I – A prova do vício de desvio de poder admite todos os meios de prova admitidos em Direito, não se limitando ao teor da fundamentação do acto recorrido.

II - Se o Tribunal não apura se os factos invocados no acto administrativo recorrido e os alegados pelo recorrente no recurso contencioso são verdadeiros ou falsos, há insuficiência da matéria de facto, que provoca a anulação do julgamento de facto, nos termos do artigo 650.º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente nos termos do artigo 1.º do Código de Processo Administrativo Contencioso, por não permitir proferir, em recurso jurisdicional, a decisão de direito.”.

Tem ainda o seguinte Resultado:

“A) Anulam o acórdão recorrido, por omissão de pronúncia quanto à ponderação se a utilização das câmaras mencionadas nas alegações facultativas viola os princípios jurídicos alegados pelo recorrente, bem como se constitui prova ilegal a utilização dos dados resultantes da alegada perseguição/seguimento que foi ordenado ao Recorrente diariamente e durante mais de um mês, com vista à prova da sua assiduidade;
B) Revogam o acórdão recorrido na parte em que decidiu, para efeitos do vício de desvio de poder, que o motivo principalmente determinante da prática do acto tem de resultar dos próprios termos do acto recorrido;
C) Anulam a decisão de facto, para apuramento dos factos mencionados quanto ao vício de desvio de poder.”.

formas de melhoramento das relações de trabalho dentro da polícia, tais como a melhoria da formação aos seus subordinados por parte dos superiores com vista à obtenção de mais conhecimentos jurídicos, bem como a necessidade dos superiores e subordinados disporem de mais tempo para se conhecerem uns aos outros, entre outras vias. Esta é, pois, a nossa modesta opinião.

A PROVA E A DECISÃO: APRECIÇÃO DA TEORIA DA EXCLUSÃO DA PROVA DE BENTHAM*

Chen Yi

Doutoranda, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Ao longo do séc. XVIII, numa tentativa de prevenção de fraude e de decisões errôneas, no âmbito do direito probatório da Common Law criou-se toda uma série de regras de exclusão de prova. Este fenómeno veio a ser vigorosamente criticado por Bentham, segundo o qual, constituindo a prova a pedra angular da justiça, excluir a prova seria afastar a justiça. A exclusão de prova não seria um meio eficaz de prevenção de decisões desacertadas, antes levando a uma maior probabilidade de o juiz emitir decisões errôneas por falta de prova, pelo que, exceptuando a prova irrelevante e supérflua, bem como os casos em que se visa a protecção de determinadas relações sociais, em princípio não deveria haver lugar a exclusão de prova. Enquanto concretização e manifestação do pensamento utilitarista no âmbito de direito probatório, a teoria da exclusão de prova de Bentham veio a influenciar profundamente o desenvolvimento do direito probatório nos tempos que se lhe seguiram. O presente texto procura expor de forma sistemática e detalhada a teoria da exclusão de prova de Bentham, para depois assinalar a influência e a inspiração que veio trazer para o direito probatório moderno e contemporâneo.

Palavras-chave: Exclusão de prova; prova; utilitarismo; Bentham.

* Aproveitamos a oportunidade para agradecer ao Prof. Tong Io Cheng pela orientação e comentários ao presente texto, bem como ao Prof. Zhai Xiaobo pelo apoio e ajuda na bibliografia referente a Bentham, sem prejuízo da nossa responsabilidade exclusiva relativamente ao conteúdo do presente texto.

I. Fundamento dogmático: a relação entre a prova e o judiciário

Bentham foi o fundador da doutrina filosófica do utilitarismo, segundo a qual todo o ser humano está sujeito a felicidade, por natureza benigna, e a sofrimento, por natureza maligno. Uma acção estará em conformidade com o princípio da utilidade quando aumenta o bem-estar de uma parte da colectividade em medida superior à diminuição do bem-estar da outra parte da colectividade¹. Para Bentham, o utilitarismo proporciona ao ser humano um critério universal e definitivo de decisão de acção ou inacção em função do resultado previsto (aumento ou diminuição do bem-estar)², constituindo assim um princípio e critério de prova e de resolução de problemas. O utilitarismo foi assim empregue por Bentham como fundamento dogmático e ponto de partida de todos os seus estudos³, designadamente no âmbito do sistema legislativo e jurídico. Classificando o direito em direito material e em direito processual, para Bentham o direito material tem por fim último a realização do bem-estar da maioria da colectividade, ao passo que o direito processual, onde se inclui o direito probatório, visa assegurar a efectiva implementação e execução do direito material⁴. Na obra *Rationale of Judicial Evidence*, Bentham indica que o fim do processo judicial pode dividir-se em fim imediato e fim acessório, visando com o primeiro a correcção das decisões judiciais através da correcta aplicação do direito material aos factos da vida real, e, com o segundo, evitar excessivas demoras, vexames e custos com o processo judicial⁵. Os conflitos que eventualmente surjam entre o fim imediato e o fim acessório podem ser resolvidos com o princípio da utilidade⁶. Segundo Bentham, uma decisão judicial contém normalmente duas componentes – a da aplicação do direito, e a da averiguação dos factos. A procedência de uma acção dependerá dos factos que lhe servem de base, e a verdade material dos factos apenas será alcançada em regra com recurso à prova, que assim constitui a base e o fundamento para a determinação dos factos por parte do juiz. Não obstante este papel fundamental da prova para as decisões judiciais, ao longo do séc. XVIII no direito inglês vigoravam variadas regras de exclusão de prova, enquanto uma medida para

1 Cfr. Susan Leigh Anderson, *On Mill*, tradução chinesa de Cui Qingjie e Chen Huiying, Zhonghua Book Company, 2003, p. 41.

2 Zhai Xiaobo, *Bentham's Natural Arrangement and the Collapse of the Expositor-Censor Distinction in the General Theory of Law*, Bentham's Theory of Law and Public Opinion, Cambridge University Press, 2014, p. 167-168.

3 Ibid, p. 168.

4 John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, vol.7, W.Tait, Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 335.

5 William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Weidenfeld & Nicolson, 1985, p. 27.

6 Ibid.

evitar fraudes e decisões erróneas. Perante este cenário, Bentham, assentando na doutrina do utilitarismo, deu início ao seu estudo profundo e pormenorizado da problemática a partir das seguintes questões: 1) Poderá a prova ser excluída? 2) Em caso afirmativo, quais as circunstâncias e razões que a legitimam?

II. O conteúdo nuclear da teoria da exclusão de prova de Bentham

i. As modalidades de exclusão de prova

Segundo Bentham, a exclusão de prova compreende duas diferentes modalidades – a exclusão activa (*positive mode*) e a exclusão passiva (*negative mode*)⁷. Na exclusão activa, a lei ou o juiz determinam expressamente a inadmissibilidade da prova. Na exclusão passiva, o juiz, seja intencionalmente, seja por descuido, ao não adoptar activamente os meios necessários à obtenção da prova, considera-se excluída a prova no que à sua eficácia diz respeito. Segundo Bentham, os meios ou medidas de obtenção de prova cuja adopção não seja obrigatoriamente imposta pela lei são os que mais facilmente levam ao fenómeno da exclusão passiva.

ii. Os malefícios da exclusão de prova

Constituindo a prova a pedra angular da justiça, excluir a prova seria afastar a justiça⁸. Por esta razão, independentemente de a exclusão em geral ser ou não benéfica para a realização da justiça – assinala Bentham –, um ponto é certo – a exclusão de prova dá lugar a determinadas consequências negativas: excluir toda a prova equivaleria a afastar toda a justiça. Segundo Bentham, a maior ou menor medida dessas consequências dependerá de três factores: primeiro, se, para o apuramento dos factos controvertidos da causa, a prova oferecida é ou não a única prova disponível; segundo, se a prova excluída foi oferecida pelo autor ou se antes pelo réu da acção; terceiro, se a acção tem ou não natureza penal. A natureza das consequências causadas pela exclusão de prova estará indissociavelmente ligada a cada um dos referidos factores. Se, por exemplo, numa acção penal a única prova oferecida pela parte acusadora for excluída, a aplicação dessas mesmas regras de exclusão significaria permitir a prática de factos ilícitos ou criminosos. Já se a prova excluída tiver sido a única prova ao dispor do réu, qualquer pessoa ficaria habilitada por mero capricho a prejudicar os direitos de outrem e a obter a punição de pessoas inocentes. Num outro exemplo, se numa acção cível a única prova do autor for excluída, isso levaria a que qualquer pessoa pudesse violar os direitos e os interesses legítimos de outrem. Já se a prova excluída tiver sido a

7 John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, vol.6, W.Tait, Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 86.

8 John Bowring, *The Works of Jeremy Bentham*, vol.7, W.Tait, Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 338.

única prova ao dispor do réu, este teria que assumir responsabilidades e obrigações injustas e excessivas. Em contraposição, se a prova excluída não for a única prova que a parte disponha no processo, a exclusão da mesma causará consequências menores e menos gravosas.

Numa palavra, para Bentham a exclusão de prova aumentaria efectivamente as probabilidades da prática de crimes e ilícitos. Do ponto de vista das demoras, vexames e custos com o processo judicial, entende o Autor que os malefícios que a exclusão de prova consegue evitar ultrapassam de longe as consequências nefastas que a sua adopção causaria. Já em relação ao argumento de que a prova induziria o juiz em erro, entende Bentham que não é lógico esperar que a exclusão de prova venha evitar a tomada de decisões desafortunadas, pois que, excluída a prova, maiores são as probabilidades de o juiz vir a emitir decisões erróneas por falta de prova⁹.

iii. Legitimidade para a exclusão de prova

A despeito de todos estes problemas e falhas, Bentham reconhece que em determinadas situações haja legitimidade e razões para excluir a prova, em vista do fim acessório do processo judicial. Razoabilidade essa que, bem entendido, não advém da susceptibilidade de a exclusão só por si alcançar o fim prosseguido pela justiça – porque o não é –, mas antes porque com a exclusão de prova se consegue evitar malefícios de maior escala: isto é, a exclusão em si é maligna, mas é susceptível de afastar consequências perversas de maior dimensão – as delongas, vexames e custos desnecessários – sendo assim uma medida imprescindível para a realização do fim acessório da justiça. Bentham, assentando na doutrina do utilitarismo, assinala os seguintes princípios que devem ser respeitados para a admissão de prova¹⁰: primeiro, a exclusão de um mal não deve acarretar um outro mal maior; segundo, a prossecução de um bem não deve excluir um outro bem maior; terceiro, a prossecução de um bem não deve acarretar qualquer mal influente; quarto, a prevenção de um mal não deve excluir um bem importante. A partir destes princípios, Bentham retirou a seguinte conclusão: só se pode dizer que as regras de exclusão de prova favorecem a realização dos fins da justiça quando os malefícios evitados com a sua exclusão excedem quantitativamente de longe os malefícios que se verificariam com a sua admissão¹¹.

Se bem que a informação constante da prova é susceptível de atestar os factos averiguados pelo juiz, o certo é que nem toda a prova reflecte a verdade material e integral dos factos, podendo-lhe faltar veracidade ou precisão por

9 Bowring, *supra*, nota 7, p. 87.

10 *Ibid*, p. 88.

11 *Ibid*.

influência de diferentes factores objectivos. Por outro lado, também a recolha, oferecimento e verificação da prova estão sujeitos a factores como os custos de tempo e de dinheiro. Assim, qualquer causa que seja decidida com base na prova acarreta consigo dois potenciais problemas – o erro de decisão quanto à questão material por um lado, e as delongas, vexames e custos processuais por outro. Ora, residindo estes problemas neste modelo de decisão baseado na prova, é natural que ordenamentos houvesse que encontrassem na exclusão da prova a solução para o problema. Foi o caso do direito inglês que no séc. XVIII adoptou o regime da exclusão de prova como medida de prevenção de decisões erróneas. Para Bentham, no entanto, se a exclusão de prova é efectivamente capaz de resolver os problemas das delongas, vexames e custos processuais, já o mesmo não se pode dizer relativamente ao erro decisório material. Isto porque, se ao admitir a prova o juiz pode ser induzido em erro por falsidade da prova, prejudicando assim os direitos e interesses legítimos de uma das partes, também ao excluir a prova o juiz pode emitir decisões desacertadas por falta de prova que o impossibilite a averiguar a verdade material dos factos. Por estas razões, considera Bentham que apenas há margem para aplicar as regras de exclusão quando dela não decorra qualquer malefício adicional (como o erro decisório, as dilações, vexames e custos) que prejudique os interesses de qualquer das partes.

iv. Situações que legitimam a exclusão

Já que por teoria a exclusão de prova não carece necessariamente de razão legítima, quais serão as circunstâncias que permitem a sua aplicação? Esta questão foi altamente elaborada por Bentham na sua célebre obra *Rationale of Judicial Evidence*. A nosso ver, a resposta pode ser agrupada em duas categorias: a exclusão absoluta e a exclusão relativa.

1. Exclusão absoluta

1) Irrelevância (*irrelevancy*) e superfluidade (*superfluity*)

Por exclusão absoluta quer Bentham referir-se às situações em que a exclusão é absolutamente legítima e lógica. Nesta categoria encontram-se os casos de irrelevância e de superfluidade¹². A legitimidade para se excluir estes tipos de prova reside no facto de as mesmas acarretarem muitos malefícios e consequências nefastas, para além de serem contrárias aos fins da justiça. A prova irrelevante traz delongas, vexames e custos processuais ao juiz e às partes, designadamente

12 Por irrelevante quer significar-se as situações em que a prova oferecida pela parte não tem a natureza nem reúne de facto as características da prova, não tendo qualquer ligação com os factos a provar. Supérflua é a prova que não produz efeitos probatórios. Para Bentham uma prova relevante pode ser superflua, mas toda a prova irrelevante é necessariamente superflua, pelo que a prova superflua em sentido amplo incluir a prova irrelevante. *Ibid.*, p. 89.

à parte que tem razão na causa. Acresce que a prova irrelevante causa confusão e incertezas ao juiz, ou até engano, induzindo o juiz em erro. Da mesma forma, também a prova supérflua acarreta delongas, vexames e custos processuais. O que difere é que a prova puramente supérflua geralmente não causa confusão ao juiz em moldes que levem a delongas processuais, nem induz o juiz em erro. Em todo o caso, assinala Bentham, para além da prova decorrente de boatos (“ouvi dizer”), em regra são pouco frequentes os casos de prova supérflua.

2) Dispensa de depoimento por razões religiosas ou de interesse público

Durante mais de dois séculos a partir da restauração da Casa Stuart por Charles II em 1660, a prática judiciária inglesa não conhecia ainda a figura da dispensa de depoimento, designadamente por parte dos padres¹³. Em inícios do séc. XIX, Bentham, na sua obra *Rationale of Judicial Evidence*, expôs a sua arrojada posição de que os padres deviam gozar da prerrogativa da dispensa de depoimento, na medida em que, considerando as funções religiosas que exerce, o padre do réu, quando chamado a juízo para servir de testemunha a pedido da parte autora ou acusadora, deve poder ser dispensado de comparecer em juízo, não podendo a lei obrigá-lo a revelar o que lhe tinha sido confessado pelo réu¹⁴, sob pena de a lei interferir no exercício das funções religiosas ao levar à sanção – designadamente criminal – das pessoas que vão confessar ou mesmo de outras pessoas. Numa palavra, para Bentham a revelação testemunhal das confissões de uma das partes processuais pelos padres, tanto nos processos-crime como nos processos cíveis, influenciaria a actividade religiosa e o desenvolvimento da Igreja. Por outro lado, do ponto de vista utilitarista, entende Bentham que o testemunho dos padres não é apto a produzir um bem que compense o mal que o mesmo acarreta – o que, subentende-se, quer significar que apenas há desvantagens sem que haja vantagens. Isto, essencialmente do ponto de vista dos fins da justiça, ou seja, o testemunho dos padres não favorece efectivamente a prossecução dos fins da justiça. Por exemplo, relativamente aos crimes mais gravosos, os efeitos preventivos e compensatórios do ordenamento religioso são de longe maiores que os do ordenamento jurídico. No que respeita à prevenção do crime, a confissão religiosa é susceptível de levar a que o agente se arrependa efectivamente, corrigindo o seu comportamento. Por outro lado, no decurso da confissão o padre orienta e consola espiritualmente o confitente, o que não só contribui para prevenir a futura prática de crimes, como ainda leva a que a pessoa compense os danos causados pela sua conduta criminosa.

Para além deste caso, Bentham refere ainda um outro exemplo comum no

13 Laird C. Kirkpatrick, *Scholarly and Institutional Challenges to the Law of Evidence: From Bentham to the ADR Movement*, 25 *Loy. L.A. L.Rev.* 837 (1992). p. 842.

14 *Ibid.*, p. 98.

âmbito do direito probatório moderno – a prerrogativa de dispensa de depoimento pelo governo por razões de interesse público. Segundo o Autor, se num processo judicial uma das partes requerer prova cuja revelação prejudique o interesse público, deve o juiz recusar o pedido¹⁵, não podendo obrigar o governo a revelar informação potencialmente prejudicial para o interesse público¹⁶. O governo goza pois, por considerações de interesse público, da prerrogativa do segredo de Estado, ideia que posteriormente viria a ser considerada por alguns Autores a fonte dogmática da prerrogativa da dispensa de depoimento dos Chefes de Estado e dos Chefes de Governo ou por funções públicas no direito probatório contemporâneo¹⁷.

2. Exclusão relativa – delongas (*delay*), vexames (*vexation*) e despesas (*expense*)

Por exclusão relativa quer Bentham significar os casos em que a razoabilidade da exclusão tem de ser aferida no caso concreto de acordo com o critério utilitarista, o que se pode traduzir no juízo sobre se a admissão de uma determinada prova para decisão causa ou não excessivas delongas, vexames ou despesas processuais. Do ponto de vista do fim acessório da justiça, se a exclusão de prova pode evitar desnecessárias delongas, vexames e despesas processuais, então é porque favorece em geral a prossecução dos fins da justiça. Pelo que, para além da irrelevância e superfluidade da prova, também as excessivas delongas, vexames e despesas processuais constituem motivos legítimos para a exclusão de prova. Quando a prova seja relevante e não supérflua, tem ainda assim o julgador que decidir se a mesma deve ser excluída ou não em função do juízo que faça relativamente às delongas, vexames e despesas que acarreta para o processo.

1) As delongas. Na vida em sociedade, frequentes são as relações interpessoais na comunidade e complexas são as relações e laços jurídicos. Por isso mesmo, no âmbito do processo judicial as partes podem precisar de algum tempo para a produção de prova pelas mais variadas razões de índole objectiva. Assim sendo, não permitir um mínimo de demora equivaleria substancialmente a excluir a própria prova, em detrimento para a correcta decisão do juiz. Bentham considera que a decisão sobre se deve ou não permitir semelhante dilação constitui na verdade uma opção maligna por parte do juiz e do legislador, devendo tentar reduzir a medida desse mal ao mínimo possível. Para o Autor, deve ser excluída a prova que no momento é tão distante que a torna impossível de obter, de forma a

15 Bowring, *supra*, nota 7, p. 98.

16 Jeremy Bentham, *Treatise on Judicial Evidence*, J.W. Paget, 1825, p. 236.

17 Laird C. Kirkpatrick, *Scholarly and Institutional Challenges to the Law of Evidence: From Bentham to the ADR Movement*, 25 *Loy. L.A. L.Rev.* 837 (1992). p. 842.

evitar o mal decorrente dessa demora. Na eventualidade de se permitir a demora na produção de prova por uma das partes, considerada importante, esse lapso de tempo poderá levar a que se pereça uma outra prova importante da contraparte. E, continua o Autor, podendo o juiz esperar pela prova de uma das partes para proferir a decisão, as delongas que daí resultam podem prejudicar os interesses legítimos da contraparte quando lhe assista a razão. Pelo que, insiste Bentham, para evitar o mal da demora na produção de prova o juiz deve proferir logo a decisão com base na prova existente, decisão essa que não terá natureza definitiva, podendo o juiz anulá-la e emitir nova decisão caso se venha a descobrir nova prova importante no futuro, em nome da correção das decisões judiciais.

2) Os vexames. Para Bentham, o contencioso representa um potencial sofrimento e lesão para a esmagadora maioria das pessoas¹⁸. Enquanto componente importante do processo judicial, a recolha, o oferecimento e a adoção de prova causam inevitavelmente diversos tipos de vexames aos juízes, ao júri, às partes e às testemunhas, entre outros intervenientes processuais (abrangendo até, nalguns casos, pessoas exteriores ao caso e a população) ¹⁹. Mais concretamente, os vexames incluem sofrimentos e perturbações, bem como desperdícios de tempo, limitações de espaço, dispêndios de dinheiro, prejuízos e inquietações²⁰.

Porque a recolha, o oferecimento e a adoção de prova causam diversos tipos de vexame a diferentes sujeitos, Bentham, a partir da perspectiva do fim acessório da justiça, entende que este tipo de mal deve ser evitado e afastado através do regime da exclusão de prova. A não ser que da admissão da prova resulte uma compensação maior – como por exemplo o afastamento de um mal maior que o vexame ou a obtenção de maiores benefícios – toda a prova que cause vexames deve ser excluída. Por outras palavras, apenas há motivo legítimo para excluir a prova quando o mal decorrente dessa exclusão for de longe inferior ao mal próprio do vexame. A partir deste critério de aferição, Bentham avança defendendo que, a despeito de a prova causar vexames dos mais variados tipos aos intervenientes processuais, para além do juiz, não se deve atender aos vexames provocados a outras pessoas como causa de exclusão da prova. Os vexames que a prova pode trazer ao juiz podem agrupar-se em duas categorias: as perturbações

18 William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, tradução chinesa de Wu Hongqi e Du Guodong, China Renmin University Press, 2015, p. 135.

19 Bentham classifica-o em vexame em sentido amplo (*vexation at large*) e vexame originado pela revelação da prova (*vexation by disclosure*). Este segundo tipo de vexame refere-se aos prejuízos causados à pessoa ou ao interesse público pela revelação de informação de determinada prova, pelo que se torna necessário determinar quais as provas admissíveis e que tipo de vexame pode dar lugar à exclusão de prova. Bowring, *supra*, nota 7, p. 92.

20 Ver referência bibliográfica da nota 18, p. 136.

a nível psicológico e as consequências nefastas dessas mesmas perturbações – demora no julgamento²¹ ou emissão de decisão desacertada. Sobre a legitimidade deste motivo de exclusão, refere o Autor que, na prática judiciária onde vigora o princípio da prova, no interior do juiz surge sempre uma hesitação proporcional à quantidade de prova, relevante ou não, e, quanto maior for essa hesitação, maiores serão as probabilidades de demora e erro na decisão que vier a proferir. Sempre que o vexame se deva à irrelevância ou superfluidade da prova, o perigo de decisão tardia e/ou errônea daí decorrente constitui um mal dificilmente compensável. Mas mesmo quando se trate de prova relevante e não supérflua, entende Bentham que ainda assim não se exclui a possibilidade de subsistir este tipo de vexames. Mesmo que a prova seja necessária à correcta decisão da causa, não deixa de causar ao juiz o mal do vexame, só que aqui haverá uma certa recompensa, que consoante os casos anulará ou não o vexame causado ao juiz pela adopção da prova. Neste tipo de casos salienta Bentham que por regra não deverá excluir-se a prova que não seja irrelevante nem supérflua, a não ser que a sua adopção leve à proferição de uma decisão errônea ou prejudique os direitos e interesses legítimos das partes²².

Sobre a razão pela qual os vexames causados às partes ou outros intervenientes processuais para além do juiz não pode constituir causa legítima para a exclusão de prova, Bentham refere que, sejam perturbações psicológicas, sejam custos monetários, o mal causado às partes pode ser compensado pela posição de vantagem ou interesses que se esperam ter no processo. Se a parte for representada por mandatário, o vexame da recolha e oferecimento de prova será transferido para este, que por sua vez será compensado através dos correspondentes honorários. Relativamente às testemunhas, o comparecimento em juízo causará inevitavelmente vexames às mesmas, que, por terem de despender tempo e suportar os prejuízos que daí resultarem para os seus assuntos, que dificilmente encontrarão compensação económica suficiente, tenderão a recusar-se a depor na falta de medidas coactivas que o imponham, assim se levando à exclusão passiva de prova. Exclusão essa que, no entender de Bentham, é reprovável e tem origem nas deficiências do sistema. Não obstante, mesmo que venham a ultrapassar-se os obstáculos de regime, o vexame suportado pela testemunha pelo comparecimento em juízo excederá de longe o vexame das partes decorrente da falta de fundamentação do pedido da perda de causas

21 Bentham entende que a decisão tardia origina um mal correspondente ao tempo da demora: em primeiro lugar, prejudicam-se os interesses de uma ou ambas as partes do processo; depois, ainda, os interesses das partes noutros processos pendentes ou futuros, pois qualquer decisão de qualquer processo é protelada por virtude das delongas da decisão de um processo antecedente (a nosso ver, esta circunstância refere-se a processos em que entre eles existe uma determinada conexão). Bowring, *supra* nota 7, pp. 92, 96-99.

22 Bowring, *supra*, nota 7, p. 94.

de exceção válidas no processo pelo não comparecimento da testemunha. Segundo o Autor, é possível ultrapassar os vexames das testemunhas através da flexibilização dos meios de prestação de depoimento, podendo a mesma ser feita nos órgãos judiciais específicos do local de residência da testemunha ou por meio de depoimento escrito (tal como a prestação de declarações ajuramentada), embora se deva limitar aos casos em que não seja necessário recorrer à inquirição em observância do contraditório para confirmar a veracidade e integralidade dos depoimentos²³.

3) As despesas. Para Bentham, os custos com a obtenção e oferecimento das provas constituem na verdade também um tipo de vexame e que a melhor forma de o evitar é excluir a prova²⁴. São essencialmente dois os casos em que se pode legitimamente excluir a prova com este fundamento: primeiro, o caso em que as despesas são suportadas por pessoas alheias ao caso ou por terceiros que não consigam obter qualquer compensação, como é o caso das testemunhas que têm de suportar os custos com o seu comparecimento em juízo; segundo, o caso em que, embora as despesas sejam suportadas pela parte culpada, essas despesas são de tal modo elevadas que excedem de longe a medida da responsabilidade a que deveria estar sujeita²⁵, como é o caso das despesas com o comparecimento das testemunhas em juízo, que, podendo ser suportadas pela parte vencida, excedem de longe a medida da responsabilidade a que a mesma está sujeita. Daqui ressaltam uma vez mais as influências do utilitarismo – os custos com a produção de prova não devem exceder os benefícios que com ela se possam obter. Em todo o caso, adverte Bentham, a questão não se colocará se a parte assumir voluntariamente os custos.

