



ENCONTRO DE INVESTIGADORES EDUM 2022

Escola de Direito da Universidade do Minho

Anabela Gonçalves | João Vilas Boas | Maria João Lourenço | José Vegar Velho | Tiago Branco

2023

Índice

Prefácio	0
Promoção da uniformização de normas de conflitos que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial na Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin: com aprendizagem experiencial das práticas na União Europeia	1
<i>Chan Chong In</i>	
Investigação criminal defensiva: a efetivação da ampla defesa	2
<i>Evinis da Silveira Talon</i>	
Contratação pública e políticas horizontais: um breve olhar europeu	3
<i>João Araújo da Silva</i>	
Aplicabilidade da perda de chance na responsabilidade médica.....	4
<i>Man Teng Iong</i>	
Os potenciais caminhos legais para o conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação	5
<i>Márcia Antunes Gomes</i>	
O projeto parental decorrente de reprodução humana assistida sob o olhar do princípio do superior interesse da criança e do adolescente	6
<i>Patricia Ferreira Rocha</i>	
Orçamentos Participativos Municipais – Influências internacionais e metodologia de implementação.....	7
<i>Sara Cristina Rebelo Magalhães</i>	

Prefácio

As atas que agora se publicam correspondem aos trabalhos apresentados no *Sexto Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas*, que teve lugar no segundo semestre de 2022. Tendo em consideração os bons resultados que obtivemos nos anos anteriores em termos de participação, a Comissão Organizadora optou novamente por uma modalidade de *webinar*. Os encontros de investigadores, organizados pela Escola de Investigadores do Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov) e pela Escola de Direito da Universidade do Minho, visam o diálogo e a discussão entre investigadores com graus de experiência diversa, o que potencia a melhoria das comunicações científicas apresentadas e a abertura de perspetivas que, por vezes, não foram pensadas pelo investigador. Nesta edição, encontramos uma grande variedade de trabalhos que abrangem temáticas relativas à responsabilidade civil médica, à reprodução medicamente assistida, às obrigações privadas internacionais, ao direito à liquidação, à contratação pública, aos orçamentos participativos municipais e à investigação criminal.

A organização do *Sexto Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas* e a publicação das respetivas atas enquadram-se no objetivo da Escola de Investigadores do JusGov de criar oportunidades de investigação que permitam que os seus membros aperfeiçoem as suas capacidades de pesquisa e divulguem os trabalhos em curso. Simultaneamente, procura criar momentos de discussão e diálogo entre investigadores, permitindo também a criação de redes de trabalho.

Uma última palavra de agradecimento para a Comissão Organizadora do *Sexto Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas*, na qual nos integramos, composta também pelos Mestres Maria João Lourenço, José Vegar Velho, Tiago Branco da Costa e João Vilas Boas, que mantêm o espírito de missão de continuar a organizar o evento e a publicação da obra que agora se apresenta.

Anabela Gonçalves

Vice-Presidente da Escola de Direito para a área da investigação, Professora Associada e Diretora da Escola de Investigadores do Centro de Investigação JusGov

Promoção da uniformização de normas de conflitos que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial na Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin: com aprendizagem experiencial das práticas na União Europeia

Chan Chong In^{1}*

SUMÁRIO

1. A construção da zona de cooperação – razão de ser, objetivos e funcionamento; 2. A promoção da uniformização de normas de conflitos que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial; 3. A aprendizagem experiencial das práticas na União Europeia; 4. Observações finais; 5. Bibliografia.

RESUMO:

O presente estudo visa analisar a viabilidade de aprovar determinados regulamentos, similares aos Regulamento Roma I (Roma I), Regulamento Roma II (Roma II) e Regulamento Bruxelas I bis (Bruxelas I bis), na Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin (zona de cooperação ou Hengqin), para a uniformização de normas de conflitos que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial, bem como a facilitação do reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Com essa iniciativa, pretende-se alcançar, sob a perspetiva da administração conjunta por Guangdong e Macau, uma melhor escolha e previsibilidade da lei aplicável no âmbito das

obrigações privadas decorrentes de atividades civis e comerciais nesta zona, promovendo assim a construção de um espaço de vivência e de desenvolvimento das atividades comerciais agradável para os cidadãos/residentes ou sociedades comerciais chinesas, macaenses e ainda estrangeiras.

PALAVRAS-CHAVE:

Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin – União Europeia – Uniformização de normas de conflitos.

ABSTRACT:

The present study aims to analyze the feasibility of approving certain regulations, corresponding to the Rome I Regulation (Rome I), the Rome II Regulation (Rome II) and the Brussels I bis Regulation (Brussels I bis), in the Guangdong-Macao In-Depth Cooperation Zone in Hengqin (cooperation zone or Hengqin), with intention of standardizing conflict rules that deal with international private obligations in civil and commercial matters, as well as facilitating the mutual recognition of judicial decisions. With this initiative, it is intended to achieve, from the perspective of the joint administration by Guangdong and Macao, a better choice and predictability of the applicable law in the scope of private obligations arising from civil and commercial

^{1*} Doutorando em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Técnico superior na área jurídica da Direção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da Região Administrativa de Macau. Assistente a tempo parcial no Instituto de Formação Turística de Macau. Email: chrischan-chongin@gmail.com

activities in this area, thus promoting the construction of a space for pleasant experience and development of commercial activities for Chinese, Macanese and even foreign citizens/residents or companies.

KEYWORDS:

Guangdong-Macao In-Depth Cooperation Zone in Hengqin – European Union – Standardization of conflict rules.

1. A CONSTRUÇÃO DA ZONA DE COOPERAÇÃO – RAZÃO DE SER, OBJETIVOS E FUNCIONAMENTO

Macau, designado também por “Las Vegas Asiático”, é famoso pela sua indústria de jogos, sendo conhecido juntamente com Las Vegas nos Estados Unidos de América e Monte Carlo no Mónaco como “as três maiores cidades com casinos do mundo”. De facto, após a reunificação de Macau à China em 1999, o desenvolvimento económico em Macau tem sido rápido, devido à abertura da concessão pelo governo para o exercício de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino em 2001² e

2. Antes de 1999, a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino era já admitida legalmente pelo Governo da Região Administrativa Especial de Macau, só que faltava um diploma legal completo para a regulamentação ordenada e devida desta atividade. Em 30 de agosto de 2001, foi aprovada a Lei n.º 16/2001 (Regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino) na Assembleia Legislativa de Macau, na qual consta regras sobre o regime das concessões, os requisitos operacionais, o método adotado para o concurso e as formas de exploração, fornecendo assim uma “base legal” para o desenvolvimento de indústria de jogos em Macau. Em 2002, foram atribuídas concessões a três sociedades comerciais [a Sociedade de Jogos de Macau (SJM), a Galaxy Casino, S.A. (Galaxy) e a Wynn Resorts (Macau) S.A. (Wynn)] para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino por via de concurso; depois disso, as referidas três sociedades comerciais que obtiveram concessões assinaram contratos de subconcessão, respetivamente, com a MGM Grand Paradise, S.A. (MGM), a Venetian Macau S.A. (Venetian) e a Melco PBL Jogos (Macau), S.A. (Melco PBL), e as sociedades comerciais que obtiveram concessões para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino passaram a ser seis. *Vide* as informações constantes no sítio oficial da Direção de Inspeção e Coordenação de Jogos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau. Disponi-

ção à chegada de mais turistas chineses e internacionais. Entre 2000 e 2019, o Produto Interno Bruto (PIB) (de acordo com o preço do respetivo ano) em Macau cresceu drasticamente de 54,37 mil milhões de patacas (equivalentes aos 6,72 mil milhões de euros) a 445,12 mil milhões de patacas (equivalentes aos 55,04 mil milhões de euros)³. Até 2019, o ramo de atividade de lotarias, outros jogos de aposta e atividade de promoção de jogos constituiu 50,9% da estrutura setorial de Macau⁴.

Todavia, a situação económica de Macau alterou-se completamente com o surgimento de pandemia de Covid-19, no fim de 2019. Em Macau, por motivos de manutenção de livre circulação tanto quanto possível entre pessoas na China e os residentes macaenses, têm sido adotadas estratégias de prevenção de epidemias consistentes com as da China, isto é, com medidas de quarentena à entrada em Macau para os turistas estrangeiros. Aliás, quando foram descobertos casos positivos de Covid-19 em algumas cidades da China ou em Macau, foram aplicadas também medidas de quarentena à entrada em Macau para as pessoas que vinham destas cidades da China, ou nas cidades da China para os residentes macaenses, consoante os casos. Neste contexto, o desenvolvimento das indústrias de jogos e de turismo em Macau tem sido influenciado severamente nos últimos dois anos, com o PIB a cair para 23,94 mil milhões de patacas (equivalentes aos 2,96 mil milhões de euros) em 2021⁵.

vel em <https://www.dicj.gov.mo/web/pt/history/index.html>.

3. Cfr. a “Revisão Principal do Produto Interno Bruto, 1982-2019” constante no sítio oficial da Direção dos Serviços de Estatística e Censos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, pp. 9-11. Disponível em https://www.dsec.gov.mo/getAttachment/d080e580-b8d4-4038-8b43-98e47140e09/C_PIBR_PUB_2019_Y.aspx.

4. Cfr. a “Estrutura Sectorial de Macau, 2019” constante no sítio oficial da Direção dos Serviços de Estatística e Censos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, p. 1. Disponível em https://www.dsec.gov.mo/getAttachment/c50d63d9-d217-48c1-b7f9-fe2a197a189d/P_PIBFR_2019_Y.aspx.

5. Cfr. a “Produto Interno Bruto, 2021” constante no sítio oficial

Tendo em conta a influência de pandemia no desenvolvimento económico e a problemática da estrutura industrial ter sido muito simplista em Macau, o Secretário-Geral da China, *Xi Jinping*, em 14 de outubro de 2020, realçou a necessidade de acelerar a construção da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*⁶. Um ano depois, em 5 de setembro de 2021, o Comité Central do Partido Comunista da China e o Conselho do Estado promulgaram formalmente o “Projeto Geral de Construção da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*” (Projeto Geral de Construção)⁷.

Em termos geográficos, a zona de cooperação está localizada no Oeste de Macau, com um rio a separar os dois, com uma área total cerca de 106 km², ou seja, 3,2 vezes a de Macau⁸.

Em termos de posicionamentos estratégicos, de acordo com o Projeto Geral de Construção, a zona de cooperação será⁹: 1) uma nova plataforma para promover a diversificação económica moderada em Macau¹⁰; 2) um novo espaço para facilitar a vida e o trabalho dos residentes macaenses; 3) uma

nova demonstração para enriquecer a prática do princípio de “um país, dois sistemas”¹¹; e 4) um novo planalto para promover a construção da Área da Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau (Área da Grande Baía)¹².

Em termos de sistema de administração, apesar de a zona de cooperação pertencer puramente a uma parte territorial da Província

11. No que respeita a “um país”, manifesta-se pelos seguintes aspetos: 1) a Região Administrativa Especial de Macau é parte inalienável da República Popular da China; 2) a Região Administrativa Especial de Macau é uma região administrativa local e fica diretamente subordinada ao Governo Popular Central; 3) o Governo Popular Central é responsável pelos assuntos das relações externas relativos à Região Administrativa Especial de Macau; e 4) a Região Administrativa Especial deve produzir, por si própria, leis que proibam qualquer ato de traição à Pátria, de secessão, de sedição e de subversão contra o Governo Popular Central e de subtração de segredos do Estado.

No que respeita a “dois sistemas”, manifesta-se pelos seguintes aspetos: 1) na Região Administrativa Especial, mantêm-se inalterados durante cinquenta anos o sistema capitalista e a maneira de viver anteriormente existentes; e 2) a Região Administrativa Especial exerce um alto grau de autonomia e goza de poderes executivo, legislativo e judicial independente, podendo administrar os assuntos dentro do escopo de autonomia e formular políticas respetivas por si mesmo.

Sobre essas matérias, *vide* 駱偉健 (LOK, Waikin) - 澳門特別行政區基本法新論 (tradução em português: *Nova Introdução à Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*). Macau: Fundação Macau; China: Social Sciences Academic Press, 2012, pp. 21-22.