III. As críticas de Bentham às regras de exclusão de prova

i. A crítica à prevenção de fraude como fundamento de aplicação das regras de exclusão de prova

Durante o séc. XVIII, nos ordenamentos anglo-saxónicos a doutrina maioritária entendia que o fim prosseguido pelo judiciário era a proferição de decisões justas e correctas. Toda a informação decorrente de prova incorrecta, incompleta e falsa era vista como fraudulenta, induzindo o juiz em erro. Era assim que a exclusão de prova era amplamente considerada uma medida garantística de prevenção de fraude e de erro de julgamento. Por exemplo, se uma testemunha sofrer de problemas intelectuais, tiver algum interesse na causa ou for desonesta,

23 Ibid, p. 95.

24 Bowring, *supra*, nota 8, p. 56.

25 Ibid, p. 353.

haveria lugar a exclusão pela existência de um perigo de engano. Bentham mostrou-se contrário a esta atitude, no sentido de que a prevenção de fraude não podia constituir justa causa para a exclusão de prova, salientando que a exclusão de prova não é um meio eficaz de prevenção de decisões desacertadas, pois que, podendo a prova ser classificada em necessária e desnecessária para os factos a provar, a exclusão da prova necessária levaria indubitavelmente a uma decisão desacertada, enquanto a exclusão da prova desnecessária, embora não conduza forçosamente a uma decisão errada, não se vê qual a sua utilidade prática em termos de resultado final, pois a parte cuja prova foi excluída terá provavelmente outras provas capazes de sustentar o seu pedido, caso em que o juiz irá de qualquer maneira proferir uma decisão que lhe seja favorável²⁶. Foi com este fundamento que Bentham dirigiu as suas críticas a uma série de regras de exclusão de prova então aplicadas na *praxis* inglesa em vista da prevenção de fraude. Assim, em primeiro lugar, relativamente à recusa de testemunhas com insuficiência de capacidade de depor, entende o Autor que as pessoas com problemas de intelectualidade não são necessariamente inaptas a depor como testemunhas, pois estas situações reconduzem-se a três – transtorno mental, menoridade e velhice – e a credibilidade do depoimento em cada um destes casos dependerá do estado mental geral da testemunha²⁷. Quanto ao interesse na causa como motivo de exclusão da prova, diz o Autor que tal circunstância não conduz necessariamente a falso depoimento. Toda a prova provém do ser humano e está por natureza relacionada com os interesses do ser humano, não havendo no mundo qualquer prova imune à influência de qualquer tipo de interesse. A excluir a prova com este fundamento, toda e qualquer prova deveria ser excluída. Bentham não nega que as partes podem efectivamente oferecer prova incompleta, incorrecta ou mesmo falsa por influência de interesses (designadamente através de falsos depoimentos das suas testemunhas), mas recorda em todo o caso que o juiz não é um ser inanimado, podendo sempre procurar identificar a prova falsa antes de decidir, através de procedimentos próprios de averiguação, pelo que a prova falsa não induz necessariamente o juiz em erro por fraude. Bentham indica ainda que a prova falsa não só não leva forçosamente a decisões erradas, como pelo contrário propicia a descoberta da verdade material e a proferição da decisão correcta pelo juiz, pois em certa medida a prova falsa constitui uma prova indirecta do factos ilícitos e criminosos²⁸. Em suma, a prova interessada não constitui uma tentativa apressada, mas antes uma prática estabelecida na vida em comunidade do ser humano cuja viabilidade tem vindo a ser confirmada com

26 Ibid. p. 386-387.

27 Ibid. p. 105.

28 Ibid. p. 389.

os resultados da sua aplicação²⁹. Quanto ao problema da desonestidade, Bentham concorda que as testemunhas poderão oferecer falso testemunho por virtude de qualquer interesse, mas não deixa de lembrar que o ser humano, por procurar a felicidade e evitar o sofrimento por natureza, vê a sua conduta constringida pelo receio de vir a sofrer sanções de ordem física, moral, política (ou jurídica) ou religiosa, auto-assegurando assim uma conduta honesta e confiável³⁰, razão pela qual a desonestidade não pode servir de causa de exclusão de prova. Referindo-se, por último, aos motivos religiosos, Bentham indica que, das quatro referidas motivações que orientam o homem para o bem, as sanções religiosas têm um efeito de longe mais fraco do que as sanções políticas ou morais, pelo que não se pode presumir que os ateus ou os crentes de outras religiões que não o Cristianismo sejam desonestas³¹. Em relação à recusa de depoimento por quem não preste juramento, assinala o Autor que nem o regime de juramento existente consegue garantir que a testemunha diga a verdade, pois, seja ela cristã, seja ateu, não existe qualquer indício externo ou comportamento que possa indicar a falsidade da convicção interna da testemunha, pelo que mesmo que esteja a mentir, tal dificilmente será apercebido pelas pessoas³². Sob esta perspectiva, Bentham discorda também que a religião possa constituir uma causa de exclusão dos depoimentos das testemunhas.

Para além desta abordagem positiva, na sua crítica Bentham refere ainda que o engano pode decorrer não só da existência de prova, como ainda da falta de prova. Exemplificando, um facto objectivamente existente pode ser dado como não provado pelo juiz por falsidade ou falta de credibilidade da prova oferecida pela parte, mas, se essa prova atestar o facto não for excluída, o facto poderá ser dado como provado. Por outro lado, ao abrigo do regime da exclusão de prova, a parte poderá desistir de um pedido legítimo pelo facto de uma sua prova importante ter sido excluída, o que leva igualmente a um resultado injusto. Numa palavra, do ponto de vista do erro decisório e da não-demanda (*non-demand*) da parte autora, a exclusão de prova cria mais facilmente situações de injustiça – as consequências nefastas que traz para a justiça excedem de longe os seus efeitos preventivos³³.

29 Ibid. p. 106.

30 Ibid. p. 394.

31 Ibid. p. 420-421.

32 Ibid. p. 106.

33 Ibid. p. 30.

ii. A crítica à proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu

Nas acções penais, sendo o réu interessado na causa, vigorava nos ordenamentos anglo-saxónicos do séc. XVIII uma regra probatória que excluía a prova decorrente do depoimento do réu para evitar falsas declarações. O réu não podia ser obrigado a depor em causa própria – isto é, nas acções penais era vedado fazer ao réu quaisquer perguntas relacionadas com o crime pelo qual vinha acusado. Caso lhe fossem dirigidas perguntas desse tipo, o réu não tinha qualquer dever de responder, nem se podia emitir qualquer juízo a partir do silêncio do réu. Bentham manifestou a sua discordância com esta regra, entendendo que a inquirição e averiguação de questões relativas ao facto criminoso junto do réu propiciam a descoberta da verdade material do caso. Se o réu tiver efectivamente praticado o crime, a exclusão do seu depoimento equivaleria a ajudá-lo a furtar-se à pena; se for inocente, a exclusão poderá evitar a aplicação de uma sanção injusta a uma pessoa inocente pelo facto de ter deposto contra si. Todavia, refere Bentham que faz parte da natureza do ser humano a tendência de não se auto-confrontar a si próprio, fazendo subentender que, inocente ou não, em regra o réu não irá prestar depoimentos desfavoráveis à sua posição. Pelo que a única utilidade da regra em apreço é proteger os réus culpados, dispensando-os da pena, sendo desprovida de qualquer sentido quando aplicada aos réus inocentes.

Para além do interesse do réu na causa, um outro fundamento usado para proibir a prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu era o de que a inquirição de perguntas relativas ao crime com o fim de punir o réu lhe causaria perturbação e sofrimento – um mal para o réu, que poderá ser evitado se ao réu for vedado depor contra si próprio. Este argumento, no entender de Bentham, é improcedente, pois que, para o réu numa acção penal, todo o sofrimento se concentra na punição, sendo pura fantasia o sofrimento e o vexame decorrentes da prestação de declarações. A lei ao excluir o depoimento do réu e por outro lado permitir a aceitação do depoimento de outras pessoas, equivaleria a derrogar prova directa e a admitir prova indirecta para o julgamento da causa, sendo que a informação decorrente da prova indirecta geralmente peca por incompletude e imprecisão pelas mais variadas razões, e as declarações do réu podem precisamente suprir tais deficiências e insuficiências. Com semelhante exclusão, impede-se a auto-defesa e justificação por parte do réu, o que leva a maiores probabilidades de o juiz emitir decisão desacertada, que terá de ser feita apenas com base na prova decorrente de boatos.

iii. A crítica à prerrogativa de dispensa de depoimento dos advogados e dos cônjuges das partes

A prerrogativa de dispensa de depoimento dos advogados é uma regra

probatória antiga da Common Law, segundo a qual não pode ser pedido ao advogado que revele num processo judicial qualquer informação de que tenha tido conhecimento do seu constituinte (designadamente informação que lhe seja desfavorável). Inicialmente estabelecida para protecção dos juramentos e da dignidade dos advogados, esta regra foi objecto de contínuo desenvolvimento na *praxis* judiciária, havendo quem viesse a entender que a mesma visa proteger a relação de confiança entre o advogado e o constituinte, em prol da justiça do processo em geral num modelo contencioso de natureza conflituosa³⁴. Bentham é contra esta regra, pugnando pela exigibilidade do depoimento dos advogados a partir do critério utilitarista, porquanto entende que disso não resulta qualquer mal substancial, pois o resultado não é mais do que fazer com que a pessoa sofra a sanção que lhe seria devida ou que assuma as obrigações ou dever de indemnizar a que deveria estar sujeito³⁵. Segundo o Autor, se o constituinte é inocente, dispensar o advogado de depor não terá grande utilidade para a pessoa. Já no caso contrário, a mesma dispensa terá um grande impacto. Em qualquer tipo de crime, o réu que constitua mandatário como que passa a ter um cúmplice profissional *a posteriori* que o ajude a furtar-se das sanções da lei³⁶. De onde que não seja difícil descortinar que, no pensamento de Bentham, a dispensa dos advogados não traz qualquer vantagem, antes apenas ajuda os criminosos a livrar-se das sanções legais. Em suma, entende o Autor que, existindo entre advogado e cliente meramente uma relação contratual, os acordos honestos devem ser cumpridos, e os acordos desonestos e prejudiciais podem ser violados em nome do interesse da comunidade³⁷.

Para além do caso dos advogados, Bentham dirigiu ainda fortes críticas a uma outra prerrogativa de dispensa de depoimento então em vigor no direito inglês – a dos cônjuges. Nos tempos de Bentham, a Common Law consagrava essa regra – a de que os cônjuges das partes gozarem da prerrogativa de serem dispensados de depor em juízo, sendo vedado forçar o cônjuge a revelar qualquer informação obtida na constância do matrimónio –, por haver preocupação e receio de falsas declarações em virtude da relação conjugal existente entre a testemunha e a parte, mas também por considerações de protecção da estabilidade e harmonia das relações familiares-conjugais. Todavia, no entender de Bentham, a motivação e a probabilidade de prestação de falso testemunho existem em relação a qualquer pessoa, pelo que a prevenção de falsas declarações não é motivo suficiente para

34 Qi Shujie e Huangbin, “A prerrogativa dos advogados no direito probatório inglês e o seu valor de referência”, *Legal Forum*, n.º 5 de 2002, p. 94.

35 Bowring, *supra*, nota 7, p. 99.

36 *Ibid*, p. 100.

37 Ver referência bibliográfica da nota 18, pp. 154-155.

se consagrar esta prerrogativa. Antes pelo contrário, ela impede que o cônjuge testemunhe a prática de um facto ilícito, o que equivaleria a dizer que a lei permite tacitamente a prática de qualquer actividade ilícita com o suporte do seu cônjuge, de forma irresponsável e destemida. Para expressar a sua contrariedade a este regime, Bentham inclusivamente descreve esta prerrogativa como “convertendo o castelo da família num covil de ladrões”³⁸.

iv. A crítica à regra de exclusão da prova decorrente de boatos (“ouvi dizer”)

A exclusão da prova decorrente de boatos (*hearsay*) é uma regra antiga do direito probatório anglo-saxónico. Durante os séc. XVIII e XIX, este tipo de prova era em regra absolutamente excluído na Common Law, dada a falta de garantia da verdadeira fiabilidade da prova, pelo facto de o depoente do boato não ter prestado juramento nem ter sido inquirido em juízo em observância do contraditório³⁹. Esta regra foi questionada e desafiada por Bentham na sua obra *Rationale of Judicial Evidence*. Embora reconheça que o facto de o depoente não comparecer em juízo em observância do contraditório dificilmente proporcionará garantias de precisão e completude da prova, como podendo até surgir situações de fraude, aponta o Autor que excluir absolutamente a prova seria precluir informação útil para a boa decisão da causa. A falta de prova causaria um impacto e consequências de longe mais gravosos para o erro de julgamento do que a falsidade e a fraude inerentes à prova, pois este segundo problema pode ser prevenido através de medidas interventivas da lei ou ser corrigido através do mecanismo da repetição do julgamento. Discordando da exclusão absoluta deste tipo de prova, Bentham elenca na referida obra alguns exemplos em que o tribunal a deve excepcionalmente adoptar – o que deverá suceder em caso de morte, problemas mentais do depoente ou outras causas objectivas que o impeçam de comparecer em juízo⁴⁰.

IV. Apreciação e impacto

A argumentação de Bentham em matéria de exclusão de prova revela fortes influências do seu pensamento utilitarista aplicado no âmbito do direito probatório, não sendo difícil descortinar, a partir da sua argumentação e crítica ao conteúdo nuclear das teorias de exclusão de prova, que, fora alguns casos

38 Bowring, *supra*, nota 8, p. 484.

39 George F. James, “*Role of Hearsay in a Rational Scheme of Evidence*,” Vol. 34 Illinois Law Review (1940), p. 790-792.

40 Bowring, *supra*, nota 7, pp. 122-126.

excepcionais como a prova irrelevante e supérflua, Bentham adopta uma postura contrária à exclusão de prova. Nas palavras do Autor, “constituindo a prova a pedra angular da justiça, excluir a prova seria afastar a justiça, pelo que toda a exclusão de prova tem de ser suficientemente fundamentada com motivos legítimos”⁴¹. Relativamente à prevenção de erro de julgamento, a exclusão de prova não seria um meio eficaz de prevenção de decisões desacertadas, antes levando a uma maior probabilidade de o juiz emitir decisões erróneas por falta de prova, pois a prova falsa ou incompleta pode mesmo assim ser útil. Pese embora a predominância do critério utilitarista empregue na sua apreciação às regras de exclusão de prova, Bentham não deixa de revelar um outro pensamento seu, respeitante às entidades reais e às entidades fictícias⁴². Na sua obra *Scotch Reform*, o Autor retoma a classificação por ele feita em *A Fragment on Government*, entre “arranjo natural” e “arranjo profissional” para o sistema jurídico, para comparar o sistema processual natural com o sistema processual profissional⁴³. Enquanto o primeiro prossegue os fins do processo judicial – a descoberta da verdade e a realização da justiça –, o segundo é resultado de uma ficção dos juizes e da sua comunidade de interesses em vista de interesses. No tempo de Bentham, o rendimento dos juizes ingleses não provinha do seu salário, mas da cobrança de taxas. Ao abrigo da tradição do precedente, muitos dos regimes processuais, exclusão de prova incluído, não eram estabelecidos pelo legislador, antes uma criação do juiz. Para Bentham, todas estas regras técnicas são criadas pelos juizes e sua comunidade profissional jurídica na procura de interesses e não para a descoberta da verdade, sendo assim contrárias aos fins da justiça. Por esta razão, nos seus estudos sobre o regime probatório o Autor propugna pela revogação das regras de exclusão e das regras de balanço das provas, entre outras regras rígidas e artificiais de natureza técnica, defendendo recorrentemente o estabelecimento de um regime natural, em moldes que permitam um regresso ao sistema processual natural, em restauração dos fins da justiça⁴⁴. Nisto reside também a razão pela qual no âmbito das teorias

41 Ver referência bibliográfica da nota 18, p. 70.

42 Por influência psicológica do seu receio infantil contra espíritos e fantasmas, Bentham começou desde cedo a meditar sobre o real e o imaginário, com base no que veio posteriormente a construir a sua teoria das entidades reais e das entidades fictícias. Entidades reais são entidades que efectivamente existem, incluindo impressões sensoriais e objectos físicos. Entidades fictícias são ditas existir para o propósito do discurso. Cfr., a este respeito, Philip Schofield, *Utility and Democracy: The Political Thought of Jeremy Bentham*, tradução chinesa de Zhai Xiaobo, Law Press, 2010, pp. 1-39.

43 Ver referência bibliográfica da nota 40, p. 163.

44 O sistema natural propugnado por Bentham caracteriza-se pela maximização do acesso à prova por parte do julgador, pois que, sendo imparcial, perante o confronto das partes em cumprimento dos princípios da oralidade, da imediação e do contraditório, não haverá exclusão de qualquer testemunha (incluindo as partes) e da correspondente prova, nem haverá delongas, vexames e custos significativos

da exclusão de prova o Autor defende vigorosamente a vigência de um princípio de não exclusão, no sentido de que, exceptuando casos pontuais, nenhuma prova deve ser excluída.

As críticas dirigidas às regras de exclusão de prova e a outras regras técnicas do regime probatório estão em linha com a repreensão que Bentham faz ao sistema de criação de direito pelos juízes e profissões jurídicas. As opiniões – em certa medida extremas⁴⁵ – de Bentham não foram imediatamente aceites pelos órgãos legislativos e judiciais nos inícios do séc. XIX, mas vieram a originar uma revolução de direito probatório no mundo da Common Law. Nos anos 40 do séc. XIX, sob o impulso de alguns discípulos e seguidores de Bentham⁴⁶, no direito inglês começou-se a repensar e reformar as regras probatórias, até que algumas das ideias de Bentham foram acolhidas pelo legislador, sendo disso exemplo paradigmático a eliminação progressiva de restrições à qualidade de testemunha, como sucedeu na Lei da Prova de 1843 (art. 1.º), em que se deixou de retirar a qualidade de testemunha às pessoas com relação interessada com as partes do processo, consagrando que as testemunhas não perdem essa qualidade por virtude de crime ou de relação interessada com as partes do processo⁴⁷; na Lei da Prova de 1851 (art. 1.º), habilitando as partes do processo a depor na causa⁴⁸; na Revisão à Lei da Prova de 1853 (arts. 1.º e 2.º), em que se deixou de retirar a qualidade de testemunha aos cônjuges das partes do processo, consagrando que, à excepção de processos penais e casos de adultério, os cônjuges das partes podem depor em juízo como testemunhas⁴⁹; e na Lei da Prova Penal de 1898 (arts. 1.º e 2.º), habilitando o réu e o seu cônjuge a deporem em juízo – o réu pode fazê-lo, a seu próprio pedido, estando obrigado a dizer a verdade em resposta às perguntas da parte acusadora, deixando assim de ser protegido pela proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu⁵⁰. Por outro lado, sob a influência e impulso de alguns seguidores de Bentham, como Edward Livingston⁵¹,

a suportar. Ver referência bibliográfica da nota 18, p. 7.

45 Wu Danhong, “Crítica e construção do direito probatório: o pensamento de Bentham e a sua inspiração”, *Global Law Review*, n.º 6 de 2006, p. 709.

46 Dillon, Bentham’s Influence in the Reforms of the Nineteenth Century, *SELECT ESSAYS IN ANGLO-AMERICAN LEGAL HISTORY*, Vol I (1907), p. 510.

47 Evidence Act 1843.

48 Evidence Act 1851.

49 Evidence Amendment Act 1853.

50 Criminal Evidence Act 1898.

51 Henry G. McMahon, *The Proposed Louisiana Code of Practice: A Synthesis of Anglo-American and Continental Civil Procedures*, (1953) 14 Louisiana Law Rev 43.

David Dudley Field⁵² e Joph Appleton⁵³, a partir de meados do séc. XIX iniciou-se nos Estados Unidos uma reforma ao regime das testemunhas, culminando com a eliminação da proibição de depoimento por pessoas com relação de interesse com as partes, e com a consagração expressa da admissibilidade da prestação de depoimento pelas partes nos processos cíveis e penais. As considerações feitas por Bentham relativamente aos factores religiosos e do interesse público foram também acolhidas pelo legislador, ideia que posteriormente viria a ser considerada a fonte dogmática da prerrogativa da dispensa de depoimento por questões religiosas, de interesse público e por parte dos Chefes de Governo no direito probatório dos países de Common Law. Por outro lado, considerando que o fim primordial da justiça consiste na emissão de decisões correctas, a falta de prova causaria um impacto e consequências de longe mais gravosos para a correcção das decisões do que a incorrecção a incompletude da prova, pelo que Bentham desafiou a regra tradicional da exclusão da prova decorrente de boatos, defendendo pela não exclusão absoluta deste tipo de prova. Se bem que este entendimento foi praticamente desconsiderado pela doutrina, pelo legislador e pela jurisprudência do séc. XIX⁵⁴, certo é que a partir do séc. XX os ordenamentos anglo-saxónicos começaram a reconhecer os problemas e as limitações das regras tradicionais de exclusão de prova, tendo então começado a introduzir excepções ao nível legislativo e jurisprudencial, de forma a reduzir o âmbito de aplicação dessas regras de exclusão⁵⁵. Se esta mudança de postura foi ou não inspirada pelos pensamentos de Bentham, é questão que se mantém em aberto, pois entre a exposição da ideia e a efectiva reforma mediou pelo menos mais de um século. De qualquer modo, um ponto é certo – o pensamento e as críticas de Bentham às regras de exclusão da prova decorrente de boatos mostram o visionarismo do Autor já nos começos do séc. XIX.

Embora a teoria da prova judicial de Bentham não tivesse tido a mesma notoriedade que tiveram as suas teorias do utilitarismo e da democracia político-constitucional, a verdade é que, como ficou dito, o direito probatório ora em vigor nos países de Common Law revela várias influências do pensamento de Bentham sobre as teorias da exclusão de prova, o que mostra o impacto e a utilidade da sua

52 Charles Noble Gregory, *Bentham and the Codifiers*, Harvard Law Review, Vol. 13, N.º 5 (Jan., 1900), p. 344-357.

53 Ji Hu, *O Regime do Depoimento do Réu: Estudo Comparado a Partir do Direito Anglo-Saxónico*, Law Press, 2012, pp. 24-25.

54 James H. Chadbourn, *Bentham and the Hearsay Rule. A Benthamic View of Rule 63 (4)(c) of the Uniform Rules of Evidence*, Harvard Law Review, Vol. 75, N.º 5 (Mar., 1962), p. 932-940.

55 *Ibid.*, p. 942-951; Kenneth M. Ehrenberg, *Less Evidence, Better Knowledge*, McGill Law Journal, (2015) Vol. 60, N.º 2, p. 180-183.

teoria da prova judicial para o direito probatório dos tempos que lhe sucederam. Sem prejuízo de ser considerado o fundador do direito probatório contemporâneo, algumas das suas ideias vieram posteriormente a ser criticadas e desafiadas por parte da doutrina, tendo inclusivamente sido abandonadas pelo legislador moderno. Exemplo disso é a sua tese segundo a qual, fora os padres e o governo, qualquer outra pessoa, advogados e cônjuges incluídos, não devem gozar da prerrogativa da dispensa de depoimento, tese que veio a ser contrariada pelo académico inglês Dumont e pelo juiz e revolucionário Thomas Denman. Dumont entendia que, a aceitar-se a tese de Bentham, jamais haveria contratação de advogado pelos réus⁵⁶. Ou seja, se aos advogados não fosse dada a prerrogativa de serem dispensados a depor, o direito de defesa dos réus sairia fortemente prejudicado. A nível legislativo, também as coisas não passaram da forma como Bentham desejava no âmbito da prerrogativa da dispensa de depoimento, tendo-se antes verificado a tendência em sentido contrário, a de alargamento da sua aplicação, como se pode constatar pela evolução do direito probatório ao longo do séc. XX no mundo da Common Law. Por exemplo, no direito inglês para além de se reconhecer a proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu e da prerrogativa da dispensa de depoimento por parte dos advogados, na Lei contra o Desrespeito ao Tribunal de 198 introduziu-se ainda a dispensa de revelação das fontes de informação por parte dos jornalistas⁵⁷. Também em ordenamentos com estreita relação com o direito probatório inglês como os Estados Unidos e o Canadá se ampliaram as regras sobre a dispensa de depoimento. No primeiro caso, consagrou-se na Lei Uniforme da Prova a prerrogativa em 11 diferentes situações, incluindo para os advogados, médicos, cônjuges, padres e segredo comercial; no segundo, estabeleceu-se a proibição de prestação forçada de depoimento em causa própria por parte do réu, bem como a prerrogativa da dispensa de depoimento por parte dos advogados, cônjuges e funcionários públicos. Quanto à prova decorrente de boatos, se bem que as críticas do Autor às regras tradicionais tenham sido atestadas por alguma legislação e jurisprudência anglo-saxónicas do séc. XX, a verdade é que não deixaram de surgir críticas por parte de alguma doutrina, segundo a qual a exclusão do “ouvi dizer” assume a função e utilidade de manter um padrão probatório mais exigente, pois a adopção dessa prova baixaria o padrão cognitivo do julgador relativamente aos factos da causa, levando a uma falta de uniformidade nos padrões usados para julgar os réus nas acções penais⁵⁸. Por outro lado, em toda a sua teoria da exclusão de prova, Bentham não se refere à questão da admissibilidade de prova ilegal,

56 Ver referência bibliográfica da nota 18, pp. 154-156.

57 Contempt of Court Act 1981.

58 Kenneth M. Ehrenberg, *Less Evidence, Better Knowledge*, McGill Law Journal, (2015) Vol. 60, N.º 2, p. 173-214.

mas a partir das suas preocupações com a relevância da prova, celeridade e custos processuais no âmbito da legitimidade de exclusão de prova, e das situações em que o Autor propugna pela exclusão da prova, pode deduzir-se que a prova ilegal não integra o âmbito permitido de exclusão ao abrigo da sua teoria. No entanto, com o advento e posterior evolução dos movimentos de protecção dos direitos humanos a partir do séc. XX, a exclusão de prova ilegal veio progressivamente a tornar-se uma regra probatória penal amplamente reconhecida pela generalidade dos ordenamentos jurídicos.