12. Antes da proposta de construção da zona de cooperação, em 18 de fevereiro de 2019, o Comité Central do Partido Comunista da China e o Conselho do Estado já propuseram a construção da Área da Grande Baía e promulgaram formalmente o “Esboço do Plano de Desenvolvimento para a Grande Baía Guangdong-Hong Kong-Macau”. *Vide* o texto completo, disponível em http://www.gov.cn/zhengce/2019-02/18/content_5366593.htm#1. Na realidade, a Área da Grande Baía abrange a Região Administrativa Especial de Hong Kong, a Região Administrativa Especial de Macau e Cidade de Guangzhou, Cidade de Shenzhen, Cidade de Zhuhai, Cidade de Foshan, Cidade de Huizhou, Cidade de Dongguan, Cidade de Zhongshan, Cidade de Jiangmen e Cidade de Zhaoqing na Província de Guangdong, com uma área total de 56 000 km² e uma população total de cerca de 70 milhões. É uma das regiões com maior grau de abertura e maior vitalidade económica na China. A construção da Área da Grande Baía tem por objetivos aprofundar a cooperação entre a China Continental e Hong Kong e Macau, reforçar ainda mais o papel de apoio e liderança desta no desenvolvimento económico nacional e na abertura para o estrangeiro, apoiar a integração de Hong Kong e Macau na economia global e desenvolvimento do país, melhorar o bem-estar dos compatriotas de Hong Kong e Macau e manter a prosperidade e estabilidade a longo prazo de Hong Kong e Macau.

da Direção dos Serviços de Estatística e Censos do Governo da Região Administrativa Especial de Macau, p. 5. Disponível em https://www.dsec.gov.mo/getAttachment/149812e4-c7c-9-4474-8b02-75029fa18f78/C_PIB_PUB_2021_Y.aspx.

6. Cfr. as informações constantes no sítio oficial da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*. Disponível em http://www.hengqin.gov.cn/macau_pt/hzqgl/zjh-zq/qygl/content/post_2990550.html.

7. Para consulta, o texto completo do Projeto Geral de Construção está disponível no sítio oficial do Governo Popular Central da República Popular da China. Disponível em http://www.gov.cn/zhengce/2021-09/05/content_5635547.htm.

8. Cfr. as informações constantes no sítio oficial da *Guangdong Provincial Development and Reform Commission*. Disponível em http://drc.gd.gov.cn/zcjd5635/content/post_3515029.html.

9. Cfr. o texto completo do Projeto Geral de Construção no sítio oficial do Governo Popular Central da República Popular da China. Disponível em http://www.gov.cn/zhengce/2021-09/05/content_5635547.htm.

10. *Ibidem*. Designadamente com a promoção das indústrias de investigação e desenvolvimento científico e tecnológico, de medicina tradicional chinesa, de cultura e turismo, exposições e negócios, e financeira moderna, nesta zona.

de Guangdong da China no passado, e, por isso, ser administrada por Guangdong, será remodelada e passará a ser administrada conjuntamente por Guangdong e Macau no futuro. Pode-se dizer que esse sistema de administração conjunta é relativamente novo no sistema de administração nacional existente na China, manifestando-se pelas características de “discutir, construir, gerir e partilhar em conjunto” por Guangdong e Macau¹³. Para tal efeito, sob a direção do Grupo de Liderança para a Construção da Área da Grande Baía, as entidades de Guangdong e Macau criaram conjuntamente a Comissão de Gestão para tomar decisões globais sobre o planeamento principal, as políticas e projetos importantes e nomeações e demissões de pessoal principal dentro da zona de cooperação no âmbito das suas competências. A Comissão de Gestão implementa um sistema de dupla coordenação, que é exercido conjuntamente pelo Governador do Governo Provincial de Guangdong e pelo Chefe do Executivo da Região Administrativa Especial de Macau, sendo os membros da unidade constituídos por departamentos relevantes da Província de Guangdong e da Região Administrativa Especial de Macau, e por Governo Municipal de Zhuhai¹⁴.

Em termos de garantia legal, prevê-se que é necessário aproveitar ao máximo as vantagens do sistema de “um país, dois sistemas” e, sob a premissa de obedecer à Constituição nacional e à Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau, construir-se gradualmente um sistema institucional em que as normas civis e comerciais se articulam de acordo com as normas de Macau e internacionais¹⁵. Por isso, é essencial fazer investigações e formular regulamentos para fornecer garantias institucionais ao desenvolvimento de longo prazo na zona de cooperação. Neste enqua-

dramento, prevê-se que poderá ser necessário recorrer ao uso do poder legislativo da Zona Económica Especial de Zhuhai¹⁶, permitindo que esta faça reformulações flexíveis sobre as leis, os regulamentos administrativos e os regulamentos regionais com base nas necessidades de reforma, prática e inovação da zona de cooperação¹⁷. Aliás, prevê-se ainda que é fundamental reforçar os intercâmbios e a cooperação judiciais entre Guangdong e Macau, estabelecer e melhorar mecanismos diversificados de resolução de conflitos comerciais, tais como adjudicação comercial internacional, arbitragem e mediação¹⁸.

Face ao que dissemos anteriormente, podemos esperar que as atividades comerciais e as interações entre os sujeitos privados na zona de cooperação se tornem mais frequentes. Segundo o Projeto Geral de Construção, com os esforços empenhados em diferentes níveis e aspetos, espera-se que, no 25.º Aniversário da reunificação de Macau à China em 2024, o sistema de administração conjunta de Guangdong e Macau esteja a funcionar sem problemas; o desenvolvimento de indústrias com características seja acelerado; os servi-

16. Trata-se de uma das quatro modalidades de legislação a nível regional na China, para além de legislação das regiões de administração geral, legislação das regiões autónomas étnicas e legislação das regiões administrativas especiais. A legislação das zonas económicas especiais, por sua vez, refere-se à implementação de políticas especiais e medidas flexíveis, lá estando as Assembleias Populares e os seus Comitês Permanentes de categoria provincial autorizados a formular vários regulamentos económicos avulsos, dando à zona especial maior autonomia na reforma e abertura. De facto, como um estado unitário, a China estabelece um sistema legislativo unificado e simultaneamente hierárquico para se adaptar às condições nacionais básicas do seu vasto território, diferenças na cultura e costumes tradicionais locais e desenvolvimento económico e social desequilibrado em várias regiões. O poder legislativo regional deriva da autorização ou atribuição do estado, e está subordinado ao poder do estado. Sobre essas matérias, *vide* 謝勇 (XIE, Yong), 李錦 (LI, Jin), 歐愛民 (OU, Aimin) - 地方立法學 (tradução em português: *Teoria da Legislação Regional*). Beijing: Law Press, 2019, na parte de prefácio e pp. 11-12, 14.

17. Cfr. o texto completo do Projeto Geral de Construção no sítio oficial do Governo Popular Central da República Popular da China. Disponível em http://www.gov.cn/zhengce/2021-09/05/content_5635547.htm.

18. *Ibidem*.

13. Cfr. o texto completo do Projeto Geral de Construção no sítio oficial do Governo Popular Central da República Popular da China. Disponível em http://www.gov.cn/zhengce/2021-09/05/content_5635547.htm.

14. *Ibidem*.

15. *Ibidem*.

ços públicos e o sistema de segurança social estejam numa ligação ordenada com os de Macau; e o número de residentes de Macau que vivem e trabalham na zona de cooperação aumente significativamente. No 30.º Aniversário da reunificação de Macau à China em 2029, espera-se que a economia da zona de cooperação e a de Macau estejam em alto nível de sinergia, o sistema de articulação de normas¹⁹ esteja plenamente estabelecido e o desenvolvimento das indústrias com características atinja certa dimensão. Até 2035, espera-se que a forte vitalidade e superioridade do princípio de “um país, dois sistemas” estejam plenamente demonstradas; a capacidade económica e a competitividade tecnológica da zona de cooperação sejam muito melhoradas; os serviços públicos e o sistema de segurança social funcionem com eficiência; o sistema e a o mecanismo de desenvolvimento integrado de Hengqin e Macau sejam melhorados; e a promoção da diversificação moderada da economia de Macau seja basicamente alcançada²⁰.

Como se vê, na construção da zona de cooperação, as tarefas de articulação de normas são de particular relevância, sendo mencionadas repetidamente no Projeto Geral de Construção. Conforme o Diretor Interino da Direção dos Serviços de Assuntos Jurídicos em Hengqin, *Wang Yan*, o sistema jurídico a aplicar em Hengqin e o sistema jurídico atual de Macau podem estar muito próximos, mas

19. A “articulação de normas” deriva do termo chinês “規則銜接”, que é utilizado pelas entidades oficiais chineses e macaenses com o seguinte significado: atualmente, o sistema jurídico aplicável em Hengqin é basicamente o aplicável nas demais cidades da China. Com a necessidade de construção de uma zona de cooperação em Hengqin, na qual se envolverá também na participação os residentes macaenses, não se pode continuar a aplicar somente o sistema jurídico chinês em Hengqin, mas sim um sistema jurídico novo e específico, tendo em consideração as características do sistema jurídico chinês e do sistema jurídico macaense. Por conseguinte, na construção do referido sistema, foi levantada a necessidade de levar a cabo as tarefas de “articulação de normas”, significando isso as tarefas de articular as normas do sistema jurídico chinês e as normas do sistema jurídico macaense na construção do novo sistema jurídico a aplicar em Hengqin.

20. *Ibidem*.

este último não pode ser diretamente aplicado em Hengqin²¹.

Até ao final de 2022, espera-se que possam ser implementados 100 a 120 assuntos específicos de articulação de normas na sua totalidade²². As tarefas de articulação em progresso, são, por exemplo, a promoção dos mecanismos de resolução extrajudiciais de litígios (tais como, a arbitragem^{23/24} e a mediação), as alargadas condições para requerimento e quotas para circulação de veículos motorizados de Macau em Hengqin²⁵, a facilitação do reconhecimento de qualificações profissionais

21. Ainda com a citação do exemplo do regime de impostos a aplicar em Hengqin, afirmando este que pode ser aplicada a residentes macaenses em Hengqin uma taxa de imposto profissional baixa, tal como o que acontece em Macau, porém, não implica isso uma aplicação direta do regime de impostos de Macau em Hengqin. Vide as informações constantes no sítio oficial da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*. Disponível em http://www.hengqin.gov.cn/macao_zh_hant/hdjl/cjwjt/content/post_3002768.html.

22. Cfr. as informações constantes no sítio oficial da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*. Disponível em http://www.hengqin.gov.cn/macao_zh_hant/hz-qgl/dtyw/xwbb/content/post_3124653.html.

23. A arbitragem, por sua vez, designadamente em comparação com a jurisdição judicial, é usualmente caracterizada pela sua maior celeridade, menor complexidade do processo, possibilidade de as partes escolherem os árbitros e a confidencialidade do processo e da sentença arbitral. Vide BARROCAS, Manuel Pereira - *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 141.

No nosso entender, as vantagens da arbitragem são ainda ampliadas para a resolução de litígios meramente civis e comerciais na zona de cooperação, designadamente quando estamos perante frequentemente litígios com partes que vêm de diferentes ordenamentos jurídicos, sendo dispensada a necessidade, que é imposta pelas legislações nacionais, de considerar e aplicar determinado direito material.

24. Atualmente, a *Zhuhai Court of International Arbitration* está a estabelecer, conjuntamente com o Centro de Arbitragem do Centro de Comércio Mundial Macau, o Centro de Arbitragem da Associação dos Advogados de Macau e a Associação de Arbitragem de Macau, uma plataforma de cooperação em arbitragem transfronteiriça. Vide as informações constantes no sítio oficial da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*. Disponível em http://www.hengqin.gov.cn/macao_zh_hant/hzqgl/dtyw/xwbb/content/post_3071358.html.

25. Cfr. a notícia constante no Portal do Governo da Região Administrativa Especial de Macau. Disponível em <https://www.gov.mo/pt/noticias/252734/>.

dos residentes de Macau²⁶, e a permissão de os advogados de Macau exercerem funções de advocacia na Área da Grande Baía com a aprovação na prova de admissão e a conclusão do curso de formação²⁷, etc.

A articulação de normas é indispensável pelo facto de a maioria das áreas da zona de cooperação ser regida pelas leis da China, que são diferentes das de Macau e dos ordenamentos jurídicos internacionais em muitos aspetos²⁸. Neste contexto, a perfeição do trabalho de articulação de normas permitirá a atração de mais residentes macaenses e talentos internacionais de alto nível para viverem e trabalharem lá²⁹, criando assim um espaço de conforto, segurança e de justiça para todos os participantes nesta zona.

2. A PROMOÇÃO DA UNIFORMIZAÇÃO DE NORMAS DE CONFLITOS QUE VERSEM SOBRE OBRIGAÇÕES PRIVADAS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL

No que respeita às tarefas de articulação de normas, um dos aspetos que merece atenção e apreciação é a promoção da uniformização de normas que versem sobre obrigações privadas internacionais³⁰ em matéria civil e

comercial em Hengqin.