A despeito de a teoria da exclusão de prova de Bentham ter sido construída a partir do contexto judiciário inglês de séculos passados, e pese embora o facto de nem todas as suas conclusões terem sido acolhidas e adoptadas pelo legislador, com algumas das suas teses inclusivamente distanciadas do direito probatório contemporâneo, a verdade é que nada disso retira o valor da sua teoria da prova judicial. As suas reflexões em torno da problemática da exclusão de prova revelam um certo visionarismo se tivermos presente o momento temporal em que as mesmas foram formuladas, sendo isto também uma das razões pelas quais algumas das suas teses foram posteriormente acolhidas e adoptadas pelo legislador. Na sua argumentação, o Autor revela uma sabedoria de pensamento relativamente ao ser e ao dever-ser do direito probatório, sendo que os pensamentos jurídicos subjacentes mantêm ainda hoje um certo valor de inspiração para avaliarmos e reflectirmos sobre o actual regime da prova judicial:

Em primeiro lugar, a argumentação de Bentham sobre a exclusão de prova com base nos critérios da filosofia utilitarista veio proporcionar uma nova perspectiva para a avaliação e optimização das regras de exclusão de prova existentes e até de todo o regime jurídico-probatório em vigor – o de partir do resultado da acção, firmando como fim último a descoberta da verdade material do caso e a correcta decisão da causa. Tal como sucede noutros países de direito europeu-continental, no ordenamento jurídico do Interior da China não vigora nenhuma lei probatória avulsa, constando as regras probatórias essencialmente das leis do processo civil, penal e administrativo, e ainda das interpretações judiciais, de forma dispersa. Por influência do direito da ex-União Soviética, em todas as três leis processuais se adoptou o modelo legislativo da tipicidade dos meios de prova, dispondo, por exemplo, o art. 63.º da Lei do Processo Civil que “São meios de prova: 1) depoimento de parte; 2) prova documental; 3) prova material; 4) registos de gravação audiovisual; 5) registos electrónicos; 6) depoimento de testemunha; 7) parecer pericial; 8) auto de inspecção”. O impacto deste tipo de opção legislativa para a prática judiciária reside no facto de o tribunal ter de apreciar a licitude formal da prova, o mesmo é dizer que todo o material que não se integre em nenhuma das formas previstas na lei não poderá ser utilizado como prova no processo. Nos anos recentes, com o rápido desenvolvimento social e

das tecnologias informáticas, alguma doutrina tem vindo a questionar e criticar o modelo da tipicidade dos meios de prova⁵⁹. Sob um ponto de vista epistemológico, enquanto as realidades do mundo são ilimitadas, a capacidade cognitiva do ser humano é limitada a cada dado momento histórico por influência de factores subjectivos e objectivos, pelo que não é possível que o legislador elenque todos os meios de prova até à sua exaustão, quando, nas palavras de Bentham, tudo no mundo tem a virtualidade de constituir prova, sob a perspectiva de que entre as realidades existe uma interligação universal. Assim sendo, a tipicidade dos meios de prova circunscreve na verdade em grande medida o âmbito das provas admitidas em juízo, traduzindo-se na exclusão de muito material que potencialmente poderia assumir valor de prova. Sendo a prova a pedra angular da justiça, recorrendo ao entendimento de Bentham, excluir a prova, num sistema actual assente no princípio da prova, seria indubitavelmente afastar a justiça. Torna-se assim evidente a resposta à questão de saber se a futura legislação probatória deverá ou não manter o modelo da tipicidade dos meios de prova.

Em segundo lugar, a grande questão da exclusão de prova reside, a final, num jogo e equilíbrio de valores. Se bem que no seu discurso sobre as regras de exclusão tivesse tido puramente em vista a descoberta da verdade material, partindo do resultado da acção e firmando como fim último a descoberta da verdade material do caso e a correcta decisão da causa, a verdade é que em toda a sua argumentação sobressai um jogo e coordenação entre o fim imediato e o fim mediato da justiça. Não restam dúvidas de que o fim último da justiça a ser prosseguido pela lei e pelo regime probatório foi, é e continuará a ser a descoberta da verdade material e a correcção das decisões. No entanto, a atenção dada pelo Autor ao fim mediato da justiça, à religião e ao interesse público na sua argumentação mostra que, para além da descoberta da verdade material e da justiça material, as decisões em matéria de prova dependerão nalguns casos também da ponderação de outros valores sociais como a celeridade e justiça processuais, os direitos das pessoas e o interesse público. Exemplo e resultado desta harmonização e jogo de valores é a prerrogativa da dispensa de depoimento. Apesar de ter pensado neste ponto, Bentham, infelizmente, não fê-lo trespassar toda a sua teoria de exclusão de prova, a ponto de haver quem entendesse que o Autor omitiu eventuais valores sociais mais importantes que a descoberta da verdade no âmbito da questão da dispensa de depoimento, razão que levou a que algumas das suas teses nesta matéria tivessem sido posteriormente abandonadas pelo legislador. Como ficou dito, a maioria dos ordenamentos jurídicos consagram hoje em dia a prerrogativa da dispensa de depoimento. Na China,

59 Entre nós, o Prof. Chen Ruihua criticou o princípio da tipicidade dos meios de prova no processo penal, em “O conceito de prova e a tipicidade dos meios de prova”, *Journal of Law Application*, n.º 1 de 2012, pp. 24-30.

prevê-se expressamente na lei processual civil (art. 72.º) e penal (art. 60.º) que todo aquele que tenha conhecimento do caso tem o dever de depor como testemunha. Exceptuando o caso dos advogados na lei processual penal (art. 46.º), as regras sobre a prerrogativa da dispensa de depoimento são praticamente inexistentes no regime probatório em vigor. E a razão reside no facto de a lei ter sofrido influências do direito soviético ao tempo da sua elaboração pouco após o estabelecimento do Estado chinês – o primado da descoberta da verdade material constituía a orientação valorativa do regime probatório-processual. Atendendo ao seu contexto temporal, esta opção legislativa podia justificar-se em certa medida no século passado num contexto de economia planificada ou mesmo durante a transição do modelo sócio-económico, mas, após a abertura da China ao exterior, atento o desenvolvimento social, político, económico e cultural, a China conheceu grandes mudanças a nível da estrutura e forma de governação social. A governação segundo a lei e a construção de uma sociedade harmoniosa no contexto da globalização económica requerem que o sistema judiciário, mais do que a descoberta da verdade material, concilie também os interesses de outras pessoas e de outras relações sociais, sendo “reprovável colocar incondicionalmente a descoberta da verdade material acima dos interesses de pessoas alheias ao caso e de outras relações sociais”⁶⁰. O regime legal da prerrogativa da dispensa de depoimento carece de aperfeiçoamento para que se possa proteger certas relações sociais e interesses relevantes. Devemos salientar que, as diferenças de cultura, tradição, valores morais, crença e religião levará necessariamente a que a prerrogativa se manifeste de modo diverso função do contexto social e temporal em que se insere. Embora as críticas de Bentham nesta matéria não tivessem obtido reconhecimento pelo legislador, “o juiz está por lei adstrito a considerar globalmente o impacto negativo que a admissão de uma dada prova trará para outros valores processuais ou sociais – se o benefício que a admissão dessa prova traz para a justiça processual é menor do que o dano causado a outros valores, deve a prova ser excluída. Nisto consiste, precisamente, o cerne do pensamento jurídico-utilitarista de Bentham”⁶¹ e também a maior mensagem que a sua teoria da exclusão de prova nos veio fazer reflectir, designadamente quando chegar o momento para se aperfeiçoar o regime da prerrogativa da dispensa de depoimento do Interior da China.

60 Li Hao, “Os fins do direito probatório civil”, *Chinese Journal of Law*, n.º 5 de 2004, p. 110.

61 Ji Gefei, “Interpretando o pensamento probatório de Bentham na actualidade”, *Law and Social Development*, n.º 6 de 2010, p. 38.

VÁRIA

O MÉDICO E O JUIZ, A SAÚDE E A LIBERDADE DO PORTADOR DE DISTÚRBO MENTAL *

Jerónimo Santos

Juiz de Direito, Tribunal Judicial de Base, RAEM

Resumo: Os modelos e os critérios de decisão subjacentes ao internamento/tratamento do portador de distúrbio mental contra a vontade deste ou independentemente dela situam-se na confluência entre o direito à saúde e o direito à liberdade do referido portador. As situações em que o direito à liberdade deve ceder para prevalecer o direito à saúde e o processo de decisão respectivo reclamam a intervenção de conhecimentos médicos e jurídicos em combinações variáveis de pendor mais ou menos administrativista ou judicial.

A razão legitimadora da privação da liberdade do portador de distúrbio mental com vista ao seu tratamento radica no perigo que de tal distúrbio pode resultar para bens pessoais ou patrimoniais do doente ou de terceiros (nas situações chamadas de internamento de perigo) e nas nefastas consequências que a falta de tratamento pode causar para a saúde do referido portador (nas chamadas situações de internamento tutelar).

O formalismo processual com vista à decisão relativa ao internamento compulsivo está apenas sumariamente regulado na nossa lei, não estando directamente regulado o respectivo processo judicial, remetendo a lei a título

* *Texto que serviu de base a comunicação proferida no âmbito do Workshop sobre tratamento compulsivo organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária em 09/04/2010.*

Tendo em conta a natureza sintética e de discussão do presente workshop, o presente texto constitui uma síntese adaptada do texto anteriormente escrito para a conferência que teve lugar em 07/10/2009, na Clínica de Psiquiatria do Centro Hospitalar Conde de São Januário, organizada pela Comissão de Saúde Mental da RAEM para comemoração dos 10 anos da entrada em vigor da “Lei da Saúde Mental” Erasmo de Rotterdam – Elogio da Loucura.

subsidiário para o código de processo penal. A decisão de internamento é tomada pelo Director dos Serviços de Saúde e sujeita a confirmação judicial posterior, cabendo apenas recurso da decisão judicial que confirme ou recuse confirmar a primeira. A nossa lei optou claramente por um modelo processual de decisão misto, de pendor administrativo e salvaguarda judicial.

Palavras-chave: Portador de distúrbio mental; internamento; tratamento compulsivo; Fundamento legitimador do internamento compulsivo; Pressupostos do internamento compulsivo; internamento de perigo; internamento tutelar.

“Um grego, de cujo nome não me recordo, era do mesmo parecer; e a sua história é tão engraçada que eu até quero contá-la. Esse homem era louco de todas as formas: desde manhã muito cedo até tarde da noite, ficava sentado sozinho no teatro e, imaginando que assistia a uma magnífica representação, embora na realidade nada se representasse, ria, aplaudia e divertia-se à grande. Fora dessa loucura, ele era, em tudo o mais, uma ótima pessoa: complacente e fiel com os amigos; terno, cortês, condescendente com a mulher; indulgente com os escravos, não se enfurecendo quando via quebrar-se uma garrafa. Seus parentes deram-se ao incómodo de curá-lo com heléboro; mal, porém, ele voltou ao estado que impropriamente se chama de bom senso, dirigiu-lhe esta bela e sensata apóstrofe: “Meus caros amigos, que fizeram vocês? Pretendem ter-me curado e, no entanto, mataram-me; para mim, acabaram-se os prazeres: vocês me tiraram uma ilusão que constituía toda a minha felicidade”. Tinha sobras de razão esse convalescente, e os que, por meio da arte médica, julgaram curá-lo, como de um mal, de tão feliz e agradável loucura, mostraram precisar mais do que ele de uma boa dose de heléboro”.

I – Nota introdutória, delimitação e razão de ordem

A reflexão que me proponho partilhar convosco nestes 20 minutos que me cabem deste WORKSHOP subordinado ao tema do tratamento compulsivo respeita à natureza ou modelo da decisão de obrigar o portador de distúrbio mental a submeter-se a tratamento/internamento contra a sua vontade.

Porque se trata de decisão que visa proteger a saúde mental do portador de distúrbio mental contra a vontade deste ou independentemente desta, situa-se

sempre na zona de confluência entre dois direitos, o direito à saúde e o direito à liberdade (de autodeterminação e, por vezes, mesmo de movimentos).

Mas porque a decisão em causa tem este conteúdo biforme, o critério de decisão que serve de fundamento à mesma tem, impreterivelmente, de espelhar esta realidade, de forma que o referido critério de decisão haverá de comportar elementos de ordem exclusivamente médica e elementos de ordem jurídica em sentido restrito, isto é, em sentido normativo. Por isso, no que tange à “parte médica ou de saúde” do critério de decisão (técnico-científica) não pode deixar de atender-se, em maior ou menor grau, à “decisão do médico”. E no que respeita à “parte estritamente jurídica ou de liberdade” do mesmo critério de decisão (normativa) já deverá pertencer ao órgão jurisdicional e ao juiz.

Em tese geral, olhando historicamente e ao direito comparado, encontram-se basicamente três modelos ou processos de decisão: um exclusivamente administrativo, pertencendo apenas às autoridades de saúde a decisão relativa ao internamento/tratamento compulsivo, admitindo-se, ou não, o recurso judicial da decisão das autoridades de saúde; outro exclusivamente judicial, onde o “juízo médico”, caso exista, fica sujeito à livre apreciação do juiz, e outro misto e interdisciplinar, onde o médico e o juiz decidem em colaboração, o primeiro no que respeita “à parte da saúde” e o segundo no que respeita “à parte da liberdade” do critério de decisão. A opção por qualquer um dos modelos ou pela sua adaptação pertence ao campo da política legislativa e de saúde¹, opção essa que em Macau foi corporizada pelo Decreto-Lei n.º 31/99/M, de 12 de Julho, por vezes designado de Lei da Saúde Mental, diploma a que pertencem todos os artigos seguidamente referidos sem menção expressa de origem. Na doutrina, a preferência pelo modelo administrativo revela quase invariavelmente uma valoração da saúde e da segurança superior à que é conferida à liberdade, ao passo que a preferência pelo modelo judicial revela uma maior valoração da liberdade. Uma orientação sanitária e securitária de algum pendor transpersonalista ou supra-individual de um lado e uma orientação mais personalista e mais sensível às liberdades individuais de outro lado.

Dada a exiguidade do tempo disponível será apenas considerada a situação do tratamento/internamento quando a respectiva recusa ou incapacidade para o consentimento provêm de portador de distúrbio mental maior de 14 anos de idade, não interdito nem inabilitado e independente da prática de crime ou da situação de inimputabilidade. Com efeito, as especificidades relativas aos menores de 14 anos e à dispensa do consentimento dos respectivos representantes legais, assim

1 A Recomendação n.º R (83) do Comité de Ministros do Conselho da Europa fixou o princípio de que a decisão de internamento deve pertencer a uma autoridade judicial ou a uma autoridade adequada prevista na lei, podendo, em caso de urgência, caber a um médico.

como a situação dos interditos e inabilitados ou dos arguidos em processo crime não são facilmente sintetizáveis dentro do espírito do presente workshop². Por outro lado, o tratamento/internamento validamente consentido pelo portador de distúrbio mental coloca apenas as questões gerais que se prendem com a intervenção médica e o consentimento informado com ligeiras alterações quando está em causa a psicocirurgia e a electroconvulsivoterapia, vulgarmente conhecida por electrochoques, situações em que a lei exige que o consentimento seja prestado por escrito e acompanhado de parecer médico favorável³.

Pelas mesmas razões e ainda pela sua irrelevância prática em Macau não será considerado o internamento em estabelecimento privado de saúde, previsto, mal na perspectiva do direito a constituir, no art. 12º, n.º 4.

Consideraremos, pois, em primeiro lugar, o “conflito” entre o direito à saúde e o direito à liberdade do portador de distúrbio mental e atentaremos depois na solução legitimadora da intervenção coerciva encontrada na nossa lei, quer na vertente substantiva, quer na vertente processual ou adjetiva.

II – O direito à saúde e o direito à liberdade

Assim delimitado o tema que nos cabe, é oportuno alinhar, em síntese, algumas considerações acerca da legitimação do tratamento/internamento compulsivo do portador de distúrbio mental.

Não é fácil nem isenta de controvérsia a definição de saúde, assim como não é uniforme o seu conceito. No entanto o termo saúde é utilizado em diversos textos legais internos⁴ e de direito internacional. Embora não isenta de críticas e reparos, a definição de saúde que reúne maior aceitação é a que consta da Constituição da Organização Mundial de Saúde como sendo “a state of complete physical,

2 Tivemos recentemente oportunidade de abordar as questões, que agora se deixam de fora pelas apontadas razões de dificuldade de as sintetizar no tempo disponível, em comunicação, ainda inédita, proferida no encontro que teve lugar na Clínica de Psiquiatria do Centro Hospitalar Conde de São Januário, organizado em 07/10/2009 pela Comissão de Saúde Mental da RAEM para comemoração dos 10 anos da entrada em vigor da “Lei da Saúde Mental” sob o título “World Mental Day 2009”.

3 Cfr. art. 4º, n.º 1, al. d) e n.º 2 do DL no 31/99/M (Lei da Saúde Mental) e art. 5º, n.ºs 1 e 3 do DL n.º 111/99/M de 13 de Dezembro que “estabelece um regime de protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina”.

4 A título de exemplo, os arts. 137º e 144º do Código Penal, o DL. n.º 31/99/M (Lei da Saúde Mental), o DL n.º 111/99/M de 13/12 que estabelece o regime jurídico de protecção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina, o DL n.º 7/86/M que aprova a Lei Orgânica dos Serviços de saúde, a Lei n.º 2/2004 sobre prevenção, controlo e tratamento de doenças transmissíveis e o DL n.º 24/86/M que regulamenta o acesso aos cuidados de saúde.

mental, and social well being and nor merely the absence of disease or infirmity”⁵.

O direito à saúde tem assento legal no art. 40º da Lei Básica através da confirmação da recepção das normas de direito internacional constantes no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. O direito à saúde foi assim elevado à categoria de Direito Fundamental com o conteúdo constante do parágrafo 1º do art. 12º do referido Pacto (os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir). Também o DL n.º 111/99/M contém norma, de certo modo programática, sobre o direito à saúde, dispondo que, “tendo em conta os recursos disponíveis, devem ser proporcionadas as medidas adequadas a assegurar o acesso equitativo a cuidados de saúde de qualidade apropriada” (art. 3º), acesso esse regulamentado no DL n.º 24/86/M.

No que tange à saúde mental, o direito à saúde em análise ganha contornos específicos visando assegurar e restabelecer o equilíbrio psíquico dos respectivos titulares, favorecer o desenvolvimento das capacidades para construção da personalidade e favorecer a sua integração social e económica, prevenindo a incidência do distúrbio mental e reabilitando os respectivos portadores (art. 2º do DL 31/99/M).

O portador de distúrbio mental beneficia pois do direito de ver restabelecido o seu equilíbrio psíquico caso existam meios disponíveis e medidas adequadas.

Também o direito à liberdade pessoal recebeu a mesma dignidade de Direito Fundamental, desta vez no art. 28º da Lei Básica⁶, que garante que a liberdade pessoal dos residentes de Macau é inviolável, sendo proibida a sua privação e a sua restrição ilegais. Só sendo admissíveis as restrições previstas na lei, as quais não podem contrariar o disposto nas normas internacionais aplicáveis em Macau (art. 40º da Lei Básica⁷), designadamente o art. 9º do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cívicos e Políticos⁸.

O direito à liberdade pessoal significa o direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido, aprisionado, ou de qualquer modo

5 “O estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” – tradução nossa.

6 “A liberdade dos residentes de Macau é inviolável.
Nenhum residente de Macau pode ser sujeito a captura, detenção e prisão arbitrárias ou ilegais. ... São proibidas ... a privação ou a restrição ilegais da liberdade pessoal dos residentes”.

7 (...) “Os direitos e as liberdades de que gozam os residentes de Macau não podem ser restringidos excepto nos casos previstos na lei” e com respeito pelas disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos económicos Sociais e Culturais e das convenções internacionais de trabalho aplicáveis em Macau.

8 § 1º - Todo o indivíduo tem direito à liberdade e à segurança da sua pessoa. Ninguém pode ser objecto de prisão ou detenção arbitrária. Ninguém pode ser privado da sua liberdade a não ser por motivo e em conformidade com processos previstos na lei”.

fisicamente confinado a um determinado espaço, ou impedido de se movimentar⁹.

Mas também no art. 30º da Lei Básica se consagra um direito à liberdade de conteúdo mais geral, que abrange o direito à formação livre da personalidade enquanto integrador da dignidade humana e que reclama uma liberdade pessoal que liberte da imposição da formação da personalidade segundo planos ou modelos alheios e que conceda autonomia de decisão com vista à realização do Homem enquanto pessoa e à exteriorização dessa mesma realização perante os semelhantes.

O portador de distúrbio mental beneficia pois da liberdade de decidir com autonomia se aceita ou recusa ser tratado, podendo o médico que não respeite a recusa incorrer no crime de intervenção ou tratamento médico-cirúrgico arbitrário previsto e punível pelo art. 150º do Código Penal, o qual remete para o artigo 144º do mesmo código que expressamente considera como acção típica a actuação com intenção curativa da perturbação mental¹⁰.

De um lado o direito à saúde do portador de distúrbio mental enquanto direito de ver restabelecido o seu equilíbrio psíquico caso existam meios disponíveis e medidas adequadas. Do outro lado, o direito de recusar ser tratado e de ser privado da liberdade para o efeito.

O internamento/tratamento forçado do portador de distúrbio mental, isto é contra a vontade ou independentemente da vontade do doente, apresenta-se como uma restrição ou privação da liberdade, pelo que só é admissível quando previsto na lei e se essa lei respeitar as normas internacionais aplicáveis em Macau.

É precisamente neste contexto que releva o Decreto-Lei n.º 31/99/M, de 12 de Julho, pois, nos termos supra expostos, apenas se admitem as restrições à liberdade pessoal que estejam previstas na lei, pelo que a chamada Lei da Saúde Mental tem por primeira missão o respeito pelo princípio da legalidade, no que concerne ao internamento/tratamento compulsivo¹¹.

Quando falamos em internamento/tratamento compulsivo do portador de distúrbio mental, uma pergunta nos assalta o pensamento: porque razão os portadores de outras doenças não podem ser sujeitos a internamento/tratamento compulsivo¹² e os portadores de distúrbio mental podem? Mas a resposta surge intuitivamente: enquanto

9 Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Coimbra 2007, p. 478.

10 Nos termos do art. 4º, al. c), “a pessoa portadora de distúrbio mental, ... goza” do direito de “decidir receber ou recusar as intervenções diagnósticas e terapêuticas propostas, salvo em caso de internamento compulsivo ...”.

11 Além da “regulamentação” do internamento compulsivo do portador de distúrbio mental, o DL n.º 31/99/M estabelece os princípios gerais da política de protecção e promoção da saúde mental.

12 Ressalvam-se as doenças transmissíveis como a tuberculose, a influenza, a lepra, etc. que, por razões de saúde pública podem implicar a vacinação obrigatória, o isolamento obrigatório e o cumprimento de outras medidas de prevenção de ocorrência e de propagação, nos termos regulados na Lei n.º 2/2004.

doenças como o cancro apenas interferem com a esfera jurídica do próprio paciente e não interferem com a formação da sua vontade em termos de esclarecimento e liberdade, a doença mental é susceptível de gerar perigo para a pessoa e o património do próprio paciente e de terceiros e pode tolher a vontade do portador do distúrbio mental¹³. Assim, por princípio, a doença mental deve ter o mesmo tratamento que as demais doenças de outras naturezas, excepto se gerar perigo grave (susceptibilidade de dano de bens jurídicos de relevante valor) ou puder degradar, pela via da incapacidade, a qualidade da vontade do paciente¹⁴. O fim do internamento compulsivo é terapêutico, surgindo a perigosidade e a deterioração acentuada do estado de saúde como condições de legitimação da intervenção coerciva que redundam inofismavelmente numa restrição ou privação de liberdade, a qual nunca pode ser arbitrária¹⁵. Não basta o direito à saúde e o correspondente dever público de a promover para a intervenção compulsiva, é ainda necessário algo mais para a legitimar, ainda que sejam razões de segurança no caso do internamento de perigo e de uma certa indisponibilidade do direito à saúde no caso do internamento tutelar ou, em ambos, uma muito imprópria colisão do direito à saúde e do direito à liberdade.

III – O fundamento legitimador e os modelos de decisão

1 – Breve excuro de direito comparado¹⁶

a) - Breve nota acerca da evolução histórica da concepção sociocultural da doença mental.

- A Idade Média ...
- A Renascença ...
- O liberalismo ...
- A actualidade ...

b) – O controlo administrativo e judicial do direito Francês (Lei n.º 90-527, de 27/07/1990) ...

c) – A exigência de decisão judicial prévia no direito belga após 1990 ...

13 O *telos* da norma que admite esse internamento de portadores de anomalia psíquica é o de proteger a saúde e a vida de terceiros face a situações de perigo concreto causadas pelo cidadão doente – André Pereira, em comentário ao Acórdão da Relação do Porto de 06/02/2002, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Ano 1, n.º 1 – 2004, pág. 141.

14 Daí que se faça a distinção entre os chamados internamento de perigo e internamento tutelar.

15 Vd. Pedro Soares Albergaria, *A Lei da Saúde Mental Anotada*, Coimbra 2003, p. 37.

16 Esta parte do texto anteriormente elaborado foi aqui excluída por imperativos de síntese.

d) – O modelo da convalidação judicial do direito italiano de 1978 (Lei n.º 833 de 23/12) ...

e) – A escassa judicialização no direito espanhol e a inversão de 1983 ...

f) – O modelo de dupla decisão (art. 17º, n.º 5 da Lei n.º 36/98 de 24/07) do direito português ...

g) – O “due process of law” ou processo justo nos textos do Conselho da Europa e da ONU. ...

2 – O Decreto-Lei n.º 31/99/M, de 12 de Julho

2.1 – Vertente substantiva

De acordo com o disposto no art. 8º¹⁷ pode ser internado compulsivamente o portador de distúrbio mental grave em duas situações:

i) - quando recuse submeter-se a tratamento médico e

ii) - quando não tenha capacidade para entender os efeitos da sua decisão de aceitar ser tratado.

No primeiro caso é necessário que o distúrbio mental crie uma situação de perigo.

No segundo caso é necessário que a ausência de tratamento deteriore o estado de saúde.

Ambas as situações exigem o pressuposto comum de existência de distúrbio mental e que o mesmo seja grave.

O conceito de distúrbio mental não é fácil de recortar com precisão, assim com não é fácil de fixar a sua gravidade suficiente para, juntamente com o perigo que provoca ou com a sua capacidade degenerativa, ter efeitos legitimadores da coacção da liberdade.

A linha de fronteira entre o equilíbrio e o desequilíbrio psíquico, entre a normalidade, diversidade, originalidade, excentricidade e a anomalia não são claras nem estanques, mas antes sujeitas à evolução do conhecimento científico, nem sempre uniforme na respectiva comunidade científica, e ao devir históricocultural. Por outro lado não é possível eleger um padrão psíquico de normalidade auxiliador da identificação da anomalia psíquica, pois que por vezes a genialidade e a loucura são confundíveis, também não sendo concebível a figura do Homem psiquicamente puro ou neutro¹⁸. O que se afigura incontornável é que só com recurso ao saber

17 “Pode ser internado compulsivamente o portador de distúrbio mental grave que:

a) Por força do seu distúrbio crie uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial, e recuse submeter-se a tratamento médico;

b) Não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento e a ausência de tratamento deteriore, de forma acentuada, o seu estado de saúde”.

18 “Mas, não será também verdade que a Loucura foi a autora de todas as famosas proezas dos valorosos

técnico-científico se poderá decidir se no caso concreto se está ou não perante distúrbio mental. Por isso se afigura dever ser “adjudicado” ao juízo técnico-científico ou à parte do critério de decisão que atrás se referiu como “de saúde”.

A gravidade do distúrbio mental parece incidível das consequências do mesmo distúrbio¹⁹. Com efeito não se concebe autonomamente a gravidade em termos de facilidade ou dificuldade de cura ou controle, uma vez que não seria aceitável que um distúrbio fácil de curar mas que provoca grande perigo ou é altamente degenerativo não permitisse o tratamento/internamento compulsivo e já o permitisse o tratamento difícil ou impossível de curar ou controlar gerador de perigo mínimo para os bens “típicos”. Crê-se, pois, que a gravidade do distúrbio deve ser medida também pelas possíveis consequências do mesmo avaliadas numa perspectiva técnico-científica e de acordo com os conhecimentos coevos.

2.1.1 - Pressupostos específicos do internamento compulsivo de perigo.

Na primeira das situações em que é admissível o internamento compulsivo do portador de distúrbio mental grave, exige-se que o distúrbio seja causa de:

- Perigo
- para bens jurídicos,
- de relevante valor,
- próprios ou alheios,
- de natureza pessoal ou patrimonial.