Consoante o espírito e conteúdo do Projeto Geral de Construção acima expostos, a zona de cooperação será remodelada completamente para fornecer uma nova plataforma para o desenvolvimento de diversas indústrias com características, com a intervenção simultânea de cidadãos ou sociedades chinesas, macaenses e ainda estrangeiras. Deste modo, as atividades e interações civis e comerciais que terão lugar em Hengqin apresentam muitas vezes “elementos internacionais” a nível de Direito Internacional Privado e, no caso de ocorrência de litígios judiciais de natureza civil e comercial, poderão surgir dúvidas quanto à determinação da lei aplicável e ainda dos tribunais competentes para a apreciação do caso em concreto.

Na realidade, temos de admitir que a promoção dos mecanismos de resolução extrajudiciais de litígios, tais como a arbitragem e a mediação, contribuirão eficazmente para a resolução dos litígios que apresentam elementos internacionais em Hengqin. Há situações em que tais meios, todavia, não funcionam. São os casos em que não existe uma convenção de arbitragem³¹ entre as partes, assim como os casos em que as partes não chegam a um acordo ou não cumprem voluntariamente o acordo concluído na mediação. Por conseguinte, haverá lugar necessariamente, nestas hipóteses, a intervenção dos tribunais judiciais, que decidirão e apreciarão a lei aplicável para a resolução dos litígios.

26. Um dos exemplos é a promoção do reconhecimento de qualificações profissionais na área de construção de obras. Vide as informações constantes no sítio oficial da *People's Government of Guangdong Province*. Disponível em <https://qy.hengqin.gov.cn/hq-enterpriser/before/article.html?id=10004864>.

27. Cfr. as informações constantes no sítio oficial da *Department of Justice, Guangdong*. Disponível em http://sft.gd.gov.cn/sfw/zw/gk/flfggz/content/post_3729391.html.

28. Cfr. as informações constantes no sítio oficial da *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*. Disponível em http://www.hengqin.gov.cn/macao_zh_hant/hdjl/cjw/content/post_3002768.html.

29. *Ibidem*.

30. Alguns autores, no entanto, entendem que se trata de um conflito entre as leis regionais e não internacionais em Hengqin, uma vez que estamos perante um conflito das leis entre diferentes regiões num estado unitário, mais concretamente,

as da China e de Macau. Sobre esta matéria, vide 呂冬娟 (LU, Dongjuan), 田兆麟 (TIAN, Zhaolin) - 橫琴粵澳深度合作區民商事規則銜接的路徑選擇 (tradução em português: *Seleção de caminho para a articulação de normas civis e comerciais na Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*). 2022, p. 180. Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://fill.um.edu.mo/wp-content/uploads/2022/08/49-11.pdf&ved=2ahUKEw-jF9oXj4qP6AhUWmVYBHfYiBt04ChAWegQICRAB&usg=AOvVaw3hohrMQJ3vPQhsG7KappgC>.

31. Quer sob a modalidade de cláusula compromissória, quer sob a modalidade de compromisso arbitral, sendo um ou outro pressuposto necessário para que o recurso ao meio de arbitragem seja viável. Vide BARROCAS, Manuel Pereira - *ob. cit.*, pp. 143 e 170.

Um outro argumento possível contra a promoção da uniformização de normas que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial em Hengqin, nomeadamente em relação à determinação da lei aplicável para a resolução dos litígios, seria a ideia da aplicação direta das normas previstas na “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais”³² da China em Hengqin. Trata-se de um diploma que contém regras gerais sobre a determinação da lei aplicável para a resolução de litígios que envolvem elementos internacionais na China. Esta ideia, infelizmente, não corresponde ao espírito e conteúdo do Projeto de Construção nem ao sistema de administração conjunta por Guangdong e Macau, que tem lugar em Hengqin. Desde logo, esta opção não contribui nada para a aceleração da construção de zona de cooperação. Se esse diploma fosse aplicável diretamente em Hengqin, as soluções chegadas quanto à determinação da lei aplicável seriam idênticas com as chegadas noutras regiões da China³³. Além do mais, como acima referido, é necessário levar a cabo tarefas de articulação de normas na zona de cooperação, uma vez que as

leis da China são diferentes das de Macau³⁴ e dos ordenamentos jurídicos internacionais em muitos aspetos, e a perfeição do trabalho destas permitirá a atração de mais residentes macaenses e talentos internacionais de alto nível para viverem e trabalharem lá. Por fim, o sistema de administração conjunta por Guangdong e Macau manifesta-se pelas características de “discutir, construir, gerir e partilhar em conjunto”. Neste contexto, a aplicação somente e direta da “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais” em Hengqin sem a consideração das especialidades do ordenamento jurídico e dos interesses de Macau seria também injustificada.

Pelos motivos expostos, e em face das diferenças encontradas entre o ordenamento jurídico da China e o de Macau, a uniformização de normas que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial é um passo essencial para a resolução dos litígios com elementos internacionais nos tribunais judiciais em Hengqin.

32. Texto completo disponível em <https://www.6laws.net/6law/law-gb/%E4%B8%AD%E8%8F%AF%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9C%8B%E6%B6%89%E5%A4%96%E6%B0%91%E4%BA%8B%E9%97%9C%E4%BF%82%E6%B3%95%E5%BE%8B%E9-%81%A9%E7%94%A8%E6%B3%95.htm>. Aliás, para o efeito de correta interpretação e aplicação deste, é necessário referir também à “Interpretação n.º 1 do Supremo Tribunal Popular sobre Várias Questões Relativas à “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais” (Interpretação de leis [2012] n.º 24). Disponível em <http://gongbao.court.gov.cn/Details/a22a155f840d841a8adbdf0627fd.html>.

33. São aplicáveis os dispostos da “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais” às relações civis relacionadas com a Região Administrativa Especial de Macau, nos termos do artigo 19.º da “Interpretação n.º 1 do Supremo Tribunal Popular sobre Várias Questões Relativas à “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais” (em chinês: 《最高人民法院關於適用《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》若干問題的解釋（一）》》). Disponível em <https://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-5273.html>.

34. Por exemplo, no que diz respeito ao Direito Internacional Privado, na China, de acordo com o artigo 9.º da “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais” (em chinês: 《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》), as leis estrangeiras aplicáveis às relações civis que envolvem elementos internacionais não incluem as respetivas normas de conflitos, significando isso que o mecanismo de reenvio não é permitido na China, porém, o mesmo já é possível em Macau, nos termos do artigo 16.º do Código Civil de Macau.

Um outro exemplo tem a ver com a lei aplicável para os casos da responsabilidade por violação de direitos de personalidade, como direito ao nome, direito à imagem, direito à honra e direito à privacidade através da Internet ou outros meios. Na China, nestas hipóteses, prevê-se expressamente que é regulada pela lei de residência habitual do lesado, nos termos do artigo 46.º da “Lei da República Popular da China sobre a Aplicação de Leis para Relações Civis Internacionais” (em chinês: 《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》). Todavia, em Macau, pelo facto de não estarem previstas expressamente tais situações específicas de violação, é aplicável a regra geral quanto à responsabilidade civil extracontratual, ou seja, é regulada, em princípio, pela lei do lugar onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo, nos termos do artigo 44.º, n.º 1, do Código Civil de Macau.

3. A APRENDIZAGEM EXPERIENCIAL DAS PRÁTICAS NA UNIÃO EUROPEIA

Com efeito, o trabalho da uniformização de normas que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial na zona de cooperação envolverá alto grau de dificuldade, não apenas pela amplitude das matérias a regular no direito civil e comercial, mas também pela participação conjunta do Governo de Guangdong e de Macau neste procedimento, estando cada um destes a representar e defender interesses controversos entre si. Portanto, antes de proceder ao referido trabalho da uniformização de normas, convém fazer referência às práticas e experiências semelhantes dos outros países ou regiões estrangeiras, por exemplo, a União Europeia (UE).

No nosso entendimento, o trabalho da articulação de normas está a decorrer em Hengqin, bem como as finalidades deste são, até certo ponto, semelhantes aos da compatibilidade de normas levado a cabo na UE nas últimas duas décadas. A UE, por sua vez, é uma união política e económica estabelecida conjuntamente por diversos países europeus, tendo por objetivos principais, entre outros, assegurar, mediante uma ação comum, o progresso económico e social dos seus Estados e eliminar as barreiras que dividem a Europa, nos termos dos Preâmbulos do Tratado da União Europeia (TUE) e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Pelo facto de os ordenamentos jurídicos serem diferentes nesses Estados-Membros, de acordo com o artigo 3.º, n.º 2, do TUE, a União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas. Além disso, de acordo com o artigo 81.º, n.º 1, do TFUE, a União desenvolve uma cooperação judiciária nas matérias civis com incidência transfronteiriça e essa cooperação pode incluir a adoção de medidas de aproximação das dis-

posições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros. Para esse efeito, o Parlamento Europeu e o Conselho podem adotar medidas destinadas a assegurar a compatibilidade das normas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, al. c), do TFUE.

Apesar disso, podemos identificar também aspetos diferentes entre a situação de Hengqin e a situação da UE. Em primeiro, a promoção da uniformização de normas em Hengqin destina-se a resolver apenas as diferenças nos ordenamentos jurídicos entre duas regiões num Estado unitário, mais precisamente, o da China e o de Macau, enquanto o trabalho de compatibilidade de normas na UE se destina a resolver diferenças nos ordenamentos jurídicos entre vários países europeus. Em segundo, no caso de Hengqin, o poder legislativo necessário para essa tarefa é conferido à Zona Económica de Zhuhai³⁵, que é uma das quatro modalidades de legislação a nível regional na China e, diversamente, no caso da UE, o poder legislativo necessário para essa tarefa é conferido à UE, que é uma organização supranacional, quando tal

35. Salienta-se ainda que há duas modalidades do poder legislativo das zonas económicas da China, ou seja, o poder legislativo de competência própria e o poder legislativo de habilitação, nos termos dos artigos 72.º e 74.º da “Lei da República Popular da China sobre Legislações” (em chinês: 《中華人民共和國立法法》), respetivamente. Na prática, só cabe à Assembleia Popular Nacional e ao seu Comité Permanente decidir sobre as matérias previstas nos seus artigos 8.º e 9.º, por conseguinte, tais matérias só podem ser tocadas e regulamentadas pelas zonas económicas mediante habilitação. Aliás, entende-se que as legislações promulgadas pelas zonas económicas mediante habilitação equivalem às legislações promulgadas pelo órgão habilitante, tornando tais legislações das zonas económicas especiais superiores às legislações regionais gerais em termos de hierarquia. Sobre essas matérias, vide 謝勇 (XIE, Yong), 李錦 (LI, Jin), 歐愛民 (OU, Aimin) - *ob. cit.*, pp. 116-120.

Apesar de estar previsto no Projeto Geral que o aproveitamento do poder legislativo conferido à Zona Económica de Zhuhai é necessário para o trabalho de articulação de normas em Hengqin, a fim de evitar a falta de competência por parte desta, bem como de se tornarem as legislações superiores às legislações regionais gerais em termos de hierarquia, sugere-se que possa ser obtido parecer ou habilitação por parte da Assembleia Popular Nacional ou do seu Comité Permanente, sempre que for necessário.

tarifa não for realizável perfeitamente pelos Estados-Membros³⁶.

Atualmente, na UE, estão a funcionar três regulamentos principais³⁷ para o efeito da compatibilidade de normas civis e comerciais entre vários Estados-Membros, ou seja, o Roma I³⁸, o Roma II³⁹ e o Bruxelas I *bis*⁴⁰. O Roma I visa a regulamentação das obrigações contratuais em matéria civil e comercial que envolvam um conflito de leis, nos termos do seu artigo 1.º, n.º 1. O Roma II, por sua vez, é aplicável em situações que envolvam um conflito de leis, às obrigações extracontratuais em matéria civil e comercial, nos termos do seu artigo 1.º, n.º 1. Por fim, o Bruxelas I *bis* visa uniformizar as normas de competência internacional e facilitar o reconhecimento de sentenças estrangeiras. Desta forma, existe uma interdependência e complemen-

taridade entre os três regulamentos, uma vez que o Bruxelas I *bis* prevê normas de competência alternativa em matéria de obrigações contratuais e extracontratuais, necessitando de ser completado com normas de conflitos uniformes presentes no Roma I e no Roma II, e a correlação entre os três permitirá a construção de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça⁴¹.

Como o trabalho da uniformização de normas que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial em Hengqin está ainda na fase primitiva e implicará um grande desafio, propomos referir-se às respetivas práticas e experiências da UE. Quer dizer, com o aproveitamento apropriado do poder legislativo da Zona Económica de Zhuhai, aprovar-se-ão assim três regulamentos correspondentes aos dos Roma I, Roma II e Bruxelas I *bis* em Hengqin. Esta iniciativa, embora implique grande volume de trabalho de pesquisas, será vantajosa para o desenvolvimento no futuro de Hengqin, com os seguintes dois fundamentos.

Em primeiro, é possível prever com antecedência as problemáticas que poderão surgir na elaboração, interpretação e aplicação dos regulamentos, bem como aprender com as soluções adotadas na UE, tendo como exemplos a articulação entre os regulamentos⁴², a articulação dos regulamentos com as fontes

36. A intervenção da UE não é automática, devendo os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade ser respeitados, nos termos do artigo 5.º, n.º 1, do TUE. Vide GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 218 e segs.

37. Para além do Regulamento Roma III (Regulamento (UE) n.º 1259/2010 do Conselho, de 20 de dezembro de 2010, que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial) e do Regulamento Bruxelas II *bis* (Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental).

Apesar disso, tendo em vista que a zona de cooperação é apenas uma plataforma para a convivência das pessoas que vêm dos diferentes ordenamentos jurídicos e o desenvolvimento das atividades comerciais, o Regulamento Roma III e o Regulamento Bruxelas II *bis*, pelos seus objetos de regulamentação, não têm grande aplicabilidade e valor de referência no presente estudo.

38. Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A02008R0593-20080724>.

39. Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A032007R0864>.

40. Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>.

41. Cfr. GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - *ob. cit.*, p. 260.

42. Nomeadamente, sobre as potenciais zonas de sobreposição entre o Roma I e o Roma II, derivadas da interpretação do conceito de obrigações contratuais e extracontratuais. Com referência a uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), chegaram a uma conclusão de que o âmbito da aplicação do Roma II deveria ser definido negativamente face ao âmbito de aplicação do Roma I, ou seja, devendo o Roma II ser aplicado nas situações não abrangidas pelo Roma I, embora com necessidade de referência ainda à futura jurisprudência do mesmo tribunal.

Um outro exemplo tem a ver com a questão da qualificação das situações de responsabilidade pré-contratual, que acabam por ser regulamentadas pelo Roma II, nos termos do seu considerando 30.

Sobre essas matérias, vide GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - *ob. cit.*, pp. 251 e segs.

nacionais⁴³ e a especialidade de a situação jurídica a regular⁴⁴. Assim, com referência a esses regulamentos existentes da UE, bem como às posições adotadas pela jurisprudência do TJUE e pela doutrina na interpretação e aplicação destes, ser-nos-á dada uma maior oportunidade de proceder a melhoramentos e adaptações dos respetivos regulamentos aplicáveis em Hengqin.

Em segundo, o sucesso na aprovação dos três regulamentos acima referidos, para o efeito da compatibilidade de normas civis e comerciais na UE, resulta de cooperação e coordenação com esforços entre vários Estados-Membros, tendo em consideração, designadamente, a diversidade na cultura e nos ordenamentos jurídicos de cada um dos membros, assim como os interesses apresentados por cada um destes. Portanto, os três regulamentos têm, no campo da compatibilidade de normas, alto valor de referência para outros países estrangeiros, sendo ao mesmo tempo reconhecidos internacionalmente. Nesta perspetiva, a referência a esses regulamentos contribuirá eficazmente para a construção de um sistema institucional em que as normas civis e comerciais se articulam também de acordo com as normas internacionais em Hengqin, tal como é exigido nos termos

43. Por exemplo, no que respeita às obrigações extracontratuais descritas no artigo 1.º, n.º 2 e n.º 3, do Roma II (tais como as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas, bem como as obrigações que decorrem de relações de família, etc.), excluídas do âmbito de aplicação do regulamento, será aplicável o regime conflitual interno dos Estados-Membros, quando não existirem convenções internacionais que versem sobre as mesmas. *Vide* GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - *ob. cit.*, p. 268.

44. Tais como a exclusão da matéria de obrigações extracontratuais que decorram da violação da vida privada e do direito de honra, no âmbito da aplicação do Roma II, bem como a determinação da jurisdição para os casos da violação transfronteiriça dos direitos de personalidade através da Internet.

Vide OLIVEIRA, Elsa Dias - Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. V 5, N.º 1 (março de 2013), pp. 139-162. Também, *vide* GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade. *UNIO EU Law Journal*. V 3 (2022), pp. 39-48.

do Projeto Geral de Construção, permitindo a atração de mais talentos internacionais para viverem e trabalharem lá.

Com a elaboração eventual de três regulamentos correspondentes aos dos Roma I, Roma II e Bruxelas I *bis* em Hengqin, esperamos que sejam alcançadas uma melhor escolha e previsibilidade da lei aplicável no âmbito das obrigações privadas decorrentes de atividades civis e comerciais nos tribunais judiciais, uma maior facilitação do reconhecimento mútuo das decisões judiciais⁴⁵ e uma determinação mais clara dos tribunais competentes para a apreciação do caso em concreto. Desta forma, a construção de um espaço de vivência e de desenvolvimento das atividades comerciais agradável para os cidadãos/residentes ou sociedades comerciais chinesas, macaenses e estrangeiras será facilitada.

Além do mais, embora não seja adotada a iniciativa de elaboração dos referidos três regulamentos no fim das contas, quer pela adoção de outra forma de uniformização de normas de conflitos que não seja a de regulamentos⁴⁶, quer pela aprendizagem experiencial de práticas dos outros países ou regiões do mundo, entendemos que, pelos motivos expostos, os dispostos nos referidos três regulamentos e as experiências da compatibilidade de normas na UE poderão sempre ser referenciados e aproveitados na construção e aperfeiçoamento do sistema institucional em Hengqin.

45. Referem-se, designadamente, às decisões judiciais proferidas em Hengqin, Macau e na China.

46. Admitimos, todavia, para além da elaboração de três regulamentos correspondentes aos dos Roma I, Roma II e Bruxelas I *bis*, existirem outras formas alternativas para completar a mesma tarefa em Hengqin. Uma das formas possíveis é a celebração de acordos para uniformizar as normas de conflitos em Hengqin entre a China e Macau. Comparando com elaboração dos regulamentos, a celebração dos acordos é uma forma mais flexível e fácil. Sobre essa perspetiva, *vide* 吕冬娟 (LU, Dongjuan), 田兆麟 (TIAN, Zhaolin) - *ob. cit.*, pp. 182-183.

4. OBSERVAÇÕES FINAIS

Iniciámos o nosso estudo introduzindo sumariamente a história e as estatísticas de economia de Macau após a reunificação deste à China, bem como a influência da pandemia de Covid-19 sobre o desenvolvimento económico deste. A fim de fornecer uma nova plataforma para promover a diversificação económica moderada em Macau, foi promulgado, em 5 de setembro de 2021, o Projeto Geral de Construção, no qual é prevista a necessidade de construir a *Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin* no futuro.

De acordo com o respetivo Projeto Geral de Construção, apesar de a zona de cooperação pertencer puramente a uma parte territorial da Província de Guangdong da China em tempo passado, será remodelada e administrada conjuntamente por Guangdong e Macau. Na construção desta, um sistema institucional em que as normas civis e comerciais se articulam de acordo com as normas de Macau e internacionais deverá ser gradualmente construído. Neste contexto, poderá ser recorrido plenamente ao uso do poder legislativo da Zona Económica Especial de Zhuhai.

No que respeita às tarefas de articulação de normas, nomeadamente quanto à promoção da uniformização de normas que versem sobre obrigações privadas internacionais em matéria civil e comercial, propõe-se que as experiências e as práticas na UE poderão ser referidas e aprovar-se-ão três regulamentos correspondentes aos dos Roma I, Roma II e Bruxelas I *bis* em Hengqin. Esta iniciativa permitirá a identificação com antecedência de problemáticas que possam surgir na elaboração, interpretação e aplicação dos regulamentos, bem como a aprendizagem de soluções adotadas na UE. Aliás, a referência a esses regulamentos contribuirá eficazmente na construção de um sistema institucional reconhecível internacionalmente em Hengqin, permitindo a atração de mais talentos internacionais para viverem e trabalharem lá. Apesar de não ser adotada tal iniciativa,

sugere-se ainda que os dispostos dos referidos três regulamentos e as experiências da compatibilidade de normas na UE possam ser referenciados e aproveitados sempre na construção e aperfeiçoamento do sistema institucional em Hengqin.

5. BIBLIOGRAFIA

- BARROCAS, Manuel Pereira - Manual de Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN: 978972-40-3983-1.
- GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - Os recentes desenvolvimentos em matéria de jurisdição por violação transfronteiriça de direitos de personalidade. *UNIO EU Law Journal*. ISBN: 978-989-533342-3-0. V 3 (2022), pp. 39-48.
- GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa - *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN: 978-972-40-5144-4.
- 駱偉健 (LOK, Waikin) - 澳門特別行政區基本法新論 (tradução em português: *Nova Introdução à Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*). Macau: Fundação Macau; China: Social Sciences Academic Press, 2012. ISBN: 978-99937-1-071-4.
- 呂冬娟 (LU, Dongjuan), 田兆麟 (TIAN, Zhaolin) - 橫琴粵澳深度合作區民商事規則銜接的路徑選擇 (tradução em português: *Seleção de caminho para a articulação de normas civis e comerciais na Zona de Cooperação Aprofundada entre Guangdong e Macau em Hengqin*). Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://fil.um.edu.mo/wp-content/uploads/2022/08/49-11>.

Investigação criminal defensiva: a efetivação da ampla defesa

*Evinis da Silveira Talon1**

SUMÁRIO

Introdução. 1. Defesa e processo penal: do que precisamos? 2. A investigação criminal defensiva como meio de efetivação da ampla defesa. 3. Limites da investigação criminal defensiva. Conclusões. Referências.

RESUMO

Atualmente, uma das grandes necessidades do processo penal consiste na efetivação dos instrumentos para a realização de uma defesa. Permitir que o acusado participe ativamente do processo, produzindo provas e apresentando seus fundamentos, é um requisito importante para a legitimidade do processo penal contemporâneo. Assim, este trabalho propõe a utilização da investigação criminal defensiva, isto é, uma investigação realizada pelo advogado do réu, com o objetivo de encontrar provas, ouvir testemunhas e realizar perícias, por exemplo, para futura utilização no processo.

PALAVRAS-CHAVE

Investigação – Defesa – Provas.

ABSTRACT:

Currently, one of the great needs of the criminal procedure is the implementation of the instruments to carry out a defence. Allowing the accused to actively participate in the process, producing evidence and presenting its grounds, is an important requirement

for the legitimacy of contemporary criminal proceedings. Thus, this paper proposes the use of defensive criminal investigation, that is, an investigation carried out by the defendant's lawyer, with the objective of finding evidence, hearing witnesses and carrying out expertise, for example, for future use in the process.

KEYWORDS

Investigation – Defence – Proof.

INTRODUÇÃO

É cediço que a prova é o centro de análise do processo penal, porque o resultado do julgamento dependerá da apreciação judicial das provas produzidas pelas partes. Entretanto, ainda são tímidas as perspectivas sobre a ampliação da iniciativa probatória da defesa, em que pese o réu seja o grande interessado em manter a presunção de sua inocência e evitar os erros judiciários.

Assim, o presente texto tem o objectivo de propor uma reanálise do processo penal a partir da teoria da prova, especificamente por meio da permissão para que a defesa realize uma investigação independente, que não exige autorização judicial para deferir a produção das provas, exceto se condicionadas à reserva de jurisdição. Em outras palavras, este trabalho defende a implementação da investigação criminal defensiva.

Nesse ponto, o questionamento é: a defesa pode fazer uma investigação paralela e alheia à investigação oficial? Noutros termos, o advogado pode instaurar e conduzir sua própria investigação? Essa investigação é ilimitada? A princípio, quais seriam os limites e as proibições?

É importante destacar que a defesa penal

1. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho (Portugal), doutorando em Direito Penal pelo Centro de Estudios de Posgrado (México), Mestre em Direito pela Unisc (Brasil), máster em Direito penal pela Universidade de Sevilha, máster em Direito Penitenciário pela Universidade de Barcelona, Professor de cursos de pós-graduação, advogado criminalista e autor de livros. Email: evinistalon@hotmail.com

não pode ser padronizada e passiva, tampouco se limitar a rebater os fatos e as provas que surgem por meio da versão do Ministério Público. Os advogados devem produzir provas, por meio de uma atuação proativa, e não apenas reativa.

Contudo, condicionar a produção de provas ao ambiente judicial é uma limitação da ampla defesa. Afinal, todas as provas de iniciativa do acusado seriam produzidas somente na presença do magistrado e do Ministério Público, não permitindo que a defesa tenha ciência prévia do conteúdo que integrará o processo. Por isso, é importante refletir sobre a ampliação da defesa, por meio da investigação criminal defensiva.