A primeira das referidas situações em que é admissível o internamento compulsivo tem sido designada de internamento de perigo por o perigo ser o seu pressuposto distintivo e é a única situação verdadeiramente compulsiva, isto é, contra a vontade do internado. A lei reconhece eficácia jurídica à manifestação de vontade do portador de distúrbio mental grave de não ser submetido a tratamento, mas considera legitimador do afastamento dessa eficácia o facto de o doente poder, por força da anomalia de que padece, criar uma situação de perigo para bens jurídicos de relevante valor²⁰.

O que sejam bens jurídicos e o que seja valor relevante são questões normativas e não técnico-científicas, pelo que constituirão a parte do critério de decisão que atrás se referiu como “de liberdade” que se mostram mais próximas do

heróis que tantos literatos eloquentes elevaram às estrelas?” ...

“Portanto, assim como o cavalo não é infeliz por ignorar a gramática, assim também não o é o louco, pois a loucura é natural no homem” - Erasmo de Rotterdam, Elogio da Loucura.

19 Contra, Cunha Rodrigues, Sobre o Estatuto Jurídico das Pessoas Afectadas de Anomalia Psíquica, in A Lei da Saúde Mental e o Internamento Compulsivo, Coimbra 2000, p. 44.

20 Dúvidas quanto à legitimação da intervenção compulsiva quando estão em causa apenas bens próprios do portador do distúrbio mental in Helder Roque, Uma Reflexão sobre a Nova Lei da Saúde Mental, in A Lei da Saúde Mental e o Internamento Compulsivo, Coimbra 2000, p. 128.

juiz, que é o “garante” da liberdade, do que do médico que é o “garante” da saúde.

O que seja perigo tem uma vertente normativa e uma vertente técnico-científica, cabendo ao médico concluir o que é que, em concreto, o distúrbio mental pode causar, designadamente se pode levar o doente a tomar comportamentos hilariantes e inofensivos na via pública, se o pode levar a injuriar pessoas, a agredilas fisicamente ou ao suicídio, enquanto vertente técnico-científica, e cabendo ao juiz concluir se esse perigo que, de acordo com o juízo técnico-científico, existe, é ou não legitimador da restrição da liberdade.

2.1.2 - Pressupostos específicos do internamento compulsivo tutelar.

Na segunda das situações em que é admissível o internamento compulsivo do portador de distúrbio mental grave, exige-se que o doente:

- não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento e que
- a ausência de tratamento deteriore o seu estado de saúde,
- de forma acentuada.

Nesta segunda situação em que é admissível o internamento compulsivo, que tem sido designada de internamento tutelar, a lei não atribui eficácia jurídica à manifestação de vontade do portador de distúrbio mental grave, nem de receber, nem de recusar ser submetido a tratamento, por o doente não ter capacidade para se motivar quanto ao consentimento ou recusa nem para compreender o alcance da sua decisão, pelo que a deterioração do seu estado de saúde em função da falta de tratamento funcionará como a circunstância legitimadora da intervenção²¹.

Quanto a saber se o portador de distúrbio mental possui ou não o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento e quanto às consequências da ausência de tratamento, não haverá dúvidas que cairá na parte do critério de decisão da “saúde”, pelo que aqui se deve situar a decisão de saber se ocorrerá ou não deterioração do estado de saúde e se o doente tem ou não capacidade de se motivar para, e de compreender, a decisão de aceitar ou recusar o tratamento.

Já no que diz respeito ao grau de deterioração do estado de saúde se nos afigura que se apresenta com uma vertente técnico-científica e com uma vertente normativa. Com efeito apurar o grau da deterioração da anomalia não tratada pertence ao saber técnico, mas decidir se o grau concreto de deterioração previsível atinge o qualificativo legal de acentuado é questão normativa.

Excepto em casos de urgência, não há razão para se recorrer ao mecanismo excepcional do tratamento/internamento compulsivo em lugar de se recorrer aos processos de interdição, inabilitação e, eventualmente, de dispensa do

21 Pedro Soares de Albergaria, op. cit., loc. Cit., fala em “legitimidade mais discutível”.

consentimento dos representantes legais ou do menor com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos²². Assim, a deterioração acentuada do estado de saúde do portador do distúrbio mental derivada da ausência de tratamento tem de ser entendida, no plano normativo, como grave, rápida e irreversível, sob pena de não ser facilmente legitimadora do internamento/tratamento compulsivo tutelar.

2.2 – Vertente adjectiva²³

Visto sumariamente a quem “pertencem”, por natureza, os pressupostos do internamento: se à saúde; se à liberdade; se ao saber técnico-científico; se ao saber jurídico-normativo; se ao juiz; se ao médico, cabe agora ver como foram

22 Como nota anterior, p. 19, onde se defende que a própria lei de saúde mental deve regular um processo expedito de suprimento do consentimento do incapaz de facto.

23 Artigo 12.º (Pedido de internamento)

1. Os pedidos de internamento compulsivo são dirigidos ao director dos Serviços de Saúde de Macau.

2. Quando solicitado o internamento em estabelecimento público de saúde com base em relatório de um médico especialista de psiquiatria, o director dos Serviços de Saúde de Macau pode admitir, provisoriamente, o internamento compulsivo, fundamentando a sua decisão.

3. No caso previsto no número anterior, o director dos Serviços de Saúde de Macau deve submeter, no prazo de 72 horas, a sua decisão à confirmação do tribunal competente.

4. Quando solicitado o internamento em estabelecimento privado de saúde, o processo é remetido pelo director dos Serviços de Saúde de Macau, no prazo de 72 horas, a contar da recepção do pedido, ao tribunal competente, para obtenção da autorização de internamento.

Artigo 13.º (Internamento compulsivo de urgência)

1. O portador de distúrbio mental grave pode ser objecto de pedido de internamento compulsivo de urgência, dirigido ao director dos Serviços de Saúde de Macau, quando se verifiquem os pressupostos previstos no artigo 8.º e exista perigo iminente para os bens nele referidos, decorrente, designadamente, da deterioração aguda do seu estado de saúde.

2. O pedido de internamento compulsivo de urgência tem por finalidade a submissão a avaliação clínico-psiquiátrica, o registo clínico e a prestação da necessária assistência médica.

3. Quando a avaliação clínico-psiquiátrica concluir pela necessidade de internamento e o internando apresentar oposição, o estabelecimento hospitalar comunica ao tribunal competente a decisão provisória de internamento com cópia do relatório de avaliação.

4. Quando a avaliação clínico-psiquiátrica não confirme a necessidade de internamento, o portador de distúrbio mental é, de imediato, libertado com remessa do respectivo processo ao representante do Ministério Público.

5. Quando a situação de urgência ou perigo na demora não permita uma prévia decisão de internamento, qualquer autoridade policial pode proceder à condução imediata do internando a um estabelecimento hospitalar com a especialidade de psiquiatria, lavrando auto com identificação do portador de distúrbio mental e descrição das circunstâncias de tempo e lugar em que se procedeu ao acto de condução.

6. O processo de internamento compulsivo de urgência é igualmente aplicável quando no decurso de um internamento voluntário ou em urgência psiquiátrica se conclua pela verificação dos pressupostos previstos no artigo 8.º

Artigo 14.º (Confirmação judicial)

A manutenção do internamento compulsivo de urgência depende de decisão judicial de confirmação do internamento, a proferir no prazo de 72 horas.

distribuídos no plano processual.

É actualmente reconhecida a relevância do formalismo processual para a protecção dos direitos, preocupação espelhada nos textos de direito internacional do Conselho da Europa e da ONU supra referidos ao reclamarem a intervenção judicial no internamento compulsivo. Seja decretando-o directamente, apenas confirmando-o ou tão só sindicando-o em sede de recurso. As garantias do processo justo vão desde a possibilidade de recurso da decisão que determinou o internamento, à faculdade de requerer a revisão da decisão a qualquer momento, à obrigatoriedade da revisão periódica oficiosa, ao “habeas corpus”, à obrigatoriedade de assistência por defensor²⁴.

O formalismo processual do internamento compulsivo está insuficientemente regulado na nossa lei, carecendo de aperfeiçoamento e não tendo ainda sido publicado o diploma sobre o processo judicial, contrariamente ao que vem disposto no art. 21^o²⁵.

A decisão de internamento é tomada pelo Director dos Serviços de Saúde e sujeita a confirmação judicial posterior, cabendo apenas recurso da decisão judicial que confirme ou recuse confirmar a primeira.

A nossa lei optou claramente por um modelo processual de decisão misto, de pendor administrativo e salvaguarda judicial, fomentador de consenso entre médicos e juizes nos respectivos saberes concorrentes para uma decisão una. Por um lado, a decisão de internamento pertence sempre ao Director dos Serviços de Saúde e por outro, ao eleger, embora com pouca clareza, a parte do Código de Processo Penal relativa ao processo comum com julgamento em tribunal singular como legislação subsidiária (art. 20^o), a Lei de Saúde Mental retirou à livre apreciação do juiz a sindicância dos pressupostos do internamento que tenham natureza técnico-científica, deixando naquela alçada apenas os de natureza normativa. Não o fez no entanto directamente. Porém, sendo aplicável o art. 149^o do Código de Processo Penal, o juízo médico, imprescindível e insubstituível com vista à decisão da verificação de alguns dos pressupostos do internamento compulsivo, presume-se subtraído à livre apreciação do juiz devendo este, sempre que a sua convicção divergir do juízo médico, fundamentar a divergência. Este mecanismo, deixando sempre ao juiz a “última palavra”, acaba, em termos práticos e atenta a urgência do processo (art. 23^o), por retirar da ponderação da

24 O Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 24 de Outubro de 1979 (Acórdão Winterwerp/Holanda), onde se considerou, entre o mais, o direito de o internado questionar e contraditar os relatórios médicos, estabeleceu que é essencial, entre outras, garantir a oportunidade de audição do internado – apud Pedro Correia Gonçalves, O Estatuto do Doente Mental, Lisboa 2009, p. 42.

25 “A tramitação do processo judicial de internamento compulsivo de urgência é regulada por diploma do Governador, a publicar no prazo de 60 dias após a entrada em vigor do presente diploma”.

decisão judicial todos os pressupostos do internamento compulsivo que digam respeito, em termos técnico-científicos, ao direito à saúde²⁶. Maxime no que diz respeito ao internamento de urgência, onde a decisão judicial de confirmação do internamento tem de ser proferida em 72 horas, não se vê com facilidade como o juiz possa alcançar divergência em relação ao juízo médico, fundamentá-la e ainda ponderar os pressupostos de cariz normativo.

Como não se estabeleceu forma de impugnação da decisão do Director dos Serviços de Saúde, não poderia retirar-se totalmente ao juiz o dever de “sobrestar” na verificação dos pressupostos de natureza técnico-científica, deixando assim sempre assegurada uma garantia processual que, crê-se, na prática, é exercida essencialmente por requerimento ou recurso.

No que tange à cessação do internamento e à execução, designadamente através da substituição por tratamento compulsivo em regime ambulatorio, os “poderes” do médico são “autónomos”. Com efeito, o internamento cessa com a concessão da alta médica sem necessidade de intervenção judicial (art. 16º, n.º 2), assim como a sua execução/substituição do tratamento/internamento ambulatorio (art. 15º) e, crê-se, sem lugar a impugnação por via de recurso.

IV – Conclusão

O Direito, movido por uma lógica de racionalidade cartesiana, onde só pela razão se pode chegar à verdade, convive com dificuldades com o desvio mental e os seus portadores, pois que estes se movem por outra lógica que a ciência psiquiátrica melhor estuda e assimila e à qual o direito, habituado a critérios normativos cristalizados em normas jurídicas, dificilmente se molda, conseguindo apenas soluções paliativas²⁷ dos casos concretos.

Num processo de internamento compulsivo, que correu termos no âmbito da actual lei, era pedido o internamento de uma pessoa do sexo masculino que ouvia

26 Segundo Carlos Duarte et al., *Tratamentos Compulsivos em Macau, Os Primeiros Cinco Anos*, Acta Med Port, 2006, 19, p. 73, nos primeiros cinco anos de vigência da Lei da saúde Mental nunca foi recusada pelos tribunais a confirmação judicial dos pedidos de internamentos decididos pelo Director dos Serviços de Saúde.

27 Com inegável acerto e relevância para garantir a dignidade da pessoa com anomalia psíquica, a lei estabeleceu o princípio de que a prestação de cuidados de saúde mental decorra sempre que possível sem privação da liberdade e prioritariamente ao nível da comunidade com vista ao não afastamento do portador de distúrbio mental do seu meio sócio familiar e em meios tão abertos quanto possível (art. 3º e preâmbulo). O internamento compulsivo apresenta-se assim como ultima ratio e deve terminar logo que seja possível o tratamento em liberdade ou que deixem de se verificar os respectivos pressupostos (arts. 15º, n.º 1 e 16º, n.º 1).

vozes que ninguém mais ouvia e o ameaçavam e, por isso, tinha comportamentos que punham em perigo designadamente a sua integridade física e a de outras pessoas, nomeadamente emboscando-se no telhado de casa às vezes a meio da noite. Também recusava ser tratado. Foi ouvido “na fase judicial” do processo respectivo onde constavam pareceres médicos que apontavam, sem dúvidas, para o internamento. Por razões insondáveis para o juiz, o requerido durante a audição teve irrepreensível comportamento e disse de forma convincente e solene que sabia que os tratamentos eram para o seu próprio bem e que os aceitaria. Perante isto e dizendo a lei que, se o internando aceitar o internamento e não houver razões para duvidar da aceitação, o juiz providencia a apresentação deste ao serviço oficial de saúde mental mais próximo e determina o arquivamento do processo (art. 19º, n.º 3 da lei da saúde mental portuguesa, onde o processo correu), assim foi feito, e o processo foi arquivado sem ser determinado o internamento, por obediência à lei e com notório desânimo dos familiares do requerido que vinham sofrendo com ele e por ele. Soube-se no dia seguinte que o internando tinha voltado de noite para o telhado da sua casa e a recusar os tratamentos, ao passo que o processo permanecia no arquivo aparentemente imaculado segundo a clareza racional da lei quanto ao jurídico entendimento da loucura. Este exemplo real mostra de forma simples o melindre da matéria sub iudice no internamento compulsivo de doentes mentais. Mostra também a dificuldade em harmonizar os saberes e os sentimentos dos médicos, dos juizes e dos que convivem com os portadores de distúrbio mental, normalmente os seus familiares próximos. Mostra ainda que a decisão do internamento compulsivo tem de ser interdisciplinar, destinando-se a intervenção do tribunal, em primeiro lugar a acautelar a defesa dos direitos do doente mental e a intervenção do saber médico a auxiliar o tribunal e a defender a saúde, embora, por vezes o consenso seja prejudicado pela dificuldade do diálogo entre saberes diversos, normalmente estando o médico mais preocupado com a saúde e o juiz mais sensível à liberdade. O médico acredita na sua ciência e a sua preocupação é a saúde. Convicto de que o tratamento que propõe pode melhorar ou restituir a saúde mental do seu doente, não concebe bem a eficácia da recusa. O juiz, olhando para os critérios normativos que enformam uma sociedade promotora da realização dos seus membros enquanto pessoas num ambiente de autonomia individual e de autodeterminação, não concebe bem a ineficácia da recusa. Ambos querem defender o doente de possíveis danos. Um na saúde, outro na liberdade. Ambos têm razão, o que os obriga a uma colaborante e cuidadosa ponderação dos bens jurídicos em Jogo.

AS 50 SOMBRAS DO CÓDIGO PENAL: A PROPÓSITO DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NOS CRIMES SEXUAIS*

Vera Lúcia Raposo

Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau
Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Portugal

Resumo:

A criminalização de certas condutas do foro sexual é um fenómeno antigo e que tem persistido ao longo dos tempos. Porém, sofreu grandes alterações em sede da conduta descrita como crime, dos requisitos exigidos para a sanção e da tipologia dos agentes e das vítimas. Estes desenvolvimentos explicam-se, essencialmente, pela alteração da matriz que norteia a criminalização das condutas sexuais, isto é, pela reformulação do bem jurídico em causa.

Com efeito, tradicionalmente a criminalidade sexual fundava-se em sentimentos de pudor e moralidade social (dir-se-á até em sentimentos religiosos), dando corpo a crimes contra os sentimentos gerais de moralidade sexual; porém, nos últimos anos a ideia nuclear passou a ser o respeito pela liberdade de cada um

* O presente artigo corresponde, no essencial, a dois estudos prévios que elaborámos sobre este mesmo tema: “Da Moralidade à Liberdade: o Bem Jurídico Tutelado na Criminalidade Sexual”, in *Liber Disciplinarum para Jorge de Figueiredo Dias* (AAVV), Coimbra Editora, Coimbra, 2003 e “Sexo, Moralidade e Género: Uma Trilogia Diabólica? - (Os Crimes Sexuais no Código Penal de Macau e a Relação entre a Tutela Penal da Autodeterminação Sexual e a Suposta Tutela da Moralidade)”, a publicar pela Universidade de Macau em obra conjunta. Assim, ao longo desta exposição não faremos qualquer remissão para estes dois artigos, mas deixamos desde já a nota de que o conteúdo que se segue inclui trechos das mencionadas obras.

Este texto serviu também de base à comunicação apresentada no Seminário sobre a Revisão do Código Penal - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária, em 3 de Junho de 2016, sob o título “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais”.

no plano sexual, como forma de desenvolver a sua personalidade. Por conseguinte, hoje em dia os crimes sexuais estão preordenados à protecção do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, tal como expressamente resulta quer do Código Penal português (CPpt), quer do Código Penal de Macau (CPm), ainda que em algumas das suas normas – entenda-se, de ambos os Códigos - se vislumbrem vestígios de um passado moralista.

A revisão ao Código Penal que o governo da RAEM tem em curso poderá ser uma oportunidade de aperfeiçoar algumas das normas do Código Penal macaense que ainda se encontram aquém dos princípios da liberdade e da igualdade de género em sede de conduta sexual, princípios estes que teoricamente norteiam o Capítulo V do Código Penal. De facto, pelas propostas sugeridas é de saudar uma intenção reformadora de normas cuja redacção já não se adequa ao tempo presente, nomeadamente a norma que prevê o tipo legal de violação. Porém, nesta reforma vislumbram-se também propostas menos consistentes com o título do capítulo, tal como a introdução de um crime de importunação sexual e a reformulação que se pretende levar a cabo no tipo legal de lenocínio, como veremos adiante.

Palavras-chave: Crimes sexuais; violação; bem jurídico; moralidade; autodeterminação.

1. Breves notas sobre a criminalidade sexual

No que respeita ao quadro jurídico-penal relativo aos crimes sexuais a maior parte dos ordenamentos jurídicos evidencia um recorrente movimento de transição, que parte de uma ideia de moralidade e bons costumes rumo a uma concepção de respeito pela liberdade e autodeterminação sexual da pessoa. Os crimes sexuais começaram por ser erigidos em bastiões da moralidade social, destinados a tutelar uma certa forma de comportamento - nomeadamente no que respeita às mulheres - mas paulatinamente substituíram essa moralidade por demais ultrapassada por valores ligados à liberdade da pessoa. Assim, o legislador aceitou a licitude de comportamentos sexuais anteriormente penalizados (homossexualidade, prostituição), do mesmo passo que criminalizou todas as condutas violadoras do livre desenvolvimento sexual da pessoa.

O vigente Código Penal de Macau ainda não aderiu em toda a linha a esta corrente e em alguns dos seus tipos legais de crime vislumbra-se a presença de mundivências que já há muito deveriam ter sido ultrapassadas. Em contrapartida, o actual Código Penal português (CPpt) é assumidamente adepto das novas concepções em matérias de sexualidade e igualdade de género, ainda que alguns

arrimos jurisprudenciais não tenham acompanhado o pensamento legislativo e teimem em repetir as ideias do passado.

A revisão que se aproxima no Código Penal de Macau poderá revelar-se uma boa oportunidade de colmatar algumas destas lacunas e fragilidades. Mas, em boa verdade, a análise das propostas de revisão que têm sido trazidas a público cria nos juristas – pelo menos naqueles cuja formação jurídica de cariz europeu os leva a pensar o direito tendo como base a liberdade individual da pessoa e o desapego a concepções moralistas da sexualidade - sentimentos contraditórios. Por um lado a revisão permite-nos ficar optimista em relação a alguns pontos, tais como o reconhecimento da gravidade de certos ataques sexuais até ao momento considerados mera coacção sexual, logo, punidos com uma pena mais aligeirada. Mas, por outro lado, o que mais ressalta é o receio de que a revisão acabe por ficar muito aquém daquilo que dela se esperava, e mesmo o temor de alguns retrocessos, nomeadamente em sede de lenocínio e de um suposto crime de “importunação sexual”. Em suma, esta revisão arrisca-se a ser a história do que poderia ter sido.

2. O bem jurídico protegido nos crimes sexuais

No seio de um ordenamento jurídico de pendor conservador a criminalidade sexual aparece-nos essencialmente pautada por critérios de moralidade, não tanto individual mas sobretudo social. Um ordenamento jurídico com estas características assumirá uma postura restritiva face à criminalização de certas condutas no âmbito dos crimes sexuais. Estes apenas serão punidos quando ocorram no seio de uma relação heterossexual e entre pessoas não casadas entre si. Apenas na relação heterossexual porque a homossexualidade configurará, de *per si*, um crime à luz desta perspectiva. Apenas entre pessoas não casadas entre si dado que o casamento funcionava como uma espécie de *carte blanche* para o marido pôr e dispor sexualmente da mulher, justificando-se para tal no clássico débito conjugal. Ou seja, o consentimento para o casamento era entendido como um consentimento genérico para toda e qualquer prática sexual.

O homem surge necessariamente como criminoso e a mulher necessariamente como vítima (a possibilidade inversa era pura e simplesmente descartada). Em certas épocas a virgindade da vítima, quando solteira, chegou a ser exigida, ou, pelo menos, o facto de esta ser mulher honrada. No fundo, as relações entre sexos assemelhavam-se a uma bolsa de valores, na qual a mulher “desflorada” perdia valor comercial, como se de uma mercadoria defeituosa se tratasse¹. No caso do crime de violação a conduta punida restringia-se à cópula, tida como o acto sexual

1 Também neste sentido, Maria Teresa Beleza, *Mulheres, Direito e Crime ou a Perplexidade de Cassandra* (Faculdade de Direito de Lisboa: Lisboa, 1999), p. 498 ss.

por excelência, esquecendo a possibilidade de distintos modos de penetração.

Em contrapartida, os ordenamentos jurídicos conservadores revelavam-se fortemente intervencionistas em relação a outros comportamentos, no fundo, todas aqueles considerados atentatórios do sentimento de moralidade dominante, nomeadamente a homossexualidade, a prostituição² e a pornografia. Ora, estas condutas configuram, quando muito, *crimes without victim*, isto é, trocas voluntárias de bens e de serviços que, mesmo quando punidas por lei, são tolerados na prática, dado o acordo voluntário entre o suposto criminoso e a suposto vítima com vista à realização de interesses comuns. Logo, a sanção criminal revelar-se-á, não apenas inútil, como inclusivamente contraproducente, e mesmo ilegítima³, por violação dos direitos fundamentais dos intervenientes, como sejam o direito a dispor do corpo, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e o direito à liberdade de consciência.

Os crimes sexuais surgiam em Portugal por mão das Ordenações enquanto “crimes morais”, passando a “crimes contra a honestidade” no século XIX, em qualquer nos casos não como crimes contra as pessoas, mas sim crimes contra a sociedade, destinados à tutela do bem jurídico “moralidade social”.

A grande inovação ocorreu com o Projecto do Código de 1982, delineado nos anos 60, no qual se denotam relevantes alterações (por exemplo, deixou de se exigir a prova da virgindade da vítima), conquanto a moralidade permanecesse como o bem jurídico tutelado. Isto mesmo é comprovado pela localização sistemática dos crimes sexuais, ainda inseridos no capítulo dos “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”, sob a denominação de “crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”. Neste capítulo incluíam-se tipos legais mais que duvidosos da perspectiva da protecção de bens jurídico-criminais, tais como o “atentado ao pudor”, o “ultraje público ao pudor” e o “ultraje ao pudor de outrem”⁴.

Foi a reforma de 1995 que se revelou porventura a mais “revolucionária”, nomeadamente porque inseriu estes tipos legais na criminalidade contra as

2 Recorde-se que em Macau tem-se vindo a defender o retorno à criminalização da prostituição como forma de combate à indústria do sexo (<http://ionline.pt/401491?source=social>, 05/09/2015), esquecendo que o problema não é a indústria do sexo em si mesma, mas a participação forçada na referida indústria, a qual já é punida no ordenamento jurídico macaense por via dos crimes de sequestro (artigo 152.º CPM), escravidão (artigo 153.º CPM), tráfico de pessoas (artigo 153.º-A CPM), rapto (artigo 154.º CPM), lenocínio (artigo 163.º CPM) e lenocínio agravado (artigo 164.º CPM).

3 Anabela Miranda Rodrigues, Sónia Fidalgo, “Artigo 169.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I (Jorge de Figueiredo DIAS ed.), 2.ª ed. (Coimbra Editora: Coimbra, 2012), pp. 798 ss.

4 A isto acresce que muitas das penas atribuídas aos crimes sexuais se revelavam pouco mais que irrisórias, ficando muito aquém das sanções previstas para alguns dos crimes patrimoniais.

pessoas, no capítulo destinado à tutela da liberdade e autodeterminação sexuais, valores elevados à categoria de autênticos bens jurídicos. Estes novos bens jurídicos assentam numa ideia de auto-conformação da vida e das práticas sexuais da pessoa. Neste medida são ainda tributários do bem jurídico “liberdade pessoal”, mas desta feita restritos à livre actuação sexual, quer enquanto liberdade sexual negativa perante actos sexuais, quer como liberdade sexual positiva para actos sexuais⁵.

A substituição de uma ideia semi-religiosa de moralidade pelo bem jurídico “liberdade” (sublinhe-se: apenas este, e não o anterior, um autêntico bem jurídico) em muito se ficou a dever ao Professor Figueiredo Dias e à sua ideia de que entre adultos, em privado e havendo consentimento, tudo deve ser permitido⁶ (*a contrario*, reservando a criminalização para práticas sexuais que envolvam menores, tenham sido coactivamente impostas, sejam realizadas de forma pública ou de modo a incomodar terceiros). Nem poderia deixar de assim ser no âmbito de um Estado que se afirma de direito, laico e pluralista⁷. A própria concepção do direito criminal como mecanismo subsidiário de defesa dos bens jurídicos mais essenciais da comunidade concorre para esta configuração dos crimes sexuais⁸. Como já deixámos escrito, “[o]s meros atentados à ordem moral não assumem por si só relevância jurídica, e por conseguinte são impotentes para delinear o

5 Jorge de Figueiredo Dias, “Artigo 163.º”, in *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I (Jorge de Figueiredo DIAS ed.), 2.ª ed. (Coimbra Editora: Coimbra, 2012a), p. 716.

6 “As actividades sexuais cometidas entre adultos, em lugares privados, não serão objecto da lei penal. Adulterio, fornicação, coabitação ilícita, raptos consentidos, relações sexuais, bigamia, incesto, sodomia, bestialidade, homossexualidade, prostituição, pornografia, obscenidades: em todos estes casos a acção da lei penal é excessiva” – Morris & Hawkins, *The Honest Politician's Guide to Criminal Control*, Chicago, 1969, pág. 2, citado por Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal, Sumários das Lições do prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2.ª Turma do 2.º Ano da Faculdade de Direito* (Coimbra, 1975), p. 20, uma ideia que o autor reiterou em vários outros dos seus escritos posteriores: Jorge de Figueiredo Dias, “Lei Criminal e Controlo da Criminalidade”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 36, 1976, p. 88; Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, (orientação a cargo de Figueiredo Dias), Parte Especial, Tomo I (Coimbra Editora: Coimbra, 1999), p. 442; Dias, 2012a, *cit.*, p. 715.

7 Sobre a regulamentação dos crimes sexuais nos Estados modernos, Karl Natscheradetz, *O Direito Penal Sexual: Conteúdo e Limites* (Livraria Almedina: Coimbra, 1985), em especial páginas 41 ss. e 71 ss.

8 “Porque o homem deve ser inteiramente livre nos seus pensamentos, na sua convicção e na sua mundividência – só deste modo constituindo uma sociedade verdadeiramente pluralista – ao Estado falece, por inteiro, legitimidade para impor, oficial e coactivamente, quaisquer concepções morais, para tutelar a moral ou uma certa moral: neste campo tudo deve ser deixado à livre decisão individual” (Jorge de Figueiredo Dias, “Direito Penal e Estado de Direito Material. Sobre o Método, a Construção e o Sentido da Doutrina Geral do Crime”, *Revista de Direito Penal*, 1981, p. 43).

conceito material de crime”⁹.

3. O tipo legal de violação

3.1. O acto sexual punido no crime de violação

No ordenamento penal português o crime de violação começou por se resumir exclusivamente à cópula; porém, na revisão de 1995 equiparou-se à cópula o coito anal, o que permitiu aceitar vítimas do sexo masculino. O âmbito de protecção deste tipo legal sofreu novo alargamento na reforma de 1998, quando à cópula passou a ser igualmente equiparado o coito oral. Ainda assim, o domínio da incriminação continuava a deparar-se com limites, dado que a expressão “coito” pressupõe a penetração peniana, excluindo assim outras possíveis penetrações. Ao invés, a actual consagração do tipo legal de violação no Código Penal português consagra uma previsão bastante ampla, que inclui a penetração por via de qualquer parte do corpo (incluindo o pénis, obviamente) ou objecto, mesmo que este não tenha natureza sexual (ou seja, não tem que se tratar necessariamente de um vibrador). Em suma, o tipo legal de violação, tal como surge hodiernamente no Código Penal português – e tal como acreditamos que deve ser construído – pode ser descrito como qualquer forma de penetração corporal, na linha do modelo francês de violação, e que nos parece nitidamente a boa doutrina.

Em contrapartida, o artigo 157.º do Código Penal de Macau resume a violação à cópula e ao coito anal e, por conseguinte, arrisca-se a deixar de fora agressões sexuais gravíssimas, às quais resta punir por via da sanção mais branda prevista para a coacção sexual¹⁰.

Em suma, enquanto o Código Penal português pune como violação a cópula, mas também o coito anal, o coito oral e ainda a introdução vaginal ou anal de outras partes do corpo ou objectos¹¹; já o Código Penal de Macau apenas aplica a pena mais gravosa da violação à cópula e ao coito anal.

Por isso mesmo, aplaudimos com entusiasmo a opção da reforma ao CPM de incluir o coito oral entre as condutas punidas pelo crime de violação¹².

9 Seguimos aqui os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias, *Temas Básicos da Doutrina Penal* (Coimbra Editora: Coimbra, 2001), p. 55.

10 O Código Penal de Macau pune a violação com uma pena de prisão de 3 a 12 anos, ao passo que prevê para a coacção sexual uma pena de prisão de 2 a 8 anos.

11 Todos estes são também actos sexuais de relevo, simplesmente, dada a sua gravidade mereceram uma criminalização autónoma. Por isso defende Figueiredo Dias (Dias, 2012a: 716) que a coacção sexual é o tipo fundamental e a violação uma sua especialização.

12 Direcção dos Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional – Conselho Consultivo da Reforma Jurídica, Revisão do Código Penal, Crimes contra a Liberdade e Autodeterminação Sexuais, Documento de Consulta, Dezembro de 2015, p. 14 (adiante Documento de Consulta), pp. 8 e 9.

Porém, também nos parece que em sede de reformulação deste tipo legal de crime se deveria igualmente ter reconduzido ao âmbito das condutas punidas qualquer tipo de penetração e por qualquer objecto ou parte do corpo. A opção do legislador de incluir estas condutas num outro tipo legal – o crime de agressão sexual mediante penetração, a constituir em sede de reforma - não nos parece satisfatória. De qualquer modo, compreendemos a justificação invocada de que na cultura chinesa o crime de violação está intrinsecamente ligado ao uso do órgão sexual¹³. Além do mais, dado que com o novo tipo legal as referidas condutas de penetração acabam por ser punidas com a mesma pena que assiste ao crime de violação (pena de prisão de 3 a 12 anos), a diferença entre a penetração peniana e a penetração por meio de qualquer outra parte do corpo ou de um objecto acaba por ser mais teórica do que prática¹⁴.

3.2. A construção sexualizada do crime de violação

Enquanto a violação se restringiu à cópula daqui decorria uma diferença de relevo na configuração deste tipo legal: a vítima não podia deixar de ser uma mulher, como forma de sublinhar que a conduta sexual feminina não era equiparável à masculina. A mulher afirmava-se sistematicamente como vítima e o homem como criminoso. Por conseguinte, uma hipotética violação de um homem seria tratada como coacção sexual, logo, menos severamente punida¹⁵. Mas desengane-se quem pense que esta estrutura legal pretendia salvaguardar as mulheres, bem pelo contrário, visava reprimir a sua conduta sexual e acentuar a discriminação de género.

Ao invés, hoje em dia a tendência vai no sentido de o crime de violação aparecer delineado como um tipo legal neutro, no qual homens e mulheres podem ser autores e vítimas. É certo que ainda hoje há quem advogue a feminização deste tipo legal, uma opinião sobretudo sustentada por certas correntes feministas¹⁶. Uma tal posição já não se hasteia na posição subalterna da mulher, hodiernamente ultrapassada, mas numa diferente ordem de razões: por um lado, no reconhecimento de que ainda actualmente a mulher apresenta uma posição mais frágil na sociedade; por outro lado, na gravidez como eventual consequência de um crime de violação, mas uma consequência restrita a vítimas femininas; por

13 Documento de Consulta, p. 10, 11.

14 *Ibid.*

15 Maria Teresa Beza, “Sem Sombra de Pecado: O Repensar de Crimes Sexuais na Revisão do Código Penal”, *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, I volume (Centro de Estudos Judiciários: Lisboa, 1996), pp. 166, 167.

16 Fala-se, a este respeito, de uma “cultura de violação” e da maior exposição feminina a ataques sexuais. Sobre esta matéria, Beza, 1990: 540 ss. e Beza, 1996: 177, 178.

outro lado ainda, porque socialmente a violação é representada como um crime contra mulheres e, mais do que isso, representaria o acto que melhor define a desigualdade de género.

Pela nossa parte, advogamos a construção neutral deste tipo legal, em nome do princípio da igualdade de género que marca as actuais Constituição (incluindo a Constituição da República Portuguesa e a Lei Básica de Macau) e textos de direitos fundamentais. Além do mais, a realidade revela-nos que cada vez mais existem homens a ser vítimas de ataques sexuais perpetrados em regra por outros homens, mas sem que se exclua violações masculinas cometidas por mulheres.

Foi também à luz de uma ideia de igualdade de género que o Código Penal de Macau construiu a sua incriminação da violação¹⁷. Desde logo, porque se prevê no n.º 2 do artigo 157.º do CPm o coito anal, uma das formas por excelência da violação masculina (ademais, punido exactamente com a mesma pena prevista para a cópula). A neutralidade desta previsão no que respeita ao agente passivo é acentuada pela formulação textual do artigo 157.º/2 do CPm, que descreve a conduta punida da seguinte forma: “coito anal com outra pessoa”, ao invés de “coito anal com mulher”.

Em contrapartida, o n.º 1 deste preceito é claramente uma norma *gender-oriented*. De facto, e uma vez que a cópula pressupõe necessariamente a introdução do pénis na vagina, a vítima da conduta prevista no n. 1 do artigo 157.º do CPm será sempre necessariamente do sexo feminino (o que explica que as duas alíneas do n.º 1 do artigo 157.º utilizem as expressões “tiver cópula com mulher” e “constranger mulher a ter cópula”). Contudo, se no plano da vítima da cópula a incriminação se restringe ao sexo feminino, já no plano do agente do crime de violação materializado na cópula é possível construir o tipo legal em termos neutrais. Efectivamente, esta foi a opção seguida pelo legislador de Macau, que delineou o âmbito de criminalização do artigo 157.º/1 de forma a que não apenas homens possam ser autores deste crime, mas também mulheres. De facto, quando a alínea b) do artigo 157.º/1 descreve a conduta de “constranger mulher a ter cópula com terceiro”, tal significa que uma mulher pode ser punida por violação se usar da coacção para forçar outra mulher a copular com um homem.

Em linha com o já propugnado princípio da igualdade de género, sublinhamos a importância de o crime de violação não se restringir à cópula, mas, ao invés, abranger uma multiplicidade de actos sexuais de relevo. Por um lado, porque a cópula não é sempre nem necessariamente o mais grave delito contra a liberdade e autodeterminação sexual da pessoa. Por outro lado, porque não aceitamos a ideia, insita à restrição da violação à cópula, de que a gravidez

17 Embora, em nosso entender, não tenha levado este raciocínio até às últimas consequências, o que implicaria incluir na violação todas as formas de penetração, na linha da opção seguida pelo Código Penal português.

(cuja única causa no domínio sexual é a cópula¹⁸) é a característica determinante do crime de violação. Embora a gravidez seja uma consequência possível deste crime, não tem capacidade para, por si só, alterar a sua substância, valendo quando muito como um agravante da pena, nos termos do artigo 171.º/3 do CPM. Aliás, se a gravidez tivesse força suficiente para, *de per se*, conformar o tipo legal de violação, este seria um crime contra a autodeterminação reprodutiva e não contra a autodeterminação sexual. A isto acresce que mesmo quando da cópula resultar uma gravidez esta pode não se desenvolver até ao seu termo, seja porque se recorre à chamada “pílula do dia seguinte”, seja porque a mulher aborta, de forma espontânea ou voluntária¹⁹. Por conseguinte, caso se fizesse depender o crime de violação de uma possível gravidez, a consumação do crime teria que ficar dependente de uma circunstância que já não dependeria do seu autor, mas da sua vítima.

Face ao exposto, não podemos deixar de acompanhar a intenção plasmada na reforma do Código Penal de Macau no sentido de tornar o crime de violação num tipo legal sexualmente neutro, passando a incluir qualquer situação em que uma pessoa (homem ou mulher) constranger outra pessoa (homem ou mulher) a um dos actos sexuais de relevo tidos em vista pelo crime de violação²⁰.

3.3. Reconfiguração da vítima do crime de violação

Como já referido, o moderno direito penal sexual admite que os crimes sexuais sejam perpetrados também contra vítimas masculinas. Para além desta reconfiguração da vítima ocorreram ainda outras alterações relevantes relativas às características das vítimas destes crimes, nomeadamente quanto ao seu estado civil e à sua reputação.

No que respeita ao primeiro ponto, sublinhe-se ser hoje ponto assente que uma pessoa casada pode ser violada pelo seu cônjuge, como uma das muitas formas de violência doméstica. A questão tem-se colocado essencialmente face a maridos acusados de violarem as mulheres (sem que se negue a possibilidade oposta), um cenário excluído em certos ordenamentos jurídicos, por partirem do pressuposto de que o casamento configura uma autorização para todos os actos sexuais que venham a ter lugar no seu seio. Esta tese encontra justificação num entendimento ultrapassado do débito conjugal, no qual ao homem cabe o papel activo e dominador e à mulher resta o papel submisso. Neste entendimento, o

18 Isto no que respeita aos actos sexuais de relevo, porquanto pode também resultar de uma procriação artificial não consentida, prevista e punida no artigo 162.º CPM.

19 Recorde-se que o legislador penal considerou o crime sexual como causa de justificação do crime de aborto.

20 Documento de Consulta, pp. 10 e 11.

crime de violação refere-se apenas à cópula ilícita, ao passo que toda a cópula ocorrida no matrimónio será necessariamente lícita²¹, pelo que a violência sexual no casamento não é considerada crime. Ainda hoje os crimes sexuais ocorridos no casamento gozam de aceitação social em certas comunidades, inclusivamente por parte da própria vítima, que frequentemente não se vê a si mesma como vítima de um crime²². Por conseguinte, são raras as queixas por crimes sexuais ocorridos no casamento, não obstante os estudos demonstrarem que a violação praticada por marido ou companheiro é mais frequente do que aquela cometida por estranhos²³. Contudo, à luz de um ordenamento reconhecedor da igualdade de género no seio do casamento e da liberdade sexual de ambos os cônjuges, será imperativamente considerado como crime sexual qualquer conduta que preencha as respectivas tipificações legais, mesmo se praticadas entre cônjuges. Assim sucede no ordenamento jurídico português e, à falta de qualquer ressalva, também no macaense.

O segundo aspecto visa sublinhar que já não exige, como em tempos se exigiu, que a vítima seja mulher casta (a lei usava a expressão “mulher honesta”), pelo que é perfeitamente possível que uma prostituta seja vítima deste crime. O que ainda se denota em certas decisões é a presença de juízos de valor face a alguns comportamentos das vítimas, nomeadamente a sua conduta sexual, o número de namorados que teve ou a roupa que veste. Nenhum destes elementos deveria ter qualquer relevo criminal num ordenamento jurídico que não se paute por critérios de moralidade sexual e apenas poderão relevar na restrita (diremos mesmo, restritíssima) medida em que se possa considerar que a vítima contribuiu de alguma forma para o acto.

4. O futuro tipo legal de importunação sexual

Pretende o legislador da reforma incluir no CPm um suposto tipo legal de importunação sexual, destinado a punir aquilo a que chama de “ofensa indecente”, uma pretensão certamente cheia de boas intenções, mas que se arrisca a introduzir

21 Curiosamente, países tão insuspeitos em termos de igualdade de género, como é o caso da Alemanha até 1997, definiam a violação como o acto de compelir uma mulher a ter sexo extramarital; outro campeão da “igualdade de género”, a Dinamarca, previa a redução da pena de violação quando se tratasse de violação marital e mesmo a exclusão da pena caso a vítima mantivesse o casamento, uma situação só alterada em 2013.

22 S. Dantas-Berger, K. Giffin, “A Violência nas Relações de Conjugalidade: Invisibilidade e Banalização da Violência Sexual?”, *Cadernos de Saúde Pública*, 21(2), 2005, pp. 417–425; P. Mahoney, L. Williams, *Sexual Assault in Marriage: Prevalence, Consequences, and Treatment of Wife Rape*. 2007, at brockbaker.pbworks.com/f/PartnerViolence.pdf.

23 Mahoney & Williams, 2007.

nas relações entre as pessoas uma censura que poderá eventualmente fazer sentido no campo da religião e da moral, mas não no domínio do direito.

O que o legislador de Macau pretende supostamente criminalizar são – segundo a explicação do documento de consulta sobre a reforma²⁴ – “contactos físicos de natureza sexual”. Mas que contactos são esses que não se encontram já punidos pelas demais normas? Diz-nos ainda o documento de consulta que se não de tratar de actos que em abstracto se não podem considerar “actos sexuais de relevo”, mas que apesar disso são susceptíveis de, em concreto, afectar a liberdade sexual da vítima²⁵. Ora, uma vez que o CPM (assim como o CPPT) funda a construção dos tipos de ilícito incluídos na criminalidade sexual na ideia basilar de “acto sexual de relevo”, será que estaremos aqui perante “actos sexuais de menor relevo”? Ou será que não têm mesmo qualquer relevo? Mas, assim sendo, haverá espaço para a sua criminalização? Será que nos arriscamos a fazer depender a aplicação de uma sanção criminal, afinal, a mais gravosa sanção prevista no ordenamento jurídico, da maior ou menor sensibilidade da própria vítima e de um eventual excessivo pudor da sua parte? Mas, se assim for, como compatibilizar esta ideia com a definição de “acto sexual de relevo” avançado por Figueiredo Dias - e genericamente acolhida pela doutrina e pela jurisprudência - como aquele que “de um ponto de vista predominantemente objectivo, assume uma natureza, um conteúdo ou um significado directamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica”²⁶?

É certo, repita-se, que o próprio legislador da reforma explica que o acto tido em vista pelo suposto crime de importunação sexual não corresponde ao “acto sexual de relevo” punido nos restantes tipos legais de crime. Mas a questão é mesmo essa: como pode o legislador penal punir alguma outra conduta que não seja um acto sexual de relevo? Por conseguinte, ou bem que a conduta do suposto agressor está já incluída noutros tipos legais de crime (coacção sexual, ofensas corporais, injúrias) ou então é porque não estamos em presença da violação de um bem jurídico, mas simplesmente de uma conduta desagradável, incomodativa, eventualmente repudiável do ponto de vista do trato social, mas não criminosa.

Ora, este ímpeto legislativo faz lembrar a recente alteração legal que conduziu em Portugal à criminalização do piropo. De facto, a actual redacção do

24 Documento de Consulta, p. 14.

25 Documento de Consulta, pp. 15 e 16.

26 Dias, 2012, pp. 718-719 (porém, algumas críticas a esta definição foram avançadas por Teresa Belega, por considerar que a mesma ainda remete para ideias de pudor e moralidade - Teresa Belega, “O Conceito Legal de Violação”, *Revista do Ministério Público*, ano 15, n.º 59, 1994, p. 55.

artigo 170.º do CPpt²⁷, introduzida pela Lei n.º 83/2015, de 5 de Agosto, determina que será punido com pena de prisão até 1 anos ou com pena de multa até 120 dias aquele que “importunar outra pessoa, praticando perante ela actos de carácter exibicionista, formulando proposta de teor sexual ou contrangendo-a a actos de natureza sexual”. Trata-se de uma infeliz incriminação, que pune como se de um ataque se tratasse o que eventualmente não passa de uma grosseira. Certamente que caberá aos juízes atenuar os excessos da impetuosidade legislativa e agir com a sensatez que faltou ao legislador, mas não deixa de ser caricato que tenhamos caminhado tanto para nos libertarmos dos grilhões do passado e agora eis-nos a recuar no tempo e, mais do que isso, a aplaudir o retrocesso.

Pois bem, o crime de importunação sexual que se pretende fazer constar do CPM reformado arrisca-se a seguir o mesmo caminho de excesso e, por conseguinte, a ser alvos das mesmas críticas.

5. O tipo legal de lenocínio

O lenocínio (art. 163.º e 164.º do CPM) corresponde, *grosso modo*, ao “rufianismo” do Código Penal de 1886.

O artigo 163.º CPM pune aquele que “como modo de vida ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição ou a prática de actos sexuais de relevo, explorando a sua situação de abandono ou de necessidade”, sendo que a prostituição corresponde basicamente à prestação de um serviço sexual mediante um preço.

Em contrapartida, o artigo 164.º CPM pune aquele que, nos casos previstos no preceito anterior, “usar de violência, ameaça grave, ardid ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima”. Esta norma legitima a sua punição no comportamento especialmente gravoso do agente, cuja especificidade se funda em dois requisitos: por um lado, a utilização de certos meios, tais como violência (agressões físicas ou psíquicas), ameaça grave, ardid ou manobra fraudulenta; por outro lado, o aproveitamento da incapacidade psíquica da vítima.

É justo dizer que ambos os preceitos tutelam a liberdade sexual da pessoa, autêntico fundamento dos crimes sexuais.

Ora, o legislador de Macau quer fazer a este respeito uma coisa curiosa: quer pegar no que está bem e quer torná-lo mau. Ou seja, quer transformar uma

27 Sobre a nova redação deste tipo legal *vide*, Daniela Serra Castilho e Ana Paula Guimarães, ‘O Crime de Importunação Sexual no Código Penal Português’, at <http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1342/1/O%20crime%20de%20importuna%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20no%20C%C3%B3digo%20Penal%20Portugu%C3%AAs.pdf>.

incriminação jurídico-penalmente justificada, como a que existe hoje no artigo 163.º do CPm, e copiar a actual versão portuguesa da norma (e que aliás não é apanágio de Portugal, já que a mesma incriminação consta de Códigos Penais de outros países), o artigo 169.º/1 do CPpt²⁸.

A incriminação que o legislador macaense quer fazer vingar pretende criminalizar qualquer conduta por meio da qual alguém, como modo de vida ou com intenção lucrativa, de alguma forma favorecer, fomentar o facilitar o exercício da prostituição por parte de outrem, mesmo que não se verifique qualquer aproveitamento de situações de abandono ou de necessidade. Para tal invoca que este alargamento tem sido o desenvolvimento natural da incriminação do lenocínio em vários países. Mas não vê o legislador como este alargamento se tem prestado a tantas críticas por parte da doutrina?

É certo que o Tribunal Constitucional português tem concluído, em várias das suas decisões, pela não inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º do CPpt, mas, e com todo o respeito pelas decisões deste Tribunal, não me parece que tenha decidido bem.

De facto, parece que o pretenso bem jurídico tutelado pela nova redacção que se pretende dar ao artigo 163.º CPm não coincide com a liberdade sexual, mas sim com valorações morais sobre a condução da vida da pessoa, a quais, obviamente, não atingem dignidade penal. Poderá tal conduta ser condenável no plano moral, mas seria excessivo e desnecessário – princípio da necessidade penal e da carência de pena - puni-la criminalmente, podendo inclusive constituir um atentado contra a autodeterminação por parte de quem se dedica à prostituição. Hoje em dia a prostituição já não constitui um facto criminoso e assim se deve manter, com fundamento na ideia, desde sempre defendida por Figueiredo Dias, segundo a qual as práticas estabelecidas em privado, entre adultos, com o seu consentimento, não cabem na tutela penal. O mesmo vale para aqueles que a facilitem ou apoiem, desde que para tal não façam uso de meios legalmente proibidos.

Basicamente quer-se punir aquele que ganha dinheiro por via da prostituição de terceiros. Uma tal incriminação dirige-se à protecção de uma certa concepção moral sobre a condução da vida pessoal, condenando a exploração profissional ou lucrativa da prostituição. Ora, podendo o proxenetismo ser ética e moralmente censurável, tal não significa que deva ou possa ser elevado ao estatuto criminal. Claro que – e como acentuou o Tribunal Constitucional português - existem valores que cabem conjuntamente à ordem jurídica e à ordem moral. Tudo está em saber se no caso é de um desses valores que se trata. E obviamente que não é. Aliás, o próprio Tribunal Constitucional revela a sua incapacidade para apontar

28 Documento de Consulta, pp. 19-21.

um genuíno valor fundamentador desta incriminação, isto é, um valor diferente da dignidade humana que, como é sabido, hoje em dia se transformou no argumento que se invoca na ausência de uma justificação jurídica pertinente²⁹. Infelizmente nos dias de hoje a dignidade é o não argumento, o reconhecimento da ausência de argumento.

A criminalização das chamadas “casas de meninas” ou “salões de massagem”, para além de atentar contra princípios básicos de uma sociedade pluralista, falha o seu alvo principal – a tutela de uma quimérica moralidade, que hoje não existe e que porventura nunca existiu – e nem sequer confere um mínimo da protecção àqueles que se dedicam a esse modo de vida, porquanto os expõe ainda mais a todos o tipo de brutalidades e vexames.

Sublinhe-se que em Portugal a própria Comissão Revisora, na pessoa do professor Figueiredo Dias, se manifestou a favor da descriminalização desta conduta, afirmando tratar-se de “um problema social e de polícia”³⁰.

Em suma, a revisão que se pretende fazer ao artigo 163.º CPM vai contra os princípios básicos do direito penal, desde logo os princípios da necessidade e da carência de pena, mas também contra um outro princípio que me é muito caro: o separação entre o direito penal e as concepções morais de cada um.

A incriminação só se justifica nas seguintes duas situações: i) quando o agente explora a situação de abandono ou necessidade da vítima (tal como actualmente punido no artigo 163.º CPM); ou quando o agente usar de violência, ameaça grave, ardis ou manobra fraudulenta, ou se aproveitar de incapacidade psíquica da vítima, tal como previsto no artigo 164.º CPM. Qualquer outra incriminação que extravase este restrito âmbito revela-se ilegítima, porque desnecessária.

6. Conclusão: os resquícios do passado quanto aos crimes sexuais

Num sistema jurídico-criminal que se pretende respeitador da esfera de liberdade pessoal de cada um, incluindo obviamente a liberdade no campo dos comportamentos sexuais, não há lugar para um direito penal que impede comportamentos não lesivos da liberdade e autodeterminação sexual das pessoas. Num tempo em que o “pecado”, o “recato” ou o “pudor” já não têm espaço na

29 “Tal perspectiva não resulta de preconceitos morais, mas do reconhecimento de que uma ordem jurídica orientada por valores de justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão de liberdade de acção, situações e actividades cujo “princípio” seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (seja a intelectual, seja a física, seja a sexual), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem” (Acórdão do TC, n.º 144/2004, de 10 de Março).

30 José Mouraz Lopes, *Os Crimes Contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual no Código Penal*, 3.ª edição (Coimbra Editora: Coimbra, 2002), p. 71.

criminalidade sexual, não há lugar para um Código Penal eivado de resquícios moralistas e de censura sexual.

O ordenamento jurídico-penal de Macau está ainda a passar pelo progresso de amadurecimento a que assistimos no ordenamento jurídico-criminal português. De facto, do CPpt desapareceram da descrição típica expressões como “mulher honesta”, “mulher virgem”, “viúva honesta”, “fim desonesto”, “paixões lascivas”, “promessa séria de casamento”, “atentado ao pudor”, “sentimentos gerais de moralidade sexual”, “capacidade para avaliar o sentido moral da cópula” e, a não menos significativa, “desencaminhar menor”. Assim, hoje em dia temos em Portugal um direito penal sexual que se pode considerar um dos mais evoluídos do mundo, porque um dos mais respeitadores dos direitos de liberdade de cada um.

Porém, até num ordenamento tão aplaudido como o português nos surgem momentos menos felizes. Um deles, ainda na memórias de todos os penalistas nacionais, prende-se com a ode ao macho latino. Recordemos para este efeito a tristemente célebre decisão da mais alta instância judicial portuguesa relativa à violação de duas turistas estrangeiras enquanto pediam boleia numa estrada, fundado na suposta “coutada do macho ibérico”:

“(…) não podemos esquecer que as duas ofendidas, raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado «macho ibérico (...) aqui, tal como no seu país natal, a atracção pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não é fácil dominá-la”³¹.