1. DEFESA E PROCESSO PENAL: DO QUE PRECISAMOS?

O processo penal tem enfrentado várias crises em razão do sensacionalismo mediático e do punitivismo crescente na opinião pública. Não são raras as tentativas de fragilizar os direitos e as garantias fundamentais, especialmente por meio da restrição de instrumentos utilizados pela defesa, como recursos, *habeas corpus* e possibilidades probatórias. O processo penal, por si só, gera sofrimento até para os inocentes, que precisam se submeter a um processo traumatizante para que tenham a tranquilidade da absolvição.

Segundo Carnelutti: *“Infelizmente, a justiça humana está feita de tal maneira que não somente se faz sofrer os homens porque são culpados, senão também para saber se são culpados ou inocentes. Esta é, infelizmente, uma necessidade, à qual o processo não pode se subtrair, nem sequer se seu mecanismo fosse humanamente perfeito. Santo Agostinho escreveu a este respeito uma de suas páginas imortais; a tortura, nas formas mais cruéis, foi abolida, ao menos no papel; mas o próprio processo é*

*uma tortura.”*²

Nesse ponto, parece-nos que o processo penal exige uma releitura a partir do direito de defesa e da teoria da prova, por meio de debates ainda embrionários em países como Brasil, Portugal e Espanha, mas já avançados nos Estados Unidos e na Itália. Esse debate passa pela ampliação das possibilidades probatórias da defesa.

Como diz Oliveira: *“Qualquer relação de aconselhamento jurídico ou de patrocínio forense importa, para o respectivo advogado, uma irrenunciável responsabilidade cívica ética e profissional, mormente pelas consequências mediatas que possam vir a produzir-se na esfera jurídica do aconselhado ou representado, na sequência do desempenho daquele.”*³

É certo que a defesa não garante resultados, mas deve buscá-los com todos os meios legalmente permitidos. Nas belíssimas palavras de Silva, “a defesa é um meio e perse-gue um fim. Não é preciso defender ‘bonito’, é preciso defender ‘útil’⁴. Dessa forma, a utilidade da defesa tem um valor especial em relação a sua estética e, mais ainda, em relação a sua mera existência burocrática e protocolar.

Nery Junior demonstra, com exatidão, o problema da defesa meramente protocolar: “A defesa feita de forma burocrática, apenas para atender formalmente à garantia da ampla defesa, não impede a caracterização da violação dessa garantia constitucional. É necessário que se dê à parte o direito efetivo de ampla defesa”⁵.

Acreditamos que a definição de um direito efetivo de ampla defesa exige que o acu-

2. CARNELUTTI, Francesco - As misérias do processo penal. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pílulas, 2009, p. 66.

3. OLIVEIRA, Francisco da Costa - A defesa e a investigação do crime. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 17.

4. SILVA, Evandro Lins e - A defesa tem a palavra. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991, p. 21.

5. NERY JUNIOR, Nelson - Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 10.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 252.

sado possa provar mais, e não apenas falar mais. Alegar sem provas não é suficiente.

É sabido que o ônus de provar incumbe à acusação. Nesse ponto, tem razão Guarnieri ao afirmar que “incumbe a la acusación la prueba positiva, no sólo de los hechos que constituyen el delito, sino también de la inexistencia de los que le excluyan”⁶. Em sentido idêntico, Aroca entende que “el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de dictarse sentencia absolutoria”⁷.

Entretanto, a imposição do ônus probatório à acusação não afasta o interesse da defesa em produzir provas das suas alegações, seja para conquistar a absolvição do acusado, seja para demonstrar alguma circunstância que reduza a pena. Por isso, a atribuição do ônus probatório à acusação não é um obstáculo à ampliação dos poderes probatórios da defesa, que tem pleno interesse em confirmar a presunção de inocência ou de não culpabilidade.

2. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA COMO MEIO DE EFE-TIVAÇÃO DA AMPLA DEFESA

Com precisão, Nery Junior afirma: “*Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa têm o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável.*”⁸

A possibilidade de provar suas afirmações é inerente a um processo penal democrático. Essa possibilidade significa uma participação ativa, postulando a produção de

provas e questionando as provas produzidas.

Conforme Oliveira, “o defensor não deve confiar o destino do arguido ‘à sorte’ das investigações oficiosas e, antes pelo contrário, deverá nas mesmas procurar intervir”⁹. Essa intervenção na investigação, que também pode ser ampliada para a fase judicial, não pode limitar-se a requerer diligências e provas. Também é necessário que o advogado apresente as provas obtidas e produzidas, o que pode ser feito mediante uma investigação criminal defensiva.

No Brasil, ainda não existe lei sobre a matéria, mas o art. 1.º do Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil prevê o conceito de investigação criminal defensiva: “*Art. 1.º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.*”

Assim, a investigação criminal defensiva pode ser entendida como um procedimento instaurado, presidido e conduzido pelo advogado, em favor de um acusado, para realizar atividades de natureza investigatória, com o objetivo de produzir elementos que serão juntos ao processo penal, se forem favoráveis ao seu constituinte.

Nas palavras de Oliveira, “pode o arguido partir da avaliação que fez das investigações judiciárias para a investigação de factos e recolha de meios de prova, por sua conta, em sentidos que se lhe mostrem convenientes”¹⁰.

Ademais, como lembra Bulhões: “*Conhecimentos os mais diversos acerca de tecnologias, arquivologia, cadeia de custódia, ciências periciais, entre muitos outros temas serão exi-*

6. GUARNIERI, Jose - Las partes en el Proceso Penal. Trad. Cons-tancio Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952, p. 305.

7. AROCA, Juan Montero - Principios del proceso penal. Valen-cia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 153.

8. NERY JUNIOR, Nelson - ob. cit., p. 249.

9. OLIVEIRA, Francisco da Costa - ob. cit., p. 19.

10. OLIVEIRA, Francisco da Costa - ob. cit., p. 25.

gidos. E não há como pré-determinar em absoluto quais serão os conhecimentos necessários à realização desta ou daquela investigação defensiva. Isto vai depender do contexto concreto posto em discussão.¹¹

Destarte, a investigação criminal defensiva exigirá inúmeros conhecimentos específicos do advogado, tendo aspectos interdisciplinares e complementares. Além disso, será importante utilizar todas as medidas e formalidades necessárias para evitar a violação de direitos de terceiros.

São possíveis muitas medidas na investigação criminal defensiva. Apenas para exemplificar, o art. 4.º do Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB dispõe: “Art. 4.º Poderá o advogado, na condução da investigação defensiva, promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressaltadas as hipóteses de reserva de jurisdição.”

Portanto, há várias possibilidades, como laudos e exames periciais, reconstituições, pesquisas de dados e, principalmente, a colheita de depoimentos. Sem dúvidas, a oitiva de testemunhas é uma das diligências mais interessantes para a investigação criminal defensiva, porque permite uma análise da fala dessas pessoas antes de que o conteúdo chegue ao conhecimento do magistrado. Dessa forma, ouvindo previamente a testemunha em um procedimento privado, o advogado poderá deliberar se levará ao processo o seu depoimento, seja por meio de um documento assinado, seja pela repetição do depoimento perante o juiz.

Nessa linha, Bulhões afirma: “Nessa toada, é possível que o advogado chame, formalmente, testemunhas, sejam elas amigáveis, neutras ou hostis. As ‘amigáveis’ poderão facilmente comparecer espontaneamente, enquanto

talvez as ‘neutras’ reajam positivamente a uma notificação extrajudicial privada, e às ‘hostis’ muito provavelmente reste a alternativa da notificação cartorária (pública). Todas deverão ser igualmente documentadas.”¹²

3. LIMITES DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Para termos ciência da grandeza e dos desafios da investigação defensiva, ressaltamos as palavras de Oliveira: “Quando assume a Defesa Criminal de um determinado arguido, o advogado assume também o encargo de proteger os seus interesses num processo extremamente severo, em termos psicológicos e não só, no qual o seu representado poderá sentir-se como «David contra Goliás», encarando toda a máquina judicial e os órgãos de polícia criminal como inimigos que têm de ser enfrentados.”¹³

O advogado deve produzir provas de suas afirmações, pois, como já dizia Carnelutti, “enquanto o juiz está ali para impor a paz, o Ministério Público e os advogados estão para fazer a guerra. Precisamente, no processo, é necessário fazer a guerra para garantir a paz”¹⁴.

Esse enfrentamento se torna mais hercúleo e árduo quando analisados os limites da investigação criminal defensiva. Afinal, no processo penal, ninguém pode tudo. A defesa, sobretudo aquela exercida por advogado particular, normalmente pode muito menos, por não ter os mesmos poderes do Estado, como a jurisdição exercida pelos juízes e o poder de coerção inerente ao Estado.

Quando se fala sobre as limitações da investigação criminal defensiva, o primeiro aspecto que deve ser ressaltado é que, via de regra, as legislações que não mencionam expressamente a investigação realizada pela defesa, como as do Brasil e de Portugal, não

11. BULHÕES, Gabriel - Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira. Florianópolis, SC: EMAIS, 2019, p. 96.

12. BULHÕES, Gabriel - ob. cit., p. 120.

13. OLIVEIRA, Francisco da Costa - ob. cit., p. 18.

14. CARNELUTTI, Francesco - ob. cit., p. 19.

possuem proibições de que ela seja realizada. Noutros termos, diante da ausência de proibição expressa e com base no princípio da legalidade, deve-se entender que é possível a realização de uma investigação paralela pela defesa do acusado.

Nesse sentido, Oliveira, ao falar sobre o ordenamento jurídico português, explica a inexistência de proibições: *“Aliás, não existem no nosso ordenamento jurídico quaisquer limitações à actividade de ‘investigar por conta própria’ ou por intermédio de terceiros, pelo que podemos partir da afirmação de um princípio geral da livre investigação dos factos, coincidente com alguns dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados, tais como o direito à liberdade individual, o direito de se informar e de ser informado livremente e sem impedimentos, o direito à livre circulação, entre outros.*

E tal investigação por conta própria sucede com frequência nos casos em que alguém pretende descobrir o paradeiro de determinada pessoa, obter informações sobre bens dos seus devedores, inteirar-se do comportamento do seu cônjuge, etc.”¹⁵

Também é evidente que não existe o dever de que o advogado junte ao processo todos os elementos obtidos na investigação criminal defensiva, porque poderá deliberar, de acordo com a sua análise técnica, sobre quais são os elementos favoráveis ao seu constituinte. Vale lembrar que inexistente o dever de produzir provas contra si mesmo e que ninguém tem a obrigação de se autoincriminar, razão pela qual seria um enorme autoritarismo qualquer exigência de que o advogado junte ao processo tudo que produzir, porque seria uma limitação, de modo indireto, ao direito de produzir provas.

Na doutrina, esse também é o entendimento de Oliveira, ao afirmar que “não podemos perder de vista que o arguido não está obrigado a oferecer às autoridades judiciárias quaisquer meios de prova que tenha obtido”¹⁶.

De modo muito claro, observamos um limite à realização da investigação criminal defensiva: a reserva de jurisdição. Para Rangel: *“(…) com o estabelecimento de uma reserva pretende justamente garantir-se que o órgão político-constitucionalmente pensado para se desincumbir de uma certa função, o faça efectivamente (e sem interferência de outro órgão). Trata-se, pois, de uma técnica normativa destinada a revigorar a idéia de separação dos poderes e onde, melhor do que em quaisquer outras, se verifica o fenómeno da contaminação material das normas organizatórias, por isso que se liga incidivelmente o domínio de uma matéria determinada à estruturação de um certo órgão.”¹⁷*

No processo penal, a reserva de jurisdição normalmente funciona como um limite à atuação da autoridade policial e do Ministério Público, por meio da exigência de autorização judicial para determinados atos. De qualquer forma, é oportuno salientar que o advogado também não poderá praticar atos que, por previsão constitucional, são exclusivos da autoridade judiciária.

Ainda sobre a ausência de poderes, também é oportuno destacar que o advogado, por não ter poder de coerção inerente ao Estado, não terá meios para obrigar terceiros a fornecerem informações ou prestarem depoimentos, considerando que não pode impor multas ou determinar a condução coercitiva. Ademais, a negativa de uma pessoa a colaborar para a investigação criminal defensiva não tipifica o crime de desobediência, salvo em países que possuem essa previsão expressa no seu ordenamento jurídico.