31 “Se é certo que se trata de crimes repugnantes que não têm qualquer justificação, a verdade é que, no caso concreto, as duas ofendidas muito contribuíram para a sua realização. Na verdade, não podemos esquecer que as duas ofendidas, raparigas novas, mas mulheres feitas, não hesitaram em vir para a estrada pedir boleia a quem passava, em plena coutada do chamado «macho ibérico». É impossível que não tenham previsto o risco que corriam; pois aqui, tal como no seu país natal, a atracção pelo sexo oposto é um dado indesmentível e, por vezes, não é fácil dominá-la. Ora, ao meterem-se as duas num automóvel juntamente com dois rapazes, fizeram-no, a nosso ver, conscientes do perigo que corriam, até mesmo por estarem numa zona de turismo de fama internacional, onde abundam as turistas estrangeiras habitualmente com comportamento sexual muito mais liberal e descontraído do que a maioria das nativas” (Supremo Tribunal de Justiça português, processo n.º 040268, decisão de 18/10/1989).

ANÁLISE DA PROPOSTA DE INTRODUÇÃO DE DOIS NOVOS CRIMES SEXUAIS: PROSTITUIÇÃO DE MENOR E PORNOGRAFIA DE MENOR*

Miguel Lemos

Professor Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

Resumo: Este artigo analisa a proposta de introdução de dois novos crimes no Código Penal de Macau: o crime de recurso à prostituição de menor e o crime de pornografia de menor. As soluções propostas – as quais já são hoje, no seu essencial, lei – têm problemas técnicos graves e são constitucionalmente problemáticas à luz do princípio constitucional da utilização da pena privativa da liberdade, e da intervenção do direito penal mais em geral, como a *ultima ratio* da política criminal.

Palavras-chave: Prostituição de menor; pornografia de menor; princípio da proporcionalidade.

Introdução

Em resultado de mudanças mais gerais resultantes do desenvolvimento social e conseqüente desajustamento das disposições do Código Penal sobre

* Texto elaborado com base na comunicação apresentada no Seminário sobre a Revisão do Código Penal - Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais, organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária, em 3 de Junho de 2016, sob o título “Crimes sexuais com crianças”.

crimes sexuais a novas realidades, de uma linha de orientação mais específica no sentido do reforço da protecção dos menores e ainda de obrigações internacionais vindas do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis¹, manifesta-se a intenção legislativa da introdução de dois novos crimes no Código Penal: o crime de *recurso à prostituição de menor* e o crime de *pornografia de menor*. Se na primeira parte desta intervenção a preocupação é a de dar um adequado enquadramento teórico-constitucional à problemática gerada pela intenção manifestada, já o objetivo da segunda parte é o de desenhar a caricatura da coisa fazendo sobressair os seus traços mais desconcertantes.

1. O quadro constitucional da RAEM e, em jeito de introdução, alguns comentários sobre a ‘perturbante inconsciência constitucional-penal macaense’

Apesar da ausência de regime jurídico *específico* na Lei Básica relativo à criança² não ser não importante, deve-se acentuar que – tendo em conta o ‘anteriormente existente’ direito constitucional da criança à protecção da sociedade e do Estado, nomeadamente com vista ao seu desenvolvimento integral³, e a ‘actualmente existente’ multiplicidade de instrumentos internacionais com incidência sobre a criança – surge, à partida, como natural a consideração do valor ‘protecção da criança’ aqui em causa como portador de uma dignidade constitucional bastante a exigir uma intervenção de um legislador atento às mudanças sociais que a afectem. E, com específica atenção à realidade de Macau, facilmente se percebe que se possa distraidamente lançar um primeiro ‘olhar constitucionalmente simpático e tolerante’ para as novas incriminações aqui em causa. Começa-se pela perspectiva constitucional, não só porque esse é o início natural, mas também porque a falta de ‘consciência constitucional’ resultante do documento de consulta é confrangedora. Esta falha não é mais do que a continuação da inacreditável inércia política, judicial, administrativa e legislativa em levar a sério o riquíssimo quadro-jurídico constitucional penal e processual penal da RAEM. Já há muito que se diz que o direito processual

1 Documento de Consulta, pp. 2, 3, 22 e 25. Protocolo em vigor na RAEM, nos termos do Aviso do Chefe do Executivo n.º 12/2003 e Aviso do Chefe do Executivo n.º 15/2008.

2 Mas cf. artigo 38 da LB. De referir ainda a Lei n.º 6/94/M de 1 de Agosto (Lei de bases da política familiar).

3 Artigo 69.º da CRP em 1987 (Infância) 1. As *crianças* têm direito à *protecção da sociedade e do Estado*, com vista ao seu *desenvolvimento integral*. 2. As crianças, particularmente os órfãos e os abandonados, têm direito a especial protecção da sociedade e do Estado, contra todas as formas de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo de autoridade na família e nas demais instituições.

penal é “direito constitucional aplicado”⁴. De forma similar, poder-se-ia dizer que o direito penal é ‘direito constitucionalmente condicionado’, no sentido de que qualquer intervenção criminalizadora com previsão de penas que podem contender com a liberdade das pessoas está limitada pela constituição. E, por isso, a despreocupação constitucional do ‘legislador’ é desconcertante. Por outro lado, esta circunstância não é compensada do lado do poder judicial pois, infelizmente, é difícil de imaginar um juiz local a ter a ‘audácia’ – se confrontado com a alegação de inconstitucionalidade material de alguma destas novas incriminações – de levar a cabo o escrutínio devido. Não é difícil de adivinhar o que um tribunal de Macau diria. E passo a citar, com adaptações, o Tribunal de Segunda Instância (TSI): “[p]ode-se – é certo – discordar [da] opção legislativa [da consagração destes dois crimes], o que se compreende e respeita. Porém, ao Tribunal cabe apenas aplicar o direito”⁵.

Há uma semana atrás dava uma conferência em Portugal por ocasião dos 40 anos da Constituição da República Portuguesa e, porque não dizê-lo, dos *40 anos de um novo quadro constitucional de direito fundamentais em Portugal e em Macau*, e – a propósito da forma como os tribunais da RAEM têm tratado a existência de prisão preventiva automática para certos crimes⁶ – quase que qualificava a jurisprudência local de direito constitucional processual penal com adjetivos pouco agradáveis. Não a qualifiquei porque logo pensei que ia estar aqui hoje. E que seria aqui, nesta escola de juizes, o lugar mais indicado para o fazer. A ‘afrota’ é a seguinte: o juiz de Macau é mesmo só a boca do legislador. Mas só é a boca do legislador ordinário, pois que não liga nada ao que o ‘legislador constitucional’ prescreveu⁷. No que diz respeito ao direito penal constitucional e ao direito processual penal constitucional é exato, no mínimo, dizer que o *status*

4 Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra Editora, 1974, p. 74.

5 Processo n.º 208/2004 Data: 05.08.2004, a propósito da consagração dos delitos incaucionáveis. Cf., também, Processo n.º 166/2004 Data: 29.07.2004.

6 Aquando da aplicação da prisão preventiva nos termos previstos no artigo 193.º do CPP, onde pelo menos aparentemente se prescinde dos requisitos gerais contidos no artigo 188.º do CPP, bem como do princípio da adequação e da proporcionalidade. Sobre isto, Miguel Ângelo Lemos, *Direito à liberdade, prisão preventiva e proporcionalidade, Da inconstitucionalidade quarentenária dos ‘crimes incaucionáveis’ e da privação da liberdade para proteger a investigação nos ordenamentos jurídico-constitucionais da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China e da República de Portugal*, a publicar no Vol II das Actas do 3º Congresso de Direito na Lusofonia.

7 Sobre a necessidade – sublinhada pela Lei Básica no seu artigo 83 – dos tribunais respeitarem a lei, na qual se inclui, em primeiro e destacado lugar, a Lei Básica, cf. Paulo Cardinal, *The judicial guarantees of fundamental rights in the Macau legal system – a parcours under the focus of continuity and of autonomy*, in *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution –: Essays on Macau’s Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Jorge Costa Oliveira/Paulo Cardinal (eds), Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009, p. 261.

quo jurisprudencial macaense é pobre e exasperante.

É verdade, como diz o TSI, que o tribunal só deve aplicar direito. Mas o *Direito* inclui não só as normas de legislação ordinária mas também as normas constitucionais: as mais novas (na Lei Básica) e as mais antigas (as anteriormente vigentes que por serem essenciais continuam vigentes). Convém salientar que, enquanto do ponto 1.4 da versão portuguesa da Declaração Conjunta Luso-Chinesa de 13 de Abril de 1987 resulta que “as leis vigentes manter-se-ão *basicamente inalteradas*”, decorre, mais corretamente, da versão chinesa que o que se mantém inalterado é o *direito fundamental* anteriormente vigente (“*法律基本不變*”)⁸. Ou seja, como não podia deixar de ser pois só assim há sentido para este tratado internacional, as *normas e princípios fundamentais do direito que existia continuam a existir*.

Passando com a transição o problema a ser o de “um país dois sistemas duas constituições”⁹, é fácil afirmar que a obrigação estrita do juiz de Macau é a de, “com uma cabeça de Jano aos ombros”¹⁰, *cumprir a constituição da RAEM e não aplicar normas legislativas que a violem*. Que se tenha notícia nem normas penais, nem normas processuais penais foram desaplicadas por contrárias a normas constitucionais vigentes na RAEM. Desconfia-se que o que explica esta situação é menos o facto do legislador de Macau ser perfeito e mais a circunstância de que os juízes não estão a interpretar correctamente o *como* desempenhar o seu papel.

Dito isto, a primeira tarefa só pode ser a da análise da legitimidade destas duas novas incriminações à luz do princípio constitucional da utilização da pena privativa da liberdade, e da intervenção do direito penal mais em geral, como a *ultima ratio* da política criminal, princípios estes extirpados do mais amplo princípio constitucional da proporcionalidade. Cabe sublinhar que, apesar de não ser ele expressamente mencionado na Lei Básica¹¹, o princípio da proporcionalidade existe “no mundo de valores e de direitos [essenciais] do ‘povo plural’, ou seja, dos residentes de Macau”¹² (isto é, na constituição destes) pois,

8 Declaração Conjunta do Governo da República Popular da China e do Governo da República Portuguesa sobre a Questão de Macau, assinada em Beijing, a 13 de Abril de 1987 (itálicos e sublinhado nas expressões entre aspas acrescentados).

9 Assim, José Gomes Canotilho, “As Palavras e os Homens”, Macau, O Direito, 1994, p. 38

10 Paulo Cardinal, “Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana”, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias/Organ. Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, vol. 3, p. 759.

11 Mas cf. Manuel Costa Andrade, “Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)”, Boletim da Faculdade de Direito, Ano VI, n.º 13, 2002, pp. 210 e 211, sustentando que ele encontra guarida clara no artigo 40 da Lei Básica.

12 Assim, José Gomes Canotilho, “As Palavras e os Homens”, pp. 40 e 41, a propósito da DC, a qual

para além de ser princípio constitucional inerente a qualquer verdadeiro Estado ou Região de direito, é princípio que, enquanto princípio fundamental anteriormente vigente em matéria de restrição de direitos fundamentais, transitou/continuou do ‘antes constitucional’ para o ‘agora constitucional’¹³ e que como tal tem que ser estritamente aplicado por toda a autoridade pública¹⁴.

Em matéria de restrições de direitos fundamentais resultava então do quadro constitucional de 13 de Abril de 1987, que a lei só pode restringir estes nos casos previstos na constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos¹⁵. Daqui derivavam-se já consequências a nível de dignidade penal e carência de tutela penal: só lesões de bem jurídicos superiores que sejam especialmente graves é que legitimam a intervenção penal e esta só é legítima, qual princípio da subsidiariedade, quando os outros meios de reação mais benignos se revelem insuficientes e inadequados¹⁶.

2. As concretas incriminações à luz da dignidade penal e carência de tutela penal

2.1. Os menores que são jovens-quase-adultos são crianças?

Se é verdade que o quadro constitucional em 1987 não oferecia qualquer apoio normativo para precisar o sentido do conceito de ‘criança’¹⁷, certamente que *aquela proteção* é dada às *crianças* e estas não se confundem com os *jovens*, não sendo de, de forma cega, tratar de forma igual a prossecução de políticas

“não ‘declara’ apenas direitos pré-existentes: constitui obrigações para os órgãos do poder político dos Estados subscritores podendo mesmo dizer-se que o caderno de encargos nela inserido transporta mais vinculações para a parte chinesa do que para a parte portuguesa”.

13 Em sentido fundamentalmente idêntico, Paulo Cardinal, *Continuity and Autonomy – Leading Principles Shaping the Fundamental Rights Constitutional System in the Macau Special Administrative Region*, Estudos em Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, pp. 218 e 219. Ideias de estabilidade patentes na Declaração Conjunta e no Esclarecimento do Governo da República Popular da China sobre as Políticas Fundamentais respeitantes a Macau. Assim, José Gomes Canotilho, *As Palavras e os Homens*, p. 38. Cf., também, Paulo Cardinal, “Fragmentos”, pp. 753 e 754.

14 Nuno Brandão *Medidas de Coacção: o Procedimento de Aplicação na Revisão do Código de Processo Penal*, p. 4 (disponível em <https://coimbra.academia.edu/NunoBrand%C3%A3o>).

15 Cf. Artigo 18.º da CRP em 1987.

16 Manuel Costa Andrade, “Constituição e Direito Penal (na perspectiva da Lei Básica de Macau)”, p. 210. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, 2ª ed., pp. 123 a 129.

17 Cf., também, José Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Artigos 1º a 107º, Coimbra Editora, 2007, anotação ao artigo 69.

criminais que contribuam para o desenvolvimento da personalidade dos jovens¹⁸ com *aquele desenvolvimento integral* das crianças, não sendo, a não ser por causa desta distinção, que o próprio Código Penal distingue o ‘abuso sexual de crianças’ do ‘acto sexual com menores’¹⁹. Mas a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989²⁰ (CDC) considera criança indistintamente todo o ser humano menor de 18 anos²¹ e esta circunstância, fruto das novas modas e das opções “politicamente corretas”²², representa uma primeira tentativa de colagem daquela separação entre jovens e crianças, o que pode ajudar a compreender muita da pulsão hodierna para proteger criminalmente as ‘crianças-que-são-jovens-quase-adultas’. E aí está o ponto mais saliente das novas propostas de incriminações de pornografia de menores e de recurso à prostituição de menores, pois que a ‘vítima’ da primeira é *menor de 18 anos* e a da segunda é *menor entre 14 e 18 anos*. No primeiro, a nova incriminação, que na verdade é uma “autonomização”²³, comporta: o alargamento de proteção já existente relativamente à ‘utilização’ pornográfica de menores *a todos os menores entre 14 e 18 anos*; a criminalização de condutas ‘comerciais’ relacionadas com material pornográfico que envolva *menor de 18 anos*, independentemente da existência de intenção lucrativa por parte do agente; a criminalização da mera aquisição ou detenção de material pornográfico que envolva *menor de 18 anos*. No segundo, do que se trata, mais singelamente, é de criminalizar a prática, a troco de pagamento ou outra contrapartida, de sexo ou ato sexual de relevo com *menor entre 14 e 18 anos*.

E é exatamente o âmbito lato das possíveis vítimas destes crimes que suscita muitas perplexidades e dúvidas sobre a legitimidade constitucional de muitos aspetos desta novas incriminações. Visto que é de um documento de consulta que se trata, deixar-se-ão, à procura de explicações, interrogações.

2.2. De facto, há aqui qualquer coisa estranha nas idades

Os agentes do crime não têm que ser maiores? Sendo que a imputabilidade

18 Cf. artigo 70 da CRP em 1987.

19 Artigo 169. Apelidado de ‘estupro’ em caso de cópula (168).

20 Cf. Aviso n.º 85/99, Decreto do Presidente da República n.º 24/98 e Aviso do Chefe do Executivo n.º 5/2001.

21 Salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioria mais cedo (Artigo 1).

22 Maria João Antunes, Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores, Julgar, n.º 12 (especial), 2010.

23 Pois alguns comportamentos por ele abrangidos já eram tipificados enquanto abuso sexual de crianças. Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, 2012, p. 878.

penal é em Macau aos 16 anos²⁴, o que parece resultar das propostas é que um menor que tenha 16 anos pode cometer um crime de pornografia de menores ou um crime de recurso à prostituição de menores relativamente a um menor que tenha 17 anos. Portanto, o reforço da proteção a menores é *tão intenso* que até se criminalizam comportamentos levados a cabo por agentes-menores contra vítimas-menores que são mais velhas!? Não acha o ‘legislador’ que só maiores é que devem poder ser agentes destes crimes²⁵? E pensou o ‘legislador’ sobre se esta sua opção, conjugada com a ‘universalidade’²⁶ proposta, não poderá suscitar alguns embaraços, pela lógica, dificilmente sustentáveis? É que existirão países em que estes crimes serão específicos, só podendo ser praticado por maiores.

E as vítimas podem ter entre 14, 15, ou mesmo 16 ou 17 anos? No quadro legal actualmente existente a ‘maioridade sexual’ parece atingir-se aos 14 anos²⁷. É verdade que existem crimes em que se punem actos praticados com uma parte daqueles jovens, os menores entre 14 e 16 anos²⁸, também crismados de adolescentes²⁹. Mas tão-só se se *abusar da inexperiência destes*, a qual não é presumida. Pelo contrário, a lei assume a liberdade e autodeterminação sexual de um maior de 14 anos, ou, que o ele ou ela ter sexo, ou praticar actos de natureza sexual, já não prejudica o seu “livre desenvolvimento global”. Mas não acabam estes novos crimes por reflexamente limitar essa presunção? Um menor entre 14 e 18 anos continua a ter liberdade para ter sexo, querendo, a troco de pagamento? Parece que não. E então qual é a *autodeterminação*, ou “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”, ou “desenvolvimento sem entraves da identidade sexual do menor” que está aqui em causa? ³⁰ Ou melhor, não há é uma

24 Também de referir é que o menor é emancipado pelo casamento pode ter lugar aos 16 anos. Cf. artigos 120, 121 1479 e 1817 do Código Civil.

25 E porventura também os crimes de acto sexual com menores e estupro.

26 Documento de Consulta, pp. 24 e 29.

27 Segundo Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, Análise Substantiva e Processual, Coimbra Editora, 2015, p. 140, os 14 anos são normalmente entendidos como a fronteira entre a infância e a adolescência, acrescentando que os crimes previstos na secção relativa à autodeterminação sexual no CPP-P “pretendem preservar as condições básicas para que no futuro as crianças e os jovens possam alcançar um desenvolvimento livre da sua personalidade”.

28 Artigos 168 e 169. Problemas específicos colocam o artigo 167 no que diz respeito a educandos e dependentes (sobre os adolescentes enquanto sujeitos passivos do crime de abuso sexual de menores dependentes, cf. Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, p. 165) e o artigo 170 relativo ao lenocínio de menores.

29 Cf., por exemplo, artigo 173 do Código de Processo Penal Português (CPP-P).

30 Cf. as expressões e texto de Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, pp. 711 a 713. Com certeza que a natureza pública dos crimes também terá pouco a ver com a autodeterminação de um qualquer menor. Original parece a opção por manutenção da natureza

hétero-determinação pelo legislador, qual “modelo correcto da sexualidade”³¹ ou “paternalismo penal”³², de quais as boas razões para o menor entre 14 e 18 anos ter sexo ou praticar actos de natureza sexual? Ter sexo já não prejudica o “livre desenvolvimento global” do menor a partir dos 14 anos, mas se for a ‘troco de contrapartida’ já o prejudica? Com o que que se perguntaria qual é então, a existir, o bem jurídico aqui em causa?³³ Então talvez a sugestão deva ser feita de que se acrescente a expressão “abusando da sua inexperiência” ao tipo legal em causa.

E a diferença de idades não deve ter ressonância logo ao nível da previsão legislativa, que não tão só ao nível de determinação da medida da pena por um determinado crime? É que é difícil de aceitar a existência de dignidade penal e carência de tutela penal no cometimento dos actos descritos como pornografia de menores ou prostituição de menores quando eles são praticados por um agente não muito mais velho do que a vítima. Consideração que porventura vale também para os ‘actos sexuais com menores’ quando, por exemplo, o agente tem 16 anos e a vítima 15.

E o consentimento do menor de 16 ou 17 anos vale? Têm-se bem presentes os alertas de que não se deve tentar “meter muita coisa” na lei e que se deve deixar o direito para o juiz decidir³⁴, mas também se deixa aqui o outro alerta de que se o legislador sabe de um problema e não toma posição sobre ele então com toda a certeza que a ideia de que a relutância em invadir a “província do poder legislativo” é uma manifestação adequada de cautela judicial³⁵, não terá aplicação pois que o legislador demitiu-se do seu papel e transferiu-o para o julgador. E aqui essa demissão só poderá ser interpretada como exclusão da relevância do consentimento. Ou não?³⁶

semi-pública dos outros crimes sexuais contra menores. Como se explica esta opção?

- 31 Trondle/Fischer *apud* Figueiredo Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, p. 712.
- 32 Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal, pp. 866 e 867.
- 33 Questionar-se-ia então “se, tudo ponderado, há ou não o retorno a um direito penal sexual tutelar da moral e dos costumes (dos bons costumes)”. Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal, pp. 866 e 867. Aparentemente menos críticos, Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, pp. 180 a 182.
- 34 Comentários do representante francês para a elaboração da Carta do Tribunal Militar Internacional, citado em Hunt, David, “The International Criminal Court High Hopes, ‘Creative Ambiguity’ and an Unfortunate Mistrust in International judges”, *Journal of International Criminal Justice* 2, 2004, p. 59.
- 35 ICJ, Advisory Opinion, Separate Opinion Of Sir Hersch Lauterpacht, *Admissibility of Hearings by the Committee on South West Africa*, 1 de Junho 1956, Parte VI.
- 36 Cf., a propósito do consentimento no crime de pornografia de menores no CPP-P, Mouraz Lopes/Caiado Milheiro, Crimes Sexuais, pp. 201 e 202.

2.3. Punir estas condutas quando praticadas com dolo eventual?

Não se faz qualquer distinção entre comportamentos que são levados a cabo com dolo directo, necessário ou eventual e, assim, propõe-se a criminalização não só do comportamento daquele que tem a intenção mais estrita de ver material pornográfico de menor ou de pagar sexo com menor e assim age de forma ostensivamente contrária aos valores em causa, mas também o daquele que representa a menoridade e/ou carácter pornográfico ou menoridade e/ou carácter ‘comercial-carnal’ como possível e apesar disso, indiferente aos valores tutelados, actua conformando-se com a realização em causa. Não acha o legislador que só comportamentos intencionais é que devem ser punidos?

Então talvez a sugestão deva ser feita de que se acrescente a palavra “intencionalmente”. E que se ela não for seguida, então poderá ser sinal seguro de que o legislador conscientemente tomou a opção pela criminalização também do dolo eventual e que então o que resta para a ‘província do judicial’ é só o de avaliar da constitucionalidade de tal opção pois que o “perigo de legislar” surge não apenas onde o tribunal ensaia legislar mas também onde “falha em aplicar o [D]ireito existente”³⁷.

2.4. Tentativas e necessidade de harmonização de molduras penais

Por outro lado, a tentativa do novo crime de pornografia de menor é sempre punível, e a do crime de recurso à prostituição de menor é punível sempre que estiverem em causa penetrações³⁸. Só para ter a certeza: um miúdo de 18 anos (ou 16 ou 17³⁹) propõe a uma miúda de 17 anos que não arranjou lugar para passar a noite no hotel que ela pode passar a noite lá em casa mas que tem que haver penetração. Ela diz que não. Ou seja, além na nega, coitado do rapaz, ele ainda ‘leva em cima’ com tentativa de crime de prostituição de menores, certo?⁴⁰ Esta punição da tentativa decorre da moldura em caso de penetrações ir até aos 4 anos. E perguntar-se-ia o que leva o ‘legislador’ a querer prever para estes casos um limite máximo de pena acima do limiar material e processualmente importantíssimo dos 3 anos⁴¹? A justificativa quanto a esta elevação até aos 4 anos relaciona-se com a necessidade de harmonização com molduras penais de outros crimes⁴². Justificar

37 ICJ, Advisory Opinion, Separate Opinion Of Sir Hersch Lauterpacht, *Admissibility of Hearings by the Committee on South West Africa*, 1 de Junho 1956, Parte VI.

38 Mas já não outros actos sexuais de relevo.

39 *Supra* 2.2.1.

40 Mas cf. *infra* 2.6.

41 Pense-se, por exemplo, na (im)possibilidade de aplicação do instituto da suspensão provisória do processo.

42 Neste caso os crimes de acto sexual com menores e estupro.

com a harmonização chega⁴³?

E passa-se assim à implícita desnecessidade de harmonização, no âmbito da pornografia de menor, consoante ela diga respeito a menor de 14 anos, menor entre 14 e 16 e menor entre 16 e 18. E, no âmbito da prostituição de menores, consoante ela diga respeito a menor entre 14 e 16 e menor entre 16 e 18.

Não se desvaloriza a desconfiança que se tem relativa à construção de infinitas molduras penais diferenciadas para tudo e mais alguma coisa (o autor desta intervenção vem de uma área de especialização, o direito penal internacional onde molduras destas não existem, vale tudo até à pena morte), mas a verdade é que é este, o das molduras, o sistema instituído e que se pode justificar também com direta derivação constitucional. Pois que o que está em causa não é só a dignidade penal e a carência de tutela penal mas também o grau de dignidade penal e o grau de carência penal cujo respeito pode ser aferido pela análise das molduras penais escolhidas pelo legislador e sua confrontação com o grau de permissão constitucional. Para tornar a ideia mais transparente: apesar de se poder possivelmente defender a compatibilidade constitucional de alguns dos aspectos do crime de pornografia de menores com uma moldura até 5 anos já essa permissão seria violada se a moldura se estendesse aos 30 anos. Em suma: não deverá o legislador distinguir já ao nível da moldura abstrata consoante o acto em causa for relativo a menor de 14 anos, menor entre 14 e 16 e menor entre 16 e 18⁴⁴?

2.5. A propósito em especial da pornografia de menor: o acesso a páginas eletrónicas é/deve ser punido?

O documento de consulta propõe a criminalização da aquisição ou detenção de material pornográfico⁴⁵. À primeira vista isto excluiria a punição do mero acesso. Mas logo a seguir diz que só se incluem condutas dolosas e não se incluem os comportamentos que tenham lugar inadvertidamente, como o “visionamento de figuras automaticamente exibidas quando se acede a uma determinada página

43 É que são comportamentos diferentes que estão em causa, com dignidade e carência de tutela penal diferentes, que pode não ser igual ao crime com o qual se *optou* por proceder a harmonização. É que uma coisa é *abusar da inexperiência* outra coisa é o ‘pagar ou outra contrapartida’. Se o legislador previsse para o novo crime uma pena até 3 anos para penetrações e até 2 anos para outros actos também haveria harmonização. Não haveria é penas iguais, e porque é que havia de haver, para os dois crimes.

44 Em sentido possivelmente negativo, mas num contexto em que o que discute não é propriamente a harmonização mas um “alargamento da agravação”, Maria João Antunes/Cláudia Santos, Comentário Conimbricense do Código Penal - Tomo I, 2ª Edição, 2012, pp. 892 e 893. Cf., também, a diferente relevância dada à idade do menor nos artigos 166 a 172. De interesse é também a análise cuidada da relevância dada às diferentes idades do menor nos artigos 171 a 178 do CPP-P.

45 Documento de Consulta, pp. 26 e 27.

electrónica”⁴⁶, o que já faz supor que o visionamento doloso é punível. Mas como é que este visionamento através do mero acesso pode ser classificado como detenção? O que é isto de deter material pornográfico? A demissão legislativa aqui só poderá ser interpretada como exclusão da punição do acesso. E depois perguntar-se-á se tem algum sentido a punição da detenção e não do acesso. Qual é a diferença em termos de dignidade penal das duas condutas? Se é que alguma delas tem dignidade penal pois que não se está convencido disso, principalmente se esse material for respeitante a ‘jovem’ e não a ‘criança’.

2.6. E, já agora, outras perguntas para o ‘legislador’ a propósito da prostituição de menores

Existe prostituição de menores quando um maior com idade de 18 anos oferecer uns copos por esses Karaoke-bares de Macau com o objetivo de ter sexo com uma menor de 17 anos? Qualquer contrapartida, certo? E oferecer-lhe um anel ou uns sapatos com tal desiderato? E a promessa séria ou não séria de casamento?⁴⁷ E amor? Está o legislador a pensar que a “adequação social” ou a “punibilidade”⁴⁸ ‘salva’ a indeterminação insuportável do conceito de ‘contrapartida’? E basta só uma vez, certo? Portanto, mesmo que seja só uma vez ele é um cliente, certo? E ela é uma prostituta, certo? Talvez se possa tratá-la como ‘a-prostituta-menormas-quase-maior-de(uma)-ocasião’? E que dizer da ‘publicidade’⁴⁹ deste crime? E da sua ‘universalidade’? E de uma associada à outra? Há que fechar então ou não esses antros de prostituição de menores que vão passar a ser os bares/karaokes de Macau frequentados por ‘menores-*quasi*-maiores’? Há que prestar ou não atenção àqueles que voltam de Zhuhai depois de terem oferecido contrapartidas às ‘crianças de Zhuhai de 16 e 17 anos’ e que são encontrados no dia seguinte já do lado de cá depois de terem cometido crimes do lado de lá? É só impressão do autor desta intervenção ou quer-se criar crimes para depois a polícia ter que “fechar os olhos” ao seu cometimento?

2.7. Perguntas finais sobre carência de tutela penal

Para rematar, umas notas sobre a carência de tutela penal. Aqui o juízo é sempre mais difícil, impregnado de considerações sociológicas, estatísticas, etc., que não estão facilmente disponíveis e cujo grau de fiabilidade é sempre discutível. Mas sempre ficam mais perguntas: não existem meios mais eficazes de combater

46 Documento de Consulta, pp. 26 e 27.

47 Um maior de 18 anos promete a um menor de 17 anos casar-se se eles tiverem sexo. Prostituição de menores certo?

48 Cf., em geral, Figueiredo Dias, Direito Penal, pp. 291 a 295 e 668 a 680.

49 Documento de Consulta, pp. pp. 24 e 29.

os dois fenómenos em causa? É o arsenal penal mesmo o ramo do direito mais adequado a estar na linha da frente? Para alguns dos comportamentos em causa não será o arsenal administrativo punitivo mais adequado? Sim, não vale a pena indignação, multas, proibições de acesso a lugares físicos e virtuais, etc... não chegam? E no ramo penal, tem-se mesmo que insistentemente lançar mão das penas privativas de liberdade? Já está bem longe lá atrás o discurso em que se prezavam as virtualidades da multa como alternativa à prisão. Vê-se bem que para estes crimes o ‘pagar em dinheiro’ não é uma consequência jurídica adequada, não é? Haja moralidade, certo? Mas não existe o direito penal só para proteger bens jurídicos? E não é a pena de multa determinada em dias? E é a sua eficácia político-criminal posta em causa só por estarem em causa crimes cometidos contra menores e/ou sexuais? Não é o critério previsto no artigo 64 (“[s]e ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”) norte suficiente nesta matéria? Enfim, porque é que no documento de consulta não há penas de multa em alternativa para estes crimes?

3. Apreciação mais geral

Há quase uma década atrás, acabado de chegar a Macau, e a propósito de duas decisões de entrega de infractores em fuga ao Interior da China e da denegação de direito de recurso num caso a ser julgado em primeira instância pelo Tribunal de Última Instância, dizia, e passo a citar: “A RAEM é de criação recente e de natureza especial, o que faz surgir problemas também eles específicos e de elevada complexidade, para os quais, eventualmente, os atores judiciais ainda não dispõem de instrumentos para a sua adequada resolução. O que eventualmente atenua a severidade de um juízo mais crítico. De qualquer forma, do futuro espera-se diferente, para melhor”⁵⁰.

Ora, desafortunadamente, pouco ou mesmo nada de melhor em relação ao estado da aplicação de direito em termos de direito penal e processual penal. Talvez a RAEM ainda seja jovem, ou se seguir a CDC ainda é criança. Mas em 2018 deixa, definitivamente, de ser criança. E com os seus actuais 16 anos, já seria ‘criminalmente responsável’.

Por fim, e mais uma vez, dirijo-me ao ‘legislador’. Tendo bem presente

50 Miguel Lemos, “Direitos Fundamentais e Processo Penal: o Habeas Corpus, o Direito ao Recurso de Decisão Condenatória e as Funções de Tutela de Direitos Fundamentais do Tribunal de Instrução Criminal”, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa da RAEM, Direitos Fundamentais – Consolidação e Perspectivas de Evolução, Coord. Leonel Alves e Paulo Cardinal, 2016, p. 286.

experiência própria enquanto ‘legislador jovem’ na comissão de reforma do código de processo penal, não me esqueço que um dia, mais tarde, numa aula ao ler a nova redação de um dos processos especiais do código de processo penal, pensei e disse-o alto: ora aqui está um bom exemplo de estupidez legislativa. Mais valia terem estado quietos. Mas aquilo não me soou bem. 5 segundos de pausa e aiai lembrou-se o autor desta intervenção que tinha sido ele a propor tal coisa. Os meus votos são para que este seminário aqui hoje possa ajudar a evitar perplexidades parecidas. E, no que diz respeito aos dois crimes aqui em causa, o desejo de que se continue a discutir sobre se eles são mesmo necessários e se, ao fim e ao cabo, se chegar à conclusão de que não o são, então, e com a certeza do *dever de discussão cumprido*, deixá-los, pura e simplesmente, cair.

THE ACQUISITIONS OF THE CHINESE STATE-OWNED ENTERPRISES UNDER THE EU MERGER CONTROL REGIME: TIME TO REVISIT THE CONCEPTS OF ‘CONTROL’ AND ‘SINGLE ECONOMIC ENTITY’?

Alexandr Svetlicinii*

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Macau

Abstract: The acquisitions notified by the Chinese state-owned enterprises (SOEs) under EU merger control regime have raised a number of questions as to the suitability of the current merger control rules and standards applied by the EU Commission for the ex ante assessment of the likely impact of such transactions on competition in the EU Internal Market. The present paper provides an overview of the EU Commission’s practice to date with special focus on the concepts of “single economic entity”, “decisive influence” and “control” that have been applied by the EU Commission in the cases involving Chinese SOEs.

With the rapidly unfolding China’s “One Belt, One Road” initiative and the ongoing reform of the state-owned enterprises (SOEs), the number of overseas acquisitions by the Chinese SOEs in various industrial and services sectors is constantly on the rise. Besides the national security review, which is a subject on its own, these acquisitions have raised a number of questions in terms of assessment of market concentrations’ potential impact on competition and challenged the

* LL.M (CEU), MRes (EUI), PhD (EUI); e-mail: AlexandrS@umac.mo. The author acknowledges the support from the University of Macau Multi-Year Research Grant MYRG2015-00210-FLL “The challenges and perspectives for the global proliferation of competition law: the case of Macao SAR”.

traditional assessment tools employed by the merger control regimes. The proposed presentation examines the evolving experience of Chinese SOEs' acquisitions in the European Union (EU), which were subject to *ex ante* assessment under both EU and national merger control regimes. The analysis of the merger assessment practice of the EU Commission culminating in the recent conditional approval of the *ChemChina/Syngenta* merger indicates that the traditional assessment tools such as "single economic entity" and "control" applied to the acquisitions by Chinese SOEs may be no longer adequate to capture the extent of their potential effect on competition. The review of the merger cases including the application of the "worst case scenario" when determining the relationship between the state and its SOEs cannot serve as a long-term solution and does not provide sufficient legal certainty to the merging parties as well as to the competition authorities in Europe and beyond, which are faced with the growing number of acquisitions and growing market shares of the SOEs in various industries. The presentation explores possible ways of modifying the interpretation of the above mentioned legal concepts in order to reflect the economic and legal realities of the commercial conduct of the SOEs on the global markets. It is argued that the lack of adequate competition law assessment tools may lead to further expressions of economic nationalism and the adoption of more arbitrary legal assessment tools thus decreasing predictability and legal certainty to all parties concerned.

Keywords: Competition law; merger control; China; European Commission; SASAC; state-owned enterprise; Belt and Road Initiative; single economic entity; economic concentration; state control; state ownership.

Introduction

In 2013 the Chinese President Xi Jinping has officially unveiled the Belt and Road Initiative at the Nazarbayev University in Astana.¹ This grand strategy labelled as "globalization with Chinese characteristics"² has promptly become one of the top priorities for China's foreign policy discussed at the

1 Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China, *President Xi Jinping Delivers Important Speech and Proposes to Build a Silk Road Economic Belt with Central Asian Countries* (7 September 2013), http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/topics_665678/xjpfwzysiesgjtfhshzzfh_665686/t1076334.shtml.

2 See e.g. Jason Zukus, *Globalization with Chinese Characteristics: A New International Standard?* *The Diplomat* (9 May 2017), <https://thediplomat.com/2017/05/globalization-with-chinese-characteristics-a-new-international-standard/>.

Periphery Diplomacy Work Forum in October 2013.³ On 28 March 2015 with the endorsement of the State Council, the National Development and Reform Commission, the Ministry of Foreign Affairs, and the Ministry of Commerce have jointly released the Action Plan on the Belt and Road Initiative.⁴ One of the cooperation priorities is unimpeded trade, which implies the improvement of the investment and trade facilitation and removal of the recurrent investment and trade barriers. The grand strategy provides for USD 900 billion in planned investments in infrastructure across Central and South Asia, the Middle East, and Central and Eastern Europe (CEE).⁵ Chinese investments in CEE are planned under the so-called “16+1” framework, which brings together eleven EU Member States and five Balkan nations aspiring for EU membership.⁶ The first examples of such investments include the Port of Piraeus, and high-speed railways from Piraeus to Budapest via Belgrade.⁷

Another important direction for the Chinese outward foreign direct investment (OFDI) is “Made in China 2025” strategy launched in 2015, which aims at modernization of the Chinese manufacturing sector and should lead to the gradual replacement of foreign technologies with Chinese ones in the domestic market and the increased presence of Chinese technology companies

-
- 3 See e.g. Michael D. Swaine, “Chinese Views and Commentary on Periphery Diplomacy” (2014) *China Leadership Monitor* 44 <http://www.hoover.org/sites/default/files/research/docs/clm44ms.pdf>; Michael D. Swaine, “Xi Jinping’s Address to the Central Conference on Work Relating to Foreign Affairs: Assessing and Advancing Major-Power Diplomacy with Chinese Characteristics” (2015) *China Leadership Monitor* 46, <http://www.hoover.org/sites/default/files/clm46ms.pdf>.
- 4 State Council, *Full text: Action plan on the Belt and Road Initiative* (30 March 2015), http://english.gov.cn/archive/publications/2015/03/30/content_281475080249035.htm.
- 5 See The Hague Centre for Strategic Studies, *A Road to Riches or a Road to Ruin? The Geo-economic Implications of China’s New Silk Road* (15 August 2017), https://hcss.nl/sites/default/files/files/reports/Geoconomics_Behind_OBOR_FINAL%20%283%29.pdf, p. 3. The financial support for the Belt and Road projects will be provided by the Asian Infrastructure Development Bank (with USD 100 billion in authorized capital), the New Development (BRICS) Bank, the New Silk Road Fund (with USD 40 billion capital), Investment Cooperation Fund between China and Central and Eastern European countries (USD 3 billion), etc.
- 6 The “16+1” forum brings together the following states: Albania, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Macedonia, Montenegro, Poland, Romania, Serbia, Slovakia, and Slovenia. See Cooperation between China and Central and Eastern European Countries, <http://www.china-ceec.org/eng/>.
- 7 See Gisela Grieger, *One Belt, One Road (OBOR): China’s regional integration initiative* (European Parliamentary Research Service, July 2016), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586608/EPRS_BRI\(2016\)586608_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/586608/EPRS_BRI(2016)586608_EN.pdf).

on international market.⁸ One of the methods by which these objectives are being pursued is the state-guided and state-supported investments abroad resulting in the acquisition of foreign high-tech companies. According to the report by Mercator Institute for China Studies, the EU continues to be a favorite destination for Chinese investors, with 2016 seeing a 77% increase in Chinese OFDI compared to 2015.⁹ The advanced manufacturing sector has been the primary target of Chinese acquisitions with Germany and United Kingdom seeing the bulk of Chinese OFDI flows.

For the substantial part, these investments have been made by the Chinese national champions – the state-owned enterprises (SOEs) under supervision of the State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council (SASAC) and backed by the capital from the state-owned banks and financial institutions.¹⁰ In the words of the Chinese Premier Li Keqiang, “Chinese SOE’s participation in global cooperation on production capacity, especially through the newly introduced Silk Road Economic Belt and the 21st Century Maritime Silk Road, will benefit not only the Chinese economy but also other economies.”¹¹

In the EU these acquisitions of the Chinese SOEs’ have been assessed by the EU Commission under the merger control regime under the EU Merger Regulation.¹² The EU merger control rules require any economic concentration reaching the “Community dimension” thresholds¹³ to be notified and cleared by the EU Commission. In 2011 after clearing a string of acquisitions by Chinese SOEs the EU Commissioner for Competition Policy Joaquín Almunia emphasized that the EU Commission’s “analysis is based on competition considerations only, and is irrespective of the nationality of the companies”.¹⁴ Nevertheless, the

8 See e.g. Mercator Institute for China Studies, *Made in China 2025: The Making of a High-Tech Superpower and Consequences for the Industrial Countries* (December 2016), https://www.merics.org/fileadmin/user_upload/downloads/MPOC/MPOC_Made_in_China_2025/MPOC_No.2_MadeinChina_2025.pdf.

9 Mercator Institute for China Studies, *Record Flows and Growing Imbalances: Chinese Investment in Europe in 2016* (January 2017), https://www.merics.org/fileadmin/user_upload/downloads/MPOC/COFDI_2017/MPOC_03_Update_COFDI_Web.pdf.

10 See e.g. Ivana Casaburi, *Chinese Investment in Europe 2015-16*, ESADE China Europe Club, <http://itemsweb.esade.edu/wi/documentos/prensa/Chinese%20investment%20in%20Europe.pdf>.

11 Xing Zhigang, Li calls on SOEs to keep ‘going global’, *China Daily* (21 September 2015), http://europe.chinadaily.com.cn/business/2015-09/21/content_21931678.htm.

12 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EU Merger Regulation), OJ L 24, 29.1.2004, p. 1–22.

13 EU Merger Regulation, Article 1.

14 Joaquín Almunia, Policy Objectives in Merger Control, speech/11/561, Fordham Competition

transactions notified by the Chinese SOEs have raised a number of questions as to the suitability of the current merger control rules and standards applied by the EU Commission for the *ex ante* assessment of the likely impact of such transactions on competition in the EU Internal Market. The present paper provides an overview of the EU Commission's practice to date with special focus on the concepts of "single economic unit", "decisive influence" and "control" that have been applied by the EU Commission in the cases involving Chinese SOEs.

(1) EU Merger Control and State-Owned Undertakings

The EU Merger Regulation proclaims the general principle of non-discrimination between the public and the private sectors: "In the public sector, calculation of the turnover of an undertaking concerned in a concentration needs, therefore, to take account of undertakings making up an economic unit with an independent power of decision, irrespective of the way in which their capital is held or of the rules of administrative supervision applicable to them".¹⁵ According to the Jurisdiction Notice, "whether the operation is to be regarded as an internal restructuring depends in turn on the question whether both undertakings were formerly part of the same economic unit".¹⁶ Therefore, "a merger or an acquisition of control arising between two undertakings owned by the same State (or the same public body) may constitute a concentration if the undertakings were formerly part of different economic units having an independent power of decision. If this is the case, both of them will qualify as undertakings concerned although both are owned by the same State."¹⁷

The existence of a single economic unit is decided on the basis of the independent power of decision that such unit should be able to exercise. In the case of SOEs, the Notice clearly distinguishes between the powers exercised by the state as a public authority and its powers of a controlling shareholder exercised over the SOE.¹⁸ The regulatory powers of the state exercised in the

Conference (8 September 2011), http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-11-561_en.htm?locale=en.

15 EU Merger Regulation, recital 22.

16 Jurisdictional Notice, para 52.

17 Jurisdictional Notice, para 153.

18 Jurisdictional Notice, para 53: "the prerogatives exercised by a State acting as a public authority rather than as a shareholder, in so far as they are limited to the protection of the public interest, do not constitute control within the meaning of the Merger Regulation to the extent that they have neither the aim nor the effect of enabling the State to exercise a decisive influence over the activity of the undertaking.

public interest are not regarded as control within the meaning of the EU Merger Regulation. According to the Notice, “where a State-owned company is not subject to any coordination with other State-controlled holdings, it should be treated as independent”.¹⁹ Therefore, the identification of the single economic unit in cases involving SOEs and/or their substantive will be essential for the jurisdictional aspects of the EU merger control regime: (1) the ascertaining whether the notified transaction constitutes an economic concentration of previously independent undertakings; and (2) the calculation of annual turnover of the companies included in the “single economic unit” in order to determine the existence of “Community dimension”. The identification of the “single economic unit” will be also important for the subsequent assessment of the concentration’s likely effect on competition under the “significant impediment to effective competition”²⁰ test.

The identification of the “single economic unit” involving SOEs can be exemplified by *Rosneft/TNK-BP* merger cleared by the EU Commission in 2013.²¹ Rosneft was a Russian oil company indirectly controlled by the Russian State through a 75.16% of its shares held by OJSC Rosneftgaz, a wholly-owned Russian SOE. The EU Commission concluded that Rosneft cannot be deemed to have an independent power of decision from the Russian State for the following reasons: (1) the members of the board of directors are appointed and removed by the controlling shareholder, which is Russian State; (2) the members of the current board of directors were concurrently members of other Russian SOEs (interlocking directorships); (3) the state-nominated members of the board of directors were required by law to cast their vote in accordance with any directives issued by the Russian Government.²² As a result, in its competitive assessment the EU Commission considered a scenario where Rosneft and other Russian SOEs were considered to be part of a single economic unit. The *Rosneft/TNK-BP* case can be viewed as typical in terms of the EU Commission’s approach to evaluation of regulatory and corporate governance frameworks when identifying a single economic unit that includes SOEs. The following review identifies the challenges of applying this approach in cases involving SOEs controlled by the Chinese State.

(2) Chinese SOEs’ acquisitions under the EU Merger Regulation

Bluestar/Elkem was among first such cases where the EU Commission examined the acquisition of the Norwegian company Elkem SA, active in the

19 Jurisdictional Notice, para 194.

20 EU Merger Regulation, Article 2.

21 Case No. COMP/M.6801 *Rosneft/TNK-BP*, decision of 8 March 2013.

22 COMP/M.6801, para 7.

production and sale of silicon related materials such as silicon metal, ferrosilicon and microsilica, by China National Bluestar Group.²³ Bluestar was a subsidiary of China National Chemical Corporation (ChemChina), an SOE wholly owned by the Chinese State and controlled by the SASAC. The EU Commission set out to establish whether ChemChina is an independent economic unit or whether it belongs to a wider economic unit encompassing all Chinese SOEs. The EU Commission considered among others the following factors: (1) the possible power of the state to influence the SOEs' commercial strategy; (2) the likelihood for the state to coordinate the commercial conduct of SOEs; (3) the existence and degree of interlocking directorships between SOEs; (4) the existence of adequate safeguards ensuring that commercially sensitive information is not shared among SOEs.²⁴

In relation to the above mentioned criteria the merging parties argued that: (1) SASAC exercises only basic ownership functions as a non-managerial trustee representing the state; (2) SASAC does not interfere with the strategic decision-making of ChemChina such as approval of the business plan or budget; (3) SASAC does not request commercial information from ChemChina.²⁵ The parties also attempted to differentiate between the central SASAC and regional SASACs advancing the following arguments: (1) central SASAC has no operational control over regional SASACs; (2) regional SASACs are supposed to act primarily in their own interest; (3) managerial appointment authority for regional SASACs resided with the local governments; (4) central and regional SASACs pursue different strategies and objectives and central SASAC does not exercise strong authority over regional SASACs and SOEs under their control.²⁶ Since the market power of the Chinese SOEs was limited in the markets concerned, the EU Commission left the question of ChemChina's independence from the central SASAC open.²⁷

On 19 May 2011 the EU Commission cleared a joint venture in the petroleum sector with the participation of Sinochem, a Chinese SOE under supervision of the central SASAC.²⁸ Quite predictably, the merging parties submitted that Sinochem was a separate economic entity with independent power of decision from the Chinese state. They referred to the Law on State-Owned Assets of Enterprises²⁹

23 Case No. COMP/M.6082 *China National Bluestar/Elkem*, decision of 31 March 2011.

24 COMP/M.6082, paras 10-11.

25 COMP/M.6082, paras 18-21.

26 COMP/M.6082, paras 23-30.

27 COMP/M.6082, paras 22, 34.

28 Case No. COMP/M.6113 *DSM/Sinochem/JV*, decision of 19 May 2011.

29 The Law of the People's Republic of China on State-Owned Assets in Enterprises, adopted at the 5th Meeting of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress of the People's Republic of China on 28 October 2008, http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2011-02/15/content_1620615.htm.

and Interim Regulations on Supervision and Management of State-Owned Assets of Enterprises,³⁰ which allegedly prevent SASAC from exercising a decisive influence over Sinochem and from intervening in the strategic decision-making process of this SOE.³¹ EU Commission, on the other hand, has referred to the OECD report³² indicating that commercial decisions of Chinese SOEs can be influenced by the Chinese state both through formal channels and less formal ways.³³ Nevertheless, “in the absence of representations by the Chinese State and accompanying evidence, it is not possible to conclude whether or not Sinochem enjoys an independent power of decision”.³⁴ As a result, the EU Commission considered a “worst case” scenario when Sinochem’s market position was taken together with other Chinese SOEs. This case represented a missed opportunity for the EU Commission to address the relationship between the corporate (board of directors) and political (party) structures in the management of the Chinese SOEs, which have been noted by the commentators as an important control mechanism over the top SOE managers.³⁵

Another merger case where the EU Commission assessed the independence of ChemChina as a separate economic unit was acquisition of joint control by China National Agrochemical Corporation (CNAC), a subsidiary of ChemChina, and Israeli company Koor Industries over Makhteshim Agan Industries (Israel).³⁶ Following its previous practice in *Bluestar/Elkem*³⁷ and *DSM/Sinochem*,³⁸ the EU Commission considered the “worst case” scenario and left the question open. One of the respondents in the market investigation expressed the concern that Chinese consortia for certain active ingredients used in the crop protection industry, such as recently created China Crop Protection Industry Association, may facilitate

30 Interim Regulations on Supervision and Management of State-owned Assets of Enterprises, adopted at the 8th Executive Meeting of the State Council on 13 May 2003, <http://en.sasac.gov.cn/n1408035/c1477199/content.html>.

31 COMP/M.6113, para 14.

32 OECD Reviews of regulatory reform: China 2009 Defining the boundary between the market and the state, available at <http://www.oecd.org/publications/oecd-reviews-of-regulatory-reform-china-2009-9789264059429-en.htm>.

33 COMP/M.6113, para 15.

34 COMP/M.6113, para 16.

35 See Li-Wen Lin and Curtis J. Milhaupt, “We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China” (2013) *Stanford Law Review* 65: 697-759.

36 Case No. COMP/M.6141 *China National Agrochemical Corporation/Koor Industries/Makhteshim Agan Industries*, decision of 3 October 2011.

37 COMP/M.6082.

38 COMP/M.6113.

price coordination.³⁹ The EU Commission firmly rebutted this argument by stating that “this practice could fall under the antitrust rules of the Treaty on the Functioning of the European Union. They have thus an incentive not to engage in such practices.”⁴⁰

On 13 May 2011 the EU Commission cleared the joint venture of PetroChina and Ineos AG (Switzerland) establishing joint control over the existing Ineos refining business in Scotland and France.⁴¹ PetroChina was an SOE, publicly listed subsidiary of China National Petroleum Corporation (CNPC). The EU Commission considered a “worst case” scenario taking into account the market shares of other Chinese SOEs active in the petroleum sector (such as China Petrochemical Corporation (Sinopec) and China National Offshore Oil Corporation (CNOOC)). Since the results of the above assessment did not alter the competitive conditions on the relevant market the EU Commission decided that there was no need to conclude whether CNPC group and other Chinese SOEs in oil sector should be considered as belonging to the same economic entity.⁴² Another acquisition in petroleum industry assessed by the EU Commission under the EU Merger Regulation concerned the joint control acquired by Sinopec and Mercuria Energy Group (Cyprus) over Vesta Terminal B.V., a Dutch company active in the storage of petroleum products and biodiesel at port terminals in Belgium, Netherlands, and Estonia.⁴³ The transaction was cleared under the “worst case” scenario assessment considering the activities of other Chinese SOEs.⁴⁴

In 2015 China National Tyre & Rubber Co (CNRC) sought to acquire Italian manufacturer of tires Pirelli & Co SpA.⁴⁵ The acquiring undertaking was wholly owned by ChemChina, SOE supervised by central SASAC. When evaluating the decisional independence of ChemChina from other Chinese SOEs controlled by SASAC the EU Commission considered the “traditional” factors including the degree of interlocking directorships and safeguards preventing exchange of commercial information. In reply to these criteria the merging parties have showed that none of the board members of ChemChina or CNRC has any official function in other Chinese SOEs. They also argued that SASAC does not require SOEs to

39 COMP/M.6141, para 77.

40 COMP/M.6141, para 78.

41 Case No. COMP/M.6151 *PetroChina/Ineos/JV*, decision of 13 May 2011.

42 COMP/M.6151, para 31.

43 Case No. COMP/M.6807 *Mercuria Energy Asset Management/Sinomart KTS Development/Vesta Terminals*, decision of 7 March 2013.