Abordando esse tema, Oliveira destaca: *“(…) o principal obstáculo com que poderá deparar-se o arguido nas suas próprias investigações será o da escassez de meios de averiguação e obtenção de prova que envolvam terceiros pessoas ou poderes de autoridade. Porquanto, nem todos os terceiros estarão*

15. OLIVEIRA, Francisco da Costa - ob. cit., p. 31.

16. OLIVEIRA, Francisco da Costa - ob. cit., p. 65.

17. RANGEL, Paulo Castro - Reserva de Jurisdição, sentido dogmático e sentido jurisprudencial. Porto: Universidade Católica Editora, 1997, p. 27.

*dispostos a colaborar com o arguido, nem este pode alcançar todos os meios de prova que consiga identificar como úteis ou necessários à sua Defesa.*¹⁸

Por derradeiro, também existe a limitação financeira, considerando que a realização das medidas inerentes à investigação criminal defensiva gera custos, como os honorários de peritos ou o pagamento das despesas necessárias para o comparecimento de uma testemunha.

Seja como for, a existência de limitações, obstáculos e dificuldades não pode inviabilizar o cumprimento do direito/dever de provar. É missão vital do advogado refletir sobre as dores que o réu sofre e imaginar o sofrimento inimaginável de quem deposita as últimas esperanças nos seus serviços.

Carnelutti descreve com exatidão o papel do Advogado: “a essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: situar-se no último degrau da escada, junto ao imputado. As pessoas não compreendem aquilo que, por outro lado, sequer os juristas compreendem; e riem, e ridicularizam, e escarnecem”¹⁹.

Por todos esses motivos, devemos considerar e incentivar a utilização da investigação criminal defensiva como instrumento de efetivação da ampla defesa.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, observamos que a investigação criminal defensiva pode ser um instrumento de efetivação da ampla defesa e da paridade de armas entre defesa e acusação. Por meio da investigação criminal defensiva, permite-se que o acusado, por meio do seu advogado, realize uma investigação paralela ao processo penal, com o objetivo de ouvir testemunhas, realizar perícias, fazer diligências e pesquisas.

Essa alternativa evita que as provas dependam sempre do deferimento do magistrado, que muitas vezes apresenta traços disci-

cionários ou até autoritários. A investigação criminal defensiva amplia o cenário de atuação da defesa técnica, que não mais deve permanecer inerte ou apenas rebater o que a outra parte apresenta nos autos. Exige-se uma postura ativa, inovadora e produtora de elementos, quiçá preventiva, dependendo do caso.

Essa possibilidade, contudo, não é ilimitada, porque o advogado não tem os mesmos poderes do Estado, razão pela qual encontrará dificuldades, obstáculos e limitações. Cita-se, por exemplo, a limitação referente à reserva de jurisdição, isto é, à necessidade de que algumas diligências sejam deferidas por um juiz, como a busca e apreensão domiciliar. Nessas situações, o advogado não poderá efetivar ou determinar a diligência, devendo apenas postular o seu deferimento ao magistrado.

Evidentemente, por se tratar de um particular, o advogado também não terá poderes de coerção, não podendo impor multas ou determinar a condução coercitiva de testemunhas. Ainda assim, há um amplo rol de possibilidades para a produção de provas diretamente pela defesa.

REFERÊNCIAS

- AROCA, Juan Montero - *Principios del proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.
- BULHÕES, Gabriel - *Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. Florianópolis, SC: EMAIS, 2019.
- CARNELUTTI, Francesco - *As misérias do processo penal*. Trad. Carlos Eduardo Trevelin Millan. São Paulo: Editora Pílares, 2009.
- FRANÇA, Rafael Francisco - *Participação privada na investigação criminal no Brasil: possibilidades e limites*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2015.
- GUARNIERI, Jose - *Las partes en el Proceso Penal*. Trad. Constanco Bernaldo de Quirós. México: Jose M. Cajica, 1952.
- NERY JUNIOR, Nelson - *Principios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa - *A defesa e a investigação do crime*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, Evandro Lins e - *A defesa tem a palavra*. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1991.

18. OLIVEIRA, Francisco da Costa - ob. cit., pp. 56-57.

19. CARNELUTTI, Francesco - ob. cit., pp. 34-35.

Contratação pública e políticas horizontais: um breve olhar europeu

João Araújo da Silva^{1*}

SUMÁRIO

1. Um novo paradigma? 2. Principais desdobramentos. 2.1. Cláusula horizontal. 2.2. Consultas preliminares ao mercado. 2.3. Escolha do tipo de procedimento pré-contratual. 2.4. Adjudicação por lotes. 2.5. Regras de participação procedimental. 2.6. Especificações técnicas. 2.7. Critério de adjudicação. 2.8 Condições de execução contratual. 3. Quo vadis? 4. Referências bibliográficas.

RESUMO

O Direito da União Europeia sobre Contratos Públicos assume-se cada vez mais empenhado em criar as condições necessárias para o triunfo de um modelo aquisitivo sustentável nos Estados-Membros; um modelo que não se poderá, nessa esteira, ater ao fomento assético da concorrência, sem zelar concomitantemente pela realização de outros desígnios de política pública também eles valiosos. No entanto, as adversidades não se afiguram diminutas; o caminho ainda se pressente longo e espinhoso.

PALAVRAS-CHAVE

Contratação pública estratégica – Políticas horizontais – Sustentabilidade.

ABSTRACT

The European Public Procurement Framework is increasingly committed to sustain-

ability. Therefore, the promotion of competition should coexist with many other fundamental policy objectives, such as social inclusion and environmental responsibility. Nevertheless, serious challenges may arise in this field of strategic public procurement.

KEYWORDS

Strategic public procurement – Horizontal policies – Sustainability.

1. UM NOVO PARADIGMA?

Idos os tempos em que a contratação pública era europeicamente perspetivada sob o mero ângulo concorrencial – i.e., a abertura e o fomento da concorrência nos Estados-Membros, com o fito da construção do mercado interno (outrora mercado comum) –, é de sublinhar que as Diretivas-contratos públicos/2014² apresentam como uma das suas precípuas linhas de força o robustecimento dos mecanismos normativos atreitos à realização, *inter alia*, de política de integração social, de sustentabilidade ambiental, de inovação e de incremento do pequeno e médio tecido empresarial³. Não se trata, em rigor,

1. Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho; Investigador do JusGov; Bolseiro da Fundação para a Ciência e a Tecnologia. Email: joaoama-deuaraújojsilva@gmail.com

2. Vd. Diretiva 2014/23/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão; Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos; e Diretiva 2014/24/25 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

3. Sobre o tema, vd., por todos, SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja - Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as a Stakeholder. Cambridge: Cambridge

de uma abordagem que se possa tomar como absolutamente inovadora: nas Diretivas de 2004⁴ já se auscultavam alguns (tímidos) sinais de inflexão do império da concorrência, sinais esses que consubstanciavam a positivação de conclusões proferidas pelo Tribunal de Justiça em emblemáticos arestos – v.g., os acórdãos *Beentjes*⁵, *Nord Pas de Calais*⁶, *Concordia Bus*⁷ e *EVN e Wienstrom*⁸. Contudo, é a mais recente geração de diretivas que marca, decididamente, a era da *contratação pública estratégica* e que preconiza o papel estruturante da mesma rumo a um modelo aquisitivo mais eficiente e sustentável nos Estados-Membros.

Alguna doutrina discerne mesmo uma “mutação genética” do *approach* juseuropeu nesta esfera⁹. Porém, semelhante posição afigura-se controvertida: denota-se, de facto, um novo fôlego no enquadramento das aquisições públicas como veículo de consecução de uma miríade de desígnios que não apenas os de índole concorrencial, mas sem quaisquer contornos passíveis de serem apelidados de revolucionários; a disrupção é, na

verdade, relativa. Crê-se que a tónica permanece, em última análise, nas variáveis concorrenciais, sem prejuízo de o quadro normativo hodierno mitigar os moldes votados a esse primado. Dito isto, justifica-se um escrutínio, ainda que muitíssimo perfunctório, do estado da arte, com vista a apurar o núcleo duro das ferramentas de que os Estados-Membros dispõem para habilitar as respetivas entidades adjudicantes à adoção de critérios mais sustentáveis e circulares.

2. PRINCIPAIS DESDOBRAMENTOS

2.1. CLÁUSULA HORIZONTAL

Alcandorada a um estatuto principiológico – conforme o acórdão *Tim SpA* dilucidou¹⁰ –, a incumbência de os Estados-Membros implementarem as medidas necessárias para assegurar que, em sede da execução dos contratos públicos, os operadores económicos observam as obrigações aplicáveis nas matérias ambiental, social e laboral estabelecidas pelo Direito da União, por legislação nacional, por convenções coletivas e por um feixe de Convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho está plasmada no n.º 3 do artigo 30.º da Diretiva 2014/23, no n.º 2 do artigo 18.º da Diretiva 2014/24 e no n.º 2 do artigo do artigo 36.º da Diretiva 2014/25. As disposições em apreço prendem-se, *ante omnia*, com a garantia daquele que cumpre ser um “núcleo mínimo de proteção em setores sensíveis”¹¹.

Todavia, as Diretivas não explicitam quais as “medidas necessárias” em causa, pelo que prima, *ab initio*, o signo de uma

University Press, 2016.

4. Vd. os diplomas revogados: Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços públicos; e a Directiva 2014/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços.

5. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. 31/87, de 20 de setembro de 1988.

6. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-225/98, de 26 de setembro de 2000.

7. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-513/99, de 17 de setembro de 2002.

8. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-448/08, de 4 de dezembro de 2003.

9. Assim, COMBA, Mario E. - Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws. In LICHÈRE, François [et al.] - Modernising Public Procurement: The New Directive. Copenhagen: DJOF Publishing, 2014, p. 41.

10. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-395/18, de 30 de janeiro de 2020 (*maxime*, considerando 38).

11. Nestes termos, cfr. GONÇALVES MONIZ, Ana Raquel - Princípios da Contratação Pública. In *Revista de Contratos Públicos*. N.º 11 (2016), p. 46.

acentuada incerteza¹². Ademais, é *conditio sine qua non* à atendibilidade dos aduzidos parâmetros normativos a respetiva harmonia com os princípios axiais do Direito da União Europeia, pelo que se pode frustrar, de certa forma, a imposição de determinados padrões mais elevados de tutela, porventura almejados *in casu* – que, não obstante ambiciosos e atreitos à promoção da dignidade laboral, sempre contenderiam com as liberdades de circulação e com o eixo principiológico europeu. Um caso paradigmático reporta ao acórdão *Bundesdruckerei*, em que o juiz de Luxemburgo frisou que “numa situação (...) em que um proponente pretende executar um contrato público recorrendo exclusivamente a trabalhadores contratados por um subcontratante estabelecido num Estado-Membro diferente do da entidade adjudicante, o artigo 56.º TFUE opõe-se à aplicação de uma regulamentação do Estado-Membro dessa entidade adjudicante que obriga esse subcontratante a pagar aos referidos trabalhadores um salário mínimo fixado por essa regulamentação”¹³. Bem se vê que a conformidade com os ditames decorrentes do direito originário se traduz numa condição primordial àquela que poderá ser a sobrevivência de medidas nacionais impositivas de um padrão laboral mínimo – a “cláusula horizontal” acaba por dever ser lida *cum grano salis*.

2.2. CONSULTAS PRELIMINARES AO MERCADO

Atenta a necessidade de um adequado planeamento procedimental, as Diretivas da União Europeia preveem hoje expressamente (à exceção da *Diretiva concessões*) a possibili-

dade de as entidades adjudicantes realizarem, em momento prévio ao início dos procedimentos de contratação pública, contactos informais tanto com agentes económicos, como com peritos e autoridades independentes – cfr. artigo 40.º da *Diretiva clássica* e artigo 58.º da *Diretiva setores especiais*. O mecanismo pré-procedimental em foco – que prefigura uma faculdade e não uma obrigação imposta ao decisor público – pode ser um grande aliado da implementação das políticas sociais e ambientais nas compras públicas¹⁴, sobretudo nas situações que se revisitam de especial complexidade técnica e em que o *know how* das entidades adjudicantes seja diminuto¹⁵.

Sem embargo, a utilização deste instrumento deve ser pautada pela parcimónia que lhe é exigível, porquanto não há como obnubilar que pode ser fonte de favorecimentos ilegítimos e de distorções concorrenciais. Nessa esteira, o artigo 41.º da Diretiva 2014/24 e o artigo 59.º da Diretiva 2014/25 preveem medidas destinadas a prevenir tal resultado – repellido pela ordem jurídica europeia – e que podem passar, embora em *ultima ratio*, pela exclusão da participação nos procedimentos pré-contratuais em questão; hipótese apenas admissível se, devidamente asseverado o princípio do contraditório (no encaixe do acórdão *Fabricom*¹⁶), se depreender a obtenção de uma vantagem que presuponha o falseamento ou distorção da concorrência.