44 COMP/M.6807, para 33.

45 Case No. COMP/M.7643 *CNRC/Pirelli*, decision of 1 July 2015.

share any commercially sensitive information.⁴⁶ Once again, due to the limited market power of the parties the EU Commission decided to leave the question ChemChina's independence from other SOEs open.⁴⁷

In 2016 China National Chemical Equipment (CNCE), a wholly owned subsidiary of ChemChina sought to acquire control over KraussMaffei Group (Germany), a global market leader in the plastics and rubber processing machinery industry.⁴⁸ The merging parties followed the well-established strategy of arguing that SASAC is required to observe the principle of separation between ownership and operational capacity of SOEs.⁴⁹ They also pointed out that there is no command-relationship between central and regional SASACs.⁵⁰ The EU Commission has followed its own practice of reaching no definitive conclusion on the ultimate control and functional independence of ChemChina.⁵¹

A definitive step forward in resolving the complex issues of state control over Chinese SOEs has been made by the EU Commission in *EDF/CGN/NNB*⁵² case involving a joint acquisition of control by Electricite de France SA and China General Nuclear Power Corporation (CGN) over NNB Holding Company operating three nuclear power plants in the United Kingdom. When addressing the parties' submission concerning the influence on SOEs' commercial conduct exercised by SASAC, the EU Commission referred to the same Chinese legislation and concluded that "Central SASAC has influence on CGN's major decision making and therefore CGN does not enjoy autonomy from the State in deciding major matters like strategy, business plan or budget".⁵³ In relation to its "traditional" criteria on assessment of functional independence of companies, the EU Commission clarified that "the absence of cross-directorships with other SOEs and the existence of confidentiality provisions do not preclude Central SASAC from influencing CGN's commercial strategy in light of the different powers mentioned above".⁵⁴ Moreover, the EU Commission noted that Chinese State had other means to influence coordination between companies active in energy sector and in the nuclear industry in particular. In 2014, for example, CGN

46 COMP/M.7643, paras 11-12.

47 COMP/M.7643, para 21.

48 Case No. COMP/M.7911 *CNCE/KM Group*, decision of 15 March 2016.

49 COMP/M.7911, para 7.

50 COMP/M.7911, para 9.

51 COMP/M.7911, para 11.

52 Case No. COMP/M.7850 *EDF/CGN/NNB*, decision of 10 March 2016.

53 COMP/M.7850, para 37.

54 COMP/M.7850, para 42.

together with several other Chinese SOEs formed the China Nuclear Industry Alliance, allegedly designed for creating synergies and eliminating detrimental competition in export markets.⁵⁵ As a result, the EU Commission concluded that SASAC can impose or facilitate coordination between SOEs in the energy industry and, therefore, CGN and other Chinese SOEs in the energy sector should be considered as a single economic unit and their turnover should be aggregated for the purposes of establishing the Community dimension under the EU Merger Regulation.⁵⁶ As noted by the commentators, such definitive conclusion that all Chinese SOEs under control of central SASAC active in certain industry/market would make it problematic for the EU Commission to reach a different conclusion in future cases concerning the same industry/market.⁵⁷ Moreover, by concluding that all Chinese SOEs in a particular economic sector should be treated as part of a single economic unit, the EU Commission has arguably exempted mergers between such SOEs from notification under EU Merger Regulation as they would constitute an internal reorganization as opposed to concentration between previously independent undertakings.⁵⁸

The conclusion reached by the EU Commission in *EDF/CGN/NNB* case that at least some Chinese SOEs (for example those in the energy sector) constitute a “single economic unit” controlled by SASAC may imply that “intra-group” relations (agreements and concerted practices) may fall outside the scope of EU competition law.⁵⁹ This is especially worrisome given the EU Commission’s statement in *CNAC/Koor Industries* merger case⁶⁰ that EU antitrust rules should serve as an incentive for the Chinese SOEs not to engage in foreclosure practices or price coordination. Based on the application of the anti-monopoly law to the actions of the SOEs in China, the scholars conclude that at least for China “taming the Chinese leviathan [SOEs] through antitrust law is unfortunately a false hope for future reform of Chinese SOEs”.⁶¹ Furthermore, it has been noted that the

55 COMP/M.7850, para 44.

56 COMP/M.7850, para 49.

57 See Kyriakos Fountoukakos and Camile Puech-Baron, “The EU merger regulation and transactions involving states or state-owned enterprises: Applying rules designed for the EU to the People’s Republic of China” (2012) *Concurrences Review* 1-2012: 44-54, p. 52.

58 See Angela Huyue Zhang, “The Single-Entity Theory: An Antitrust Time Bomb for Chinese State-Owned Enterprises?” (2012) *Journal of Competition Law & Economics* 8(4): 805-830, p. 830.

59 See Adrian Emch, “EU merger control complications for Chinese SOE transactions”, Kluwer Competition Law Blog (27 May 2016), <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/05/27/eu-merger-control-complications-for-chinese-soe-transactions/>.

60 COMP/M.6141, para 78.

61 Angela Huyue Zhang, “Taming the Chinese Leviathan: Is Antitrust Regulation a False Hope?” (2015)

selective antitrust enforcement by the Chinese authorities targeting certain SOEs “suggests that the government does not view standard mechanisms of corporate control as its most effective means of influencing SOE behavior”.⁶² This aspect in the state control over Chinese SOEs would be certainly missed under “ownership-neutral” provisions of the EU Merger Regulation and the Jurisdictional Notice.⁶³

Most recently, the EU Commission has adopted its first conditional clearance decision in a merger case involving Chinese SOE – the acquisition of Swiss agro-chemical company Syngenta by ChemChina.⁶⁴ The merging parties have advanced “traditional” arguments as to the ChemChina’s independence from SASAC and other Chinese SOEs: (1) SASAC is required to respect the principles of separation between government and enterprise and non-intervention in the legitimate and independent business operations of SOEs; (2) SASAC’s rights are restricted by law and “do not go beyond typical minority shareholders protection rights”;⁶⁵ (3) ChemChina has the independent authority to decide its budget, business plan and commercial strategies; (4) there are no interlocking competition between directorships in ChemChina and other SoEs and Chinese competition law prohibits the exchange of competitively sensitive information between competing companies.⁶⁶ The EU Commission has left the above arguments unanswered and considered the “worst case” scenario under which ChemChina was regarded as one economic entity with other companies owned by the Chinese Central Government.⁶⁷ By leaving the identification of the “single economic unit” in *ChemChina/Syngenta* open, the EU Commission has made a “step back” in relation to its more resolute conclusion reached in *EDF/CGN/NNB*. This approach may be seen as problematic given the fact that with the growing presence of Chinese SOEs on the global markets the continuous application of the “worst case scenario” assessment would lead to the need for commitments, remedies or even prohibitions of the notified concentrations.

Beyond the EU Merger Regulation: EU Screening of Foreign Investments

Stanford Journal of International Law 51: 195-228, p. 228.

62 Curtis J. Milhaupt and Wentong Zheng, “Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm” (2015) *Georgetown Law Journal* 103: 665-722, p. 683.

63 Jurisdictional Notice, para 53.

64 Case No. COMP/M.7962 *ChemChina/Syngenta*, decision of 5 April 2017. See EU Commission, press release IP/17/882 *Mergers: Commission clears ChemChina acquisition of Syngenta, subject to conditions* (5 April 2017), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-882_en.htm.

65 COMP/M.7962, para 85.

66 COMP/M.7962, paras 83-87.

67 COMP/M.7962, para 88.

As the reform of the EU Merger Regulation in the light of the challenges posed by the jurisdictional and substantive assessment of the Chinese SOEs' acquisitions seems an unlikely venture, the EU Commission decided to resort to strengthen another regulatory mechanism, namely – the screening of foreign investments on grounds of public order and security. In his 2017 State of the Union address, the EU President Juncker stated: *“Europe must always defend its strategic interests. This is why today we are proposing a new EU framework for investment screening. If a foreign, state-owned, company wants to purchase a European harbour, part of our energy infrastructure or a defence technology firm, this should only happen in transparency, with scrutiny and debate.”*⁶⁸ This move was applauded by Germany, France and Italy *“as an important step towards a level playing field in Europe”*.⁶⁹

In September 2017 the EU Commission tabled a proposal for a regulation establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union.⁷⁰ The proposed system is based on the screening mechanisms operated by the EU Member States at the national level⁷¹ and the proposed screening procedure to be carried out by the EU Commission. When screening a foreign direct investment on the grounds of security or public order, Member States and the EU Commission may consider the following factors: (1) critical infrastructure, including energy, transport, communications, data storage, space or financial infrastructure, as well as sensitive facilities; (2) technologies, including artificial intelligence, robotics, semiconductors, technologies with potential dual use applications, cybersecurity, space or nuclear technology; (3) the security of supply of critical inputs; (4) access to sensitive information or the ability to control

68 EU Commission, press release State of the Union 2017 - Trade Package: European Commission proposes framework for screening of foreign direct investments (14 September 2017), http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3183_en.htm.

69 Joint press release by Germany, France, Italy “EU proposal on investment vetting is an important step towards level playing field in Europe and better protection in case of corporate acquisitions” (13 September 2017), <https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Pressemitteilungen/2017/20170913-eu-vorschlag-zu-investitionspruefungen-wichtiger-schritt-fuer-faire-wettbewerbsbedingungen-in-europa-und-besseren-schutz-bei-firmenuebernahmen.html>.

70 EU Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union, COM (2017) 487 final, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-487-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

71 For the overview of the national FDI screening mechanisms see Gisela Grieger, Foreign direct investment screening: A debate in light of China-EU FDI flows (European Parliamentary Research Service, May 2017), [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI\(2017\)603941_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/603941/EPRS_BRI(2017)603941_EN.pdf).

sensitive information.⁷² While the Member States will be able to maintain their existing investment screening mechanisms,⁷³ the EU Commission will be able to screen foreign direct investments that are likely to affect “projects or programmes of Union interest”.⁷⁴ In case of such projects or programmes the EU Commission “may issue an opinion addressed to the Member State where the foreign direct investment is planned or has been completed”, while the Member State concerned “shall take utmost account of the Commission’s opinion and provide an explanation to the Commission in case its opinion is not followed”.⁷⁵

Since the proposed foreign direct investment screening mechanism will not abolish the EU merger control regime, the question arises as to how the proposed framework will correlate with Member States’ right under the EU Merger Regulation Member to block concentrations on the basis of “legitimate interests other than those taken into consideration by this Regulation” such as public security, plurality of the media and prudential rules.⁷⁶ Any other interests have to be notified to the EU Commission for prior approval.⁷⁷ According to the EU Commission’s explanation contained in the proposal, the grounds for screening foreign direct investments and “legitimate interests” under EU Merger Regulation should be interpreted in a coherent manner guided by the general principles and other provisions of EU law.⁷⁸

Conclusion

Based on the above review of the Chinese SOEs’ acquisitions in the EU

72 Proposal, Article 4.

73 Member States that do not maintain screening mechanisms shall provide the Commission with an annual report covering foreign direct investments that took place in their territory, on the basis of information available to them. Proposal, Article 7. Currently, the following Member States have screening mechanisms in place: Austria, Denmark, Germany, Finland, France, Latvia, Lithuania, Italy, Poland, Portugal, Spain, and the United Kingdom.

74 According to the proposal, the following are projects or programmes of Union interest: European GNSS programmes (Galileo & EGNOS), Copernicus, Horizon 2020, Trans-European Networks for Transport (TEN-T), Trans-European Networks for Energy (TEN-E), Trans-European Networks for Telecommunications. See Annex 1 to the Proposal, https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/com-2017-487_en.

75 Proposal, Article 9.

76 EU Merger Regulation, Article 21(4).

77 See Lucrezia Busa and Elisa Zaera Cuadrado, “Application of Article 21 of the Merger Regulation in the E.ON/Endesa case” *Competition Policy Newsletter* (2008) 2: 1-3, http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2008_2_1.pdf.

78 Proposal, recital 23.

screened under provisions of the EU Merger Regulation, they have presented the following challenges for interpretation and application of the concepts such as “concentration”, “single economic unit”, “control” and “decisive influence”, which can affect the following steps in the merger assessment process: (1) determination whether the notified transaction constitutes a concentration (of previously independent undertakings) or an internal reorganization; (2) calculation of the turnover for the purpose of ascertaining the existence of “Community dimension”; (3) substantive assessment of the notified concentration on compatibility with the internal market. The first question has not yet presented any difficulties in the EU merger control practice as the EU Commission has not yet evaluated the merger between two or more Chinese SOEs. The second question has been left largely unanswered since the annual turnover of a single Chinese SOE was sufficient to establish the existence of the “Community dimension”, which triggered the applicability of the EU Merger Regulation. Nevertheless, the remaining uncertainty will continue to pose substantial administrative burden on the merging parties, which would have to proceed with notification of their concentration under “worst case scenario”. The third question, namely the competitive assessment of concentrations involving Chinese SOEs remains a subject that requires further research and consideration.

The above mentioned merger cases demonstrated that the EU Commission is often unable on the basis of the submitted evidence to ascertain the influence of the Chinese State on the SOEs’ decision-making, which also entail the possibility to coordinate the activities of formally separate SOEs in the same sector or even across different sectors in pursuit of the industrial policies such as Made in China 2025 and infrastructure investments under the Belt and Road Initiative. Unfortunately, none of these questions have been addressed in the public consultation on the evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control carried out by the EU Commission in 2016-2017.⁷⁹ As suggested by scholars, “instead of focusing on ownership, the EU should look into the state-centered institutional framework in which firms operate in China.”⁸⁰ Thus a deeper understanding of the Chinese state-centered economic model and the role of SOEs in China’s industrial policies is a prerequisite for an adequate competitive assessment of the economic concentrations involving Chinese SOEs.

79 http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/index_en.html.

80 Alicia García-Herrero and Jianwei Xu, How to handle state-owned enterprises in EU-China investment talks (June 2017) *Bruegel Policy Contribution* No. 18, http://bruegel.org/wp-content/uploads/2017/06/PC-18-2017_2.pdf, p.12.

VIDA DA FACULDADE

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE MACAU
(Janeiro — Dezembro 2017)**



**Notícia dos Mestrados
Curso de Mestrado em Direito em Língua Chinesa**

Nome	Área	Supervisor	Título da Tese	Data
Vong Sok Hei Rosita	Ciências Jurídicas	Jiang Chaoyang	Investigation Powers in Disciplinary Action	24/01/2017



**Curso de Mestrado em
Direito em Língua Portuguesa**

Nome	Área	Supervisor	Título da Tese	Data
Ho I Sut	Ciências Jurídicas	Paula Correia	Efeitos Patrimoniais da União de Facto em Macau	05/05/2017
Júlio Miguel dos Anjos	Ciências Jurídicas	Augusto Teixeira Garcia	A Liberdade Contratual e as Normas Imperativas	06/12/2017



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito da União Europeia, Direito Internacional e Direito Comparado



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Li Ke	Muruga Perumal Ramaswamy	Legal Challenges and Investment Risks in Africa With a Specific Reference to Chinese Investment in South Africa	09/01/2017
Yaroslava Kuchina	Muruga Perumal Ramaswamy	Regulation of cloud computing and emerging contractual practices of cloud service providers	09/03/2017
Liu Wenzhao	Muruga Perumal Ramaswamy	Legal Obstacles to Cross-Border Mergers and Acquisitions by Chinese	09/05/2017
Ni Weibing	Paulo Canelas de Castro	The Development and Future of European Union's Environmental	29/05/2017
Su Xueji	Paulo Canelas de Castro	The Legal Framework of the Eu-China Trade Relations	26/06/2017
Zhu Xiaoqin	Sten Idris Verhoeven	A True Judicial Activist or not: The Role of European Court of Justice in the European Integration Process	26/06/2017

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Yu Ziyi	Sten Idris Verhoeven	Victims' participation in the international criminal court from the perspective of restorative justice	03/07/2017
Zhang Wenyi	Muruga Perumal Ramaswamy	Promoting bilateral trade between China and the United States through prevention and effective resolution of dumping conflicts	01/08/2017
Fan Xin	Muruga Perumal Ramaswamy	Study on New York Convention and mutual recognition and enforcement of arbitral awards between China and Hong Kong SAR	09/08/2017
Zhou Yifan	Muruga Perumal Ramaswamy	Intellectual Property Rights Protection of Entertainment Industry in cyberspace	09/08/2017
Gao Hong	John Shijian Mo	The protection of the right to privacy in the context of video surveillance in public places in China	15/08/2017
Cai Yichen	Rostam Neuwirth	The relationship between competition law and ip law as exemplified by the fashion industry: from China's Perspective	16/08/2017
Zhao Mengmeng	Alexandr Svetlicinii	Antitrust analysis on Chinese Soes	16/08/2017
Gao Han	John Shijian Mo	Two Faces Of Icj: A Legal Reflection of the Equidistance Method In Maritime Delimitation	20/09/2017
Huang Heyuan	Sten Idris Verhoeven	The legal challenges posed by EU law to the protection of labor rights: towards reconciliation	30/09/2017



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Zhu Mingcong	Muruga Perumal Ramaswamy	Prevention and punishment of domestic violence: an assessment of effectiveness of international norms and the law in China	24/10/2017
Wu Peitong	Paulo Canelas de Castro	Climate Change policy and law in the EU: past and future	29/11/2017
Ana Sofia De Moura Pinto Ribeiro	Jorge Godinho	Betting on corporate citizenship: thinking the future of the current gaming concession contract	08/12/2017



Curso de Mestrado em Direito em Língua Inglesa — Direito Internacional dos Negócios

Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Liao Jieke	Alexandr Svetlicinii	Commitment Decisions Under EU Competition Law and China's Anti-Monopoly Law	11/04/2017
He Liqun	Tu Guangjian	An empirical analysis on arbitral awards recognition and enforcement between Mainland China and Hong Kong/ Macau	26/04/2017
Daisy Nogueira	Rostam Neuwirth	Good nutrition through trade: how can trade hinder the adverse effects of foodstuffs in health?	10/05/2017



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Nacita Cirlene Lourenço Chirindza	Rostam Neuwirth	Pricing arrangements in online platforms: a new challenge for EU Competition Law	19/05/2017
Zhu Xiaoqing	Sten Idris Verhoeven	A comparative study of business method patent protection	09/06/2017
Zhang Dongqiao	Muruga Perumal Ramaswamy	Right to information in the over-the-counter derivatives transactions in China	19/06/2017
Wei Jiankangkai	John Shijian Mo	Gap-filling under the ciscg: fixing of interest rate in contract disputes	01/07/2017
Xu Yixuan	Sten Idris Verhoeven	A comparative study of chinese and international anti - corruption	14/07/2017
Peng Lijie	Muruga Perumal Ramaswamy	Balancing the protection of international investments and environment: the scope and limitations of international legal regime	18/07/2017
Liu Tianling	Hsiao I-Hsuan	A study of fair use and fan fiction in the United States	24/07/2017
Zhuang Chen	Hsiao I-Hsuan	Research on regulation against the abuse of intellectual property right through the antitrust law - a comparative study focus on patent abuse among EU, US and China	24/07/2017
Xie Hanrui	Wang Chao	Dispute settlement of investment protection under tpp framework	07/08/2017
Meng Lu	Wang Chao	Treaty compliance on regional judicial arrangement for civil and commercial cases: international and comparative perspective	07/08/2017



Nome	Orientador	Título da Tese	Data
Wang Huiya	Muruga Perumal Ramaswamy	Legal Concerns in public-private partnership projects in China: an assessment of emerging regulatory and contractual frameworks	09/08/2017
Wu Jiayi	John Shijian Mo	Research on challenge of big data to competition policy in digital market	15/08/2017
Jiang Jian	Du Li	Impact of the precautionary principle on the management and regulation of genetically edited agricultural products	07/12/2017
Chen Zhiyan	Tu Guangjian	The improvement and development trend of choice-of-law rules for foreign-related product liability in China	07/12/2017



ACTIVIDADES

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS



22 March 2017 – Eight Seminar on the Operation of Games of Chance and Contracts in Special: Privacy in Casinos

Speakers	Presentations
Francisco Sá da Bandeira	Privacy in the Gaming and Hospitality Industries: a Practical Approach
Denis Halis	Gambling With Your Privacy: Casino Surveillance and Loyalty Programs
Sten Idris Verhoeven	Privacy and Electronic Surveillance in Casinos

20 April 2017 - Colóquio sobre “A Lei Básica, o Orçamento e a Nova Lei de Enquadramento Orçamental de Macau”

Oradores	Comunicações
Rui Pedro Peres do Amaral	Perspectivas do poder orçamental em Macau: Mudança no paradigma orçamental
Hugo Duarte Fonseca	O artigo 105.º da Lei Básica e a realidade orçamental de Macau
Luís Pessanha	A Lei Básica, o Orçamento e a Tributação Anualizada

3 November 2017 – International Law Seminar “Ministry of Foreign Affairs, China” – Speaker: Mr. Sun Jin and Mr. Yang Shu



4 – 5 December 2017 – 10.^ª Conferência Internacional sobre “As reformas jurídicas de Macau no contexto global - O Direito do Jogo”

Data	Oradores	Comunicações
4 Dec 2017	Davis Fong	A mudança do modelo de exploração dos casinos e dos jogos de fortuna e azar: Caminho para a diversificação da economia
	Jorge Godinho	O futuro das concessões de exploração dos jogos de fortuna ou azar
	Óscar Alberto Madureira	Responsabilidades sociais das concessionárias de jogos. Presente e desafios 2020-2022
	Zhang Yunjie	A tipicidade nos contratos de jogo de fortuna ou azar em Macau
	João António Pinto Monteiro	<i>Swaps</i> de taxas de juros: especulação, jogos de azar ou apostas
	Augusto Teixeira Garcia	Preocupações sobre a actividade de promotores de jogos
	Wang Wei	Algumas reflexões sobre a cobrança transfronteiriça de dívidas de jogo
05 Dec 2017	Ana Paula Matos Barros	As Lotarias na República Portuguesa - Uma breve análise
	Matthieu Escande	A necessidade de adaptação da legislação do jogo e aposta à oferta digital sem fronteiras
	Wang Changbin	O conceito da lotaria e a sua política pública subjacente: reflexão sobre a lotaria no Interior da China
	Anthony Cabot	As apostas desportivas: Serão adequadas para os países com as indústrias de casinos reguladas?
	Augustine Vinh	Experiência do Vietnam: Passado, presente e futuro
	Choi, Seung-Soo	<i>Status</i> da indústria coreana do jogo e o sistema de regulação
	Luís Cavaleiro Ferreira	A fraude ao jogo e os crimes de jogo
	José Borges Rodrigues	Questões no âmbito da actividade do jogo: “ <i>compliance</i> ”
	Duarte Chagas	As novas medidas preventivas da prática do crime branqueamento de capitais e financiamento ao Terrorismo no Sector do Jogo na RAEM

**11-12 December 2017 – The UNCITRAL – UM Joint Conference
2017 on ‘Modernization of National Commercial Law and the Role of Legal
Harmonization in Internation Commerce’**

Date	Speaker	Presentations
11 Dec 2017	Lutz-Christian Wolff	Legal Harmonization in the Belt and Road Area: Towards Flexible Commercial Law?
	Jayems Dhingra	Can Seamless Flow of Trade and Sustainability of OBOR Economies be Fathomed without Harmonization of Trade Laws and Adoption of UN
	Imam Hossain	The Impact of OBOR Initiative in Asia Pacific Region
11 Dec 2017	Jean A. Berlie	UNCITRAL Arbitration Rules to Resolve Commercial Disputes along the Maritime and Land New Silk Road of China
	Nitin Nadkarni	Revisiting Electronic Discovery: Harmonizing Standards for Electronic Discovery Applications in Cross-border Paperless Arbitration
	Zeyu Huang	Tracking the Institutionalization of Ad Hoc Arbitration in Mainland China: The Relevance of UNCITRAL Recommendations for China and Chinese Innovation
	Andrii Zharikov	Cooperation of UNCITRAL and the International Chamber of Commerce: New Possibilities for Companies from OBOR for Dispute Resolution in Trade Finance

**12 Dezembro 2017 – Desenvolvimentos da Reforma Legislativa e
Direito de Família em Timor-Leste, Orador: Nelinho Vital**



13 December 2017 – Macao International Legal Symposium on Promoting Economic and Trade Cooperation between China and Lusophone Countries

Date	Speaker	Presentations
13 Dec 2017	José Angelo Estrella Faria	International commercial arbitration and uniform law: trade promotion legal instruments
	Maria Ângela Guterres Viegas Carrascalão	Promoting Justice in Timor-Leste and its Role in Economic Relations with China and Lusophone Countries
	Fernando Dias Simões	The Arbitration Market: Challenges and Prospects for Macau
	Wu Xueting	The reformative development of Zhuhai International Arbitration
	Mariana França Gouveia	Alternative Dispute Resolution in Portugal and in Europe
13 Dec 2017	Márlon Chantre	Cape Verde's experience in arbitration
	Tomás Timbane	The evolution of arbitration in Mozambique: from commercial arbitration to public law arbitration
	Joaquim Maurício Fernandes de Moraes	Conflict resolution in international trade: Brazil experience
	Liu Chao	“Belt and Road Initiative” – Cross Border Legal Services
	Wei Dan	E-commerce Legislation Harmonization: China, Macau and Lusophone Countries
	Lino Diamvutu	Angola perspective in the role of arbitration in the promotion of economic cooperation between China and Lusophone countries
	Chan Keng Hong Ivan Fong Kin Fao Bruno Nunes Lino Diamvutu Almeida Machava Arnold Ferreira	Promoting Business Opportunities and Legal Services in the context of China-Lusophone Cooperation and the “Belt and Road Initiative”



Publicações



Boletim da Faculdade de Direito, n.ºs 30, 34 e 35 em Língua Chinesa
Boletim da Faculdade de Direito, n.ºs 39 em Língua Portuguesa

Colecção de Textos Jurídicos

- Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume I, Introdução. Relações familiares. Filiação. Adopção, em Língua Portuguesa, de Manuel Trigo, publicado em 2016.
- Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume II, Casamento. União de facto, em Língua Portuguesa, de Manuel Trigo, publicado em 2016.
- Lições de Direito da Família e das Sucessões, Volume III, Alimentos. Sucessões, em Língua Portuguesa, de Manuel Trigo, publicado em 2016.

Colecção de Clássicos Jurídicos de Língua Portuguesa

- Curso de Direito Comercial, Volume I, versão em Língua Chinesa, de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, tradução de Wang Wei, publicado em 2017.
- Noções de Direito Administrativo, versão em Língua Chinesa, José Manuel Sérvulo Correia, tradução de Fong Man Chong, publicado em 2017.
- Justiça Administrativa, versão em Língua Chinesa, de José Carlos Vieira de Andrade, tradução de Fong Man Chong, publicado em 2017.



ACTIVIDADES INSTITUTO DE ESTUDOS JURÍDICOS AVANÇADOS



- | | |
|---------------|---|
| 21-22/1/2017 | Conference – Cross-Strait-Four-Regions Law Conference: The Rule of Law and Legal Rights |
| 12/5/2017 | Legal Issues in Foreign Related Trials – in the Perspective of the Application Law |
| 19/5/2017 | Conference: “Theoretical Construction and Institutional Evolution: Basic Law in the Governance of SAR” |
| 29-30/6/2017 | International Conference: “Consumer Policy in a Comparative Perspective: New Challenges in Chinese, European and International Law” |
| 26-27/8/2017 | Conferece on Inter-regional Taking of Evidence Within China: Problems, Reflections and Improvements |
| 16-17/10/2017 | II Conference on Medical Law “Asia Perspectives on Bioethics, Medical Ethics & Medical Law” |

Publicações

- Macau Law Review, Vol. 33
- Macau Law Review, Vol. 34
- Macau Law Review, Vol. 35

Outros eventos

- | | |
|------------|--|
| 17/11/2017 | Seminar “The EU-Led Tak on Investor-State Arbitration” |
| 21/11/2017 | Seminar “The Environmental Policy of the EU and Its Outcomes: Assessing the Past, Looking Ahead” |
| 4/12/2017 | Seminar “The status of the embryo in the light of the European Convention on Human Rights” |