12. Vd. WIESBROCK, Anja - Socially responsible public procurement: European value or national choice?. In SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja - *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as a Stakeholder*, ob. cit., p. 80.

13. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-549/13, de 18 de setembro de 2014 (n.º 36).

14. Vd. CARVALHO, Raquel - Consultas preliminares ao mercado no CCP. In GOMES, Carla Amado [et al.] - *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*. 4.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021. Volume I, p. 394.

15. PANTILIMON VODA, Oana; JOBSE, Carolien - Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks. In *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Vol. 11, N. 3 (2016), p. 180.

16. Vd. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, processos apensos C-21/03 e C-34/03, de 3 de março de 2005 (*maxime* n.º 36).

2.3. ESCOLHA DO TIPO DE PROCEDIMENTO PRÉ-CONTRATUAL

O catálogo relativo aos tipos de procedimentos pré-contratuais inclui, pela primeira vez, a *parceria para a inovação*, nos artigos 41.º e 49.º da Diretiva 2014/24 e da Diretiva 2014/25, respetivamente. Esta novidade legislativa aporta um novo procedimento cuja adoção pode ser motivada pela necessidade de adquirir produtos, serviços ou obras que sejam inovadores e que, portanto, não se encontrem (ainda) disponíveis no mercado.

Consubstanciando, desde já, um verdadeiro “instrumento jurídico-procedimental de reação ao diagnóstico de crise do regime normativo das Diretivas de 2004, decorrente, nomeadamente, das dificuldades que se faziam sentir na contratação pública em termos de objetivos políticos estratégicos”¹⁷, as parcerias para a inovação – que se podem, bem vistas as coisas, desdobrar em sucessivas fases e com o potencial envolvimento de uma multiplicidade de parceiros – procuram concretizar o desígnio político-normativo de tornar a União Europeia num espaço primado pela forte inovação tecnológica e por uma firme consecução das soluções competitivamente mais auspiciosas. Conforme sugerido nos considerandos de ambas as diretivas, a aquisição de produtos, obras ou serviços inovadores mune-se de um relevo capital na satisfação mais apropriada e atualista das necessidades públicas e permite, muito verosimilmente, otimizar o ideário subjacente à eficiência e ao *best value for money*. Em particular, é mister assinalar que “contribui para a utilização mais rentável dos fundos públicos, bem como para maiores benefícios económicos, ambientais e societários no que respeita ao surgimento de novas ideias, à sua tradução em produtos e serviços inovadores e, consequentemente, à promoção de um crescimen-

to económico sustentável”¹⁸. Acresce que, a montante de tudo isso, tal aposta na inovação granjeia o convicto respaldo do direito originário, densificando, *ante omnia*, o disposto na parte final do n.º 1 do artigo 173.º e no n.º 1 do artigo 179.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁹.

Não obstante, este é um procedimento pré-contratual especialmente intrincado e que muito pode embater com as dificuldades auscultadas pelas Administrações Públicas nacionais no plano da capacitação profissional²⁰.

2.4. ADJUDICAÇÃO POR LOTES

Uma das traves-mestras da reforma europeia da contratação pública de 2014 foi a de alavancar o acesso das PME ao mercado das aquisições públicas²¹, conhecidos os tão prementes constrangimentos estruturais com que aquele tecido empresarial se tende a deparar num jogo competitivo no qual as empresas de grande dimensão logram, *a priori*, outra pujança (incomparavelmente superior).

São algo transversais as medidas que as Diretivas sobre contratos públicos preveem sob a égide do incremento da participação do pequeno e médio tecido empresarial nos procedimentos de formação de contratos públicos²². A mais expressiva é, porém, a que se verte no instituto da adjudicação por lotes. O legislador europeu entendeu – e bem – que se revelaria essencial habilitar as entidades adjudicantes a procederem à divisão do objeto contratual (contanto que

17. FONSECA, Isabel Celeste M. [et al.] - Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: breve ensaio. In FONSECA, Isabel Celeste M. - *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 102.

18. Cfr. considerando 37 da Diretiva 2014/24 e considerando 57 da Diretiva 2014/25.

19. Cfr. FONSECA, Isabel Celeste M. [et al.] - *ob. cit.*, p. 104.

20. Destacando esta especial complexidade, *vd.* COSTA GONÇALVES, Pedro - *Direito dos Contratos Públicos*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021, p. 491.

21. *Ibid.*, p. 451.

22. Elencando esses desdobramentos, *vd.* CARVALHO, Raquel - *Direito da Contratação Pública*. 1.ª ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2019, pp. 50-51.

divisível, como se intui) em lotes separados, de modo que se viabilizasse a adjudicação dos mesmos a vários concorrentes. Aliás, aprez realçar que a disciplina constante do artigo 46.º da *Diretiva clássica* e do artigo 61.º da *Diretiva setores especiais* possibilita aos Estados-Membros a instituição da *obrigatoriedade* da adjudicação por lotes – uma abordagem normativa sumamente valiosa a estes intentos. Quanto aos setores clássicos, impende, a título expresso, sobre os adquirentes públicos o dever de fundamentação administrativa de uma eventual opção de não divisão dos contratos em lotes (isto, caso tal fracionamento não seja nacionalmente obrigatório, nos termos atrás enunciados).

2.5. REGRAS DE PARTICIPAÇÃO PROCEDIMENTAL

As Diretivas europeias postulam alguns *motivos de exclusão* dos procedimentos de contratação pública que se associam, de certa forma, à tutela dos valores da integração social e da responsabilidade ambiental. A despeito de assomar enquanto simples motivo de exclusão facultativa – i.e., cuja transposição para as ordens jurídicas internas dos Estados-Membros não se vê imperativamente inculcada –, o mais saliente é, porventura, o que concerne ao incumprimento das obrigações aplicáveis nos domínios social, laboral e ambiental, conforme se colige do disposto na alínea a) do n.º 7 do artigo 38.º da Diretiva 2014/23, na alínea a) do n.º 4 do artigo 57.º da Diretiva 2014/24 e no terceiro parágrafo do n.º 1 do artigo 80.º da Diretiva 2014/25. Sem embargo, crê-se que haveria margem para, dentro do respeito pelos princípios da atribuição de competências, da subsidiariedade e da proporcionalidade, prescrever este motivo de exclusão em moldes *injuntivos*.

No que tange aos *critérios de seleção qualitativa* – aplicáveis, claro está, tão-só nos procedimentos pré-contratuais que abarquem

essa fase de prévia qualificação –, cumpre notar que as entidades adjudicantes dispõem de um conforto significativo para escolhas discricionárias que passem pela exigência aos candidatos de determinados requisitos de natureza ambiental ou social, o que pode suceder sob o escopo da capacidade técnica e profissional²³. Semelhantes requisitos – a serem conformados, consoante os casos, pelo estatuído no n.º 4 do artigo 58.º da *Diretiva setores clássicos*, pelo n.º 2 do artigo 80.º da *Diretiva setores especiais* ou pelo n.º 1 do artigo 38.º da *Diretiva concessões* – têm de se denotar justificáveis à luz do objeto contratual, proporcionados e não discriminatórios.

Neste contexto expositivo, é, ainda, merecedora de referência a figura dos *contratos reservados*, que colhe guarida nos artigos 24.º, 20.º e 38.º das Diretivas 2014/23, 2014/24 e 2014/25, respetivamente. Trata-se de um mecanismo que possibilita reservar o direito de ser candidato ou concorrente em procedimentos de formação de contratos públicos a operadores económicos cujo objeto principal seja a integração profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas, desde que, pelo menos, 30% dos recursos humanos desses operadores se subsumam àquelas categorias. Não se ignora que tal abordagem de discriminação positiva é passível de gerar controvérsia, mas dela podem depender, *in totum*, as oportunidades de acesso efetivo das mencionadas empresas – que, importa saber, decerto não logram competir em condições normais – ao mercado dos contratos públicos²⁴. Seja como for, a compressão concorrencial é relativa, porquanto os agentes económicos que reúnam as mesmas condições competirão entre si²⁵.

23. No mesmo sentido, DRAGOS, D.C.; NEAMTU, B. - *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*. In LICHÈRE, François [et al.] - *Modernising Public Procurement: The New Directive*, ob. cit., p. 321.

24. A este respeito, *vd.* considerando 36 da Diretiva 2014/24 e considerando 51 da Diretiva 2014/25

25. Nesta advertência, *cfr.* CUNHA RODRIGUES, Nuno - *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra:

2.6. ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

As especificações técnicas definem as características exigidas para as obras, serviços ou fornecimentos, constituindo um dos momentos mais estratégicos para a assimilação de considerações ecológicas e de responsabilidade social²⁶. Do disposto no artigo 36.º da Diretiva 2014/23 – *rectius*, “requisitos técnicos e funcionais” –, no artigo 42.º da Diretiva 2014/24 e no artigo 60.º da Diretiva 2014/25 retém-se que, na medida em que não se traduzam num enfoque discriminatório (nomeadamente, mediante a enunciação de um fabrico *específico* ou proveniência) ou desproporcional (v.g., veiculador de exigências sobremaneira onerosas e prejudiciais à maximização da concorrência), as especificações técnicas podem ter um alcance vasto na concretização daqueles desideratos de política pública. No presente estágio, tal alcance pode, inclusive, incidir sobre o próprio processo ou método de produção ou execução das obras, fornecimentos ou serviços solicitados – nessa senda, pode exigir-se que a eletricidade promane de fontes renováveis ou que os bens alimentares provenham da agricultura orgânica²⁷, desde que se assevere a ligação ao objeto contratual e a proporcionalidade ao valor e aos objetivos visados²⁸.

Cabe, outrossim, exaltar que, em relação a todos os contratos cujo objeto se destine a ser utilizado por pessoas singulares, recai sobre as entidades adjudicantes o dever de, salvo em casos devidamente justificados, configurarem as especificações técnicas de um modo que atenda aos critérios de acessibilidade para os cidadãos com deficiência ou

de conceção para todos os utilizadores²⁹. Por conseguinte, não está em causa uma escolha discricionária; as entidades adjudicantes estão *vinculadas* a agir nos termos aduzidos.

2.7. CRITÉRIO DE ADJUDICAÇÃO

Não oferece dúvida que o *critério de adjudicação da proposta economicamente mais vantajosa* pode ser densificado em atinência, *inter alia*, a fatores ou subfatores de índole social, ambiental e de inovação – esclareça-se, se a modalidade escolhida for, ao invés da do *preço* ou *custo*, a da *melhor relação qualidade/preço*. É nesta última modalidade adjudicatória que, por razões óbvias, os aspetos qualitativos obtêm o palco desejado.

De acordo com o consignado no n.º 2 do artigo 67.º da *Diretiva setores clássicos* e no n.º 2 do artigo 82.º da *Diretiva setores especiais*, a melhor relação qualidade/preço pode contemplar, para além do fator custo, fatores ou subfatores relativos à acessibilidade, à conceção para todos os utilizadores, assim como às características sociais, ambientais e inovadoras. Idêntica possibilidade encontra-se salvaguardada, por seu turno, no n.º 2 do artigo 41.º da *Diretiva concessões*: a adjudicação concessória pode ser feita com base em “critérios ambientais, sociais ou relacionados com a inovação”.

Este rasgo normativo conta com magnos antecedentes na jurisprudência do Tribunal de Justiça. No acórdão *Nord Pas de Calais*, o juiz europeu entendeu, pioneiramente, que um subcritério adjudicatório de combate ao desemprego não seria desconforme com o Direito da União Europeia contanto que fossem respeitados os princípios axiais dessa normatividade, em especial o princípio da não discriminação³⁰. Todavia, cabe

Almedina, 2013, p. 287.

26. *Vd.* ESTORNINHO, Maria João - *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 431.

27. Exemplos mencionados por DRAGOS, D.C.; NEAMTU, B. - *ob. cit.*, p. 317.

28. *Vd.* segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 36.º da Diretiva 2014/23, segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24 e segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 60.º da Diretiva 2014/25.

29. *Vd.* quarto parágrafo do n.º 1 do artigo 42.º da Diretiva 2014/24 e quatro parágrafo do n.º 1 do artigo 60.º da Diretiva 2014/25.

30. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc.

advertir que a dilucidação cabal dos requisitos impostos à adoção de fatores sociais ou ambientais, no âmbito da densificação do critério da proposta economicamente mais vantajosa, é atribuível ao (ulterior) acórdão *Concordia Bus*, em que controvertia um fator adjudicatório relativo à contenção dos níveis de gases poluentes emitidos pelos autocarros urbanos. Com efeito, foi em tal aresto que o Tribunal de Justiça sistematizou os quatro requisitos essenciais que, ainda hoje, servem de *pedra-de-toque* a quaisquer almejos densificadores do critério da proposta economicamente mais vantajosa com arrimo em fatores ou subfatores reportados às políticas horizontais: (i) a ligação ao objeto do contrato; (ii) a publicitação nas peças do procedimento; (iii) a demarcação de uma margem de escolha ilimitada; e (iv) o respeito pelos princípios fundamentais do Direito da União Europeia, nomeadamente pelo princípio da não discriminação³¹. É certo que o âmago das conclusões proferidas pelo douto Tribunal foi positivado nas Diretivas-contratos públicos/2004 – a possibilidade de a avaliação das propostas incidir sobre atributos ecológicos/ambientais e a enunciação dos limites a observar. Faltava, ainda assim, a referência *direta* às considerações sociais, em sintonia com a posição perfilhada em *Nord Pas de Calais*; desenvolvimento apenas registado na mais recente geração de diretivas europeias sobre contratos públicos.

Na verdade, a avaliação das propostas continua a poder estribar-se em exclusivo nas variáveis económico-financeiras: a crescente abertura aos aspetos qualitativos, que se ausculta nas Diretivas de 2014, deve ser encarada com entusiasmo sóbrio, já que nada garante que, nas ordens jurídicas dos Estados-Membros, o trilho não seja o de sublimar, *once again*, a utilização da modalidade

do preço ou custo mais baixo³². Aliás, parece ser esse o cenário mais verosímil, atenta a simplicidade que lhe inere³³.

2.8. CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

Reza o disposto no artigo 70.º da *Diretiva clássica* e no artigo 87.º da *Diretiva setores especiais* – bem vistas as coisas, não se compreende a ausência de preceito análogo na *Diretiva concessões* – que “as autoridades adjudicantes podem fixar condições especiais de um contrato desde que as mesmas estejam relacionadas com o objeto do contrato (...) e sejam indicadas no anúncio do concurso ou nos documentos do concurso. Essas condições podem incluir considerações (...) em matéria de inovação, de natureza social ou de emprego”. Outrossim neste tocante, o labor do juiz de Luxemburgo foi primordial. Ainda na vigência das Diretivas da década de 70 – que nada dispunham expressamente sobre o tópico –, o Tribunal de Justiça elucidou, no acórdão *Beentjes*, que uma condição especial de execução contratual respeitante à luta contra o desemprego – *in casu*, a exigência de que o ulterior cocontratante (empreiteiro) afetasse 30% de desempregados de longa duração à execução da obra – seria compatível com o quadro jurídico europeu se fosse mencionada nas peças procedimentais e não tivesse, direta ou indiretamente, incidência discriminatória sobre os proponentes de outros Estados-Membros³⁴.

32. Em sentido crítico, *vd.* WIESBROCK, Anja - *ob. cit.*, *maxime*, pp. 85-86.

33. Não obstante, em conformidade com o disposto no terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 67.º da Diretiva 2014/24 e com o disposto no terceiro parágrafo do n.º 2 do artigo 82.º da Diretiva 2014/25: “os Estados-Membros podem prever que as entidades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação ou podem restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de entidades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos”.

34. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. 31/87, de 20 de setembro de 1988 (n.ºs 30-31).

C-225/98, de 26 de setembro de 2000 (n.º 50).

31. ACÓRDÃO do Tribunal de Justiça da União Europeia, proc. C-513/99, de 17 de setembro de 2002 (n.º 69).

Submetidas ao mesmo crivo – a ligação ao objeto contratual, a publicitação prévia nas peças do procedimento e o respeito pela princípios fundamentais do Direito da União Europeia –, são igualmente admissíveis condições de execução dos contratos que se destinem, por exemplo, a favorecer a igualdade de género, o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho, a conciliação da vida profissional com a vida privada e familiar, a proteção do meio ambiente ou do bem-estar animal, o respeito pela substância das Convenções fundamentais da Organização Internacional do Trabalho e o recrutamento de pessoas desfavorecidas³⁵.

Contudo, de pouco valerão semelhantes medidas caso desacompanhadas, a jusante, de uma adequada monitorização da execução dos contratos cujo clausulado integrem – cuidado que não deve, evidentemente, apartar o eventual universo de subcontratados. Sejam quais forem os contornos dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, em todos eles se apurará decerto, enquanto denominador comum, a consagração legal do poder de fiscalização e do poder sancionatório, no âmbito da conformação das relações contratuais públicas. Destarte, os contraentes públicos devem pautar-se pelo adequado exercício desses poderes exorbitantes de que são investidos: por uma banda, mediante a inspeção de locais, equipamentos, documentação e contabilidade; e, por outra banda, mediante a aplicação das sanções contratualmente previstas aos inadimplentes (ainda que sempre num *modus operandi* fidedigno ao princípio da proporcionalidade)³⁶.

35. *Vd.* considerando 98 da Diretiva 2014/24 e considerando 103 da Diretiva 2014/25.

Apesar de o articulado da Diretiva 2014/23 não integrar qualquer preceito atinente às condições especiais de execução das concessões, não faltam referências a estas últimas nos considerandos, em particular face à sua potencial valia social e ambiental (*maxime*, considerandos 64, 65 e 66).

36. Sobre o tema, numa pronúncia quedada pelo Direito Português, FONSECA, Isabel Celeste M.; ARAÚJO DA SILVA, João Amadeu - A integração social através da contratação pública: propostas. In FONSECA, Isabel Celeste M. - *Direito da Contrata-*

3. *QUO VADIS?*

A evolução do Direito da União Europeia sobre Contratos Públicos tem auscultado a firme aposta na consecução de políticas sociais, ambientais, de inovação e de estímulo ao pequeno e médio tecido empresarial; outra reputadas de “políticas secundárias”, mas hoje alcançadas a um estatuto mais digno, de “políticas horizontais”.

Com efeito, nas Diretivas de 2014 veem-se aprimoradas as ferramentas normativas ao dispor dos Estados-Membros com o intento de uma instrumentalização assertiva das compras públicas no combate a flagelos como as alterações climáticas, a exclusão social e o desrespeito dos direitos humanos. No entanto, vislumbram-se focos nevrálgicos de querela. Justificar-se-á eliminar, na futura geração de diretivas, o requisito da vinculação ao objeto do contrato? Reformá-lo? Mantê-lo nos termos que se lhe dedicam? Revelar-se-á a melhor abordagem impor aos Estados-Membros e às suas entidades adjudicantes a implementação, *v.g.*, de critérios sociais e ambientais, ao invés de os enquadrar – pelo menos, no essencial – como facultativos? O princípio da subsidiariedade e o princípio da proporcionalidade coadunar-se-iam com um timbre de obrigatoriedade ou obstariam a esse arrojo? Intrinca-se o dédalo, num tema longe de esgotado.

Acredita-se que existirá espaço para avançar com preceitos contundentes na defesa de um polo axiológico-normativo progressivamente caro à ordem jurídica da União, sem que o acervo principiológico que lhe serve de “pedra-de-toque” se mostre vilipendiado. Uma tessitura mais injuntiva, *id est*, que *obrigue* os Estados-Membros à implementação de soluções sustentáveis, sob um ponto de vista holístico, não será somente bem-vinda; será, acima de tudo, necessária.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO, Raquel - Consultas preliminares ao mercado no CCP. In GOMES, Carla Amado [et al.] - *Comentários ao Código dos Contratos Públicos*. 4.^a ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2021. Volume I, p. 394.
- CARVALHO, Raquel - *Direito da Contratação Pública*. 1.^a ed. Porto: Universidade Católica Editora, 2019, pp. 50-51.
- COMBA, Mario E. - Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws. In LICHÈRE, François [et al.] - *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhaga: DJOF Publishing, 2014, p. 41.
- DRAGOS, D.C.; NEAMTU, B. - *Sustainable public procurement in the EU: experiences and prospects*. In LICHÈRE, François [et al.] - *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Copenhaga: DJOF Publishing, 2014, pp. 317 e 321.
- FONSECA, Isabel Celeste M. [et al.] - Parcerias para a inovação e a antecipação do futuro: breve ensaio. In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação Pública: Estudos Reunidos*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022, pp. 102 e 104.
- FONSECA, Isabel Celeste M.; SILVA, João Amadeu Araújo da - A integração social através da contratação pública: propostas". In FONSECA, Isabel Celeste - *Direito da Contratação*. 2.^a ed. Coimbra: Almedina, 2022. p. 96.
- GONÇALVES, Pedro Costa - *Direito dos Contratos Públicos*. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2021. p. 491.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves - Princípios da Contratação Pública. In *Revista de Contratos Públicos*. N.º 11 (2016), p. 46.
- RODRIGUES, Nuno Cunha - *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 287.
- VODA, Oana Pantilimon; JOBSE, Carolien - Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risks. In *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. Vol. 11, N. 3 (2016), p. 180.
- WIESBROCK, Anja - Socially responsible public procurement: European value or national choice?. In SJAFJELL, Beate; WIESBROCK, Anja - *Sustainable Public Procurement Under EU Law: New Perspectives on the State as a Stakeholder*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 80 e 85-86.

Aplicabilidade da perda de chance na responsabilidade médica

Man Teng Iong^{1*}

SUMÁRIO

1. Enquadramento teórico da perda de chance. 1.1. Origem. 1.2. Natureza jurídica: como solução de suprimento da causalidade. 1.3. Natureza jurídica: como dano autónomo. 2. Perda de chance na jurisprudência portuguesa. 2.1. Divergência sobre a aplicabilidade da perda de chance. 2.2. Modalidade do dano da perda de chance. 3. Considerações finais. Bibliografia.

RESUMO

A teoria da perda de chance teve a sua origem em 17 de julho de 1889 quando a Corte de Cassação Francesa a aplicou num caso de mandato judicial, referindo-se aos casos em que uma pessoa cause a outrem a perda de obter uma vantagem ou de impedir um prejuízo. Encontram-se, na jurisprudência portuguesa, vários casos da aplicação desta figura no âmbito de mandato judicial, embora a sua aplicabilidade não seja unânime no ordenamento jurídico de Portugal. Mesmo assim, são poucos os casos da sua aplicação na responsabilidade médica pelos tribunais. Este artigo tenta demonstrar as razões pelas quais os tribunais evitam aplicar esta figura na responsabilidade médica, defendendo a sua aplicabilidade na prestação de cuidados de saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Perda de chance – Responsabilidade médica – Jurisprudência.

ABSTRACT

The loss of chance theory originated on July 17, 1889, when the French Court of Cassation applied it in a court-mandated case, referring to instances in which a person causes another person to lose the possibility of obtaining an advantage or prevent damage. There are, in Portuguese case law, several cases of the application of this figure within the scope of the judicial mandate, although its applicability is not unanimous in the Portuguese legal system. Its application by the courts in the field of medical liability is residual. This article tries to demonstrate why courts avoid applying this figure in medical liability, defending its applicability in the provision of health care.

KEYWORDS

Loss of chance – Medical responsibility – Case law.

1. ENQUADRAMENTO TEÓRICO DA PERDA DE CHANCE

1.1. ORIGEM

A teoria da perda de *chance* é uma figura que surgiu, embora de forma implícita, pela primeira vez, no mundo jurídico, com o caso famoso de 17 de julho de 1889, no qual a Corte

1. Assistente eventual na Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China). Doutorando pela Escola de Direito da Universidade do Minho (Portugal); Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China); Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Email: mantengiong@um.edu.mo/manteng.iong@gmail.com

de Cassação Francesa condenou um funcionário judicial (“*officier ministériel*”) por ter impossibilitado um recurso judicial que poderia ter uma decisão a favor do autor, caso o recurso judicial tivesse prosseguido². Esta figura aplicou-se de forma mais explícita num caso semelhante em 1902, tendo-se desenvolvido muito, quer na jurisprudência francesa (na qual a aplicação da perda de *chance* é abrangente, não se centrando apenas no direito privado, mas estendendo-se também ao direito público), quer na doutrina francesa (na qual é unanimemente aceite, embora se discuta a determinação dos requisitos da sua ressarcibilidade e dos critérios de cálculo do montante indemnizatório)³.

No âmbito da responsabilidade médica, a teoria da perda de *chance* apenas foi aplicada pela Corte de Cassação Francesa, num caso de 14 de dezembro de 1965, embora a doutrina francesa não seja unânime no que diz respeito à sua aplicação neste âmbito⁴. Encontram-se quatro posições francesas sobre a aplicação da perda de *chance* no âmbito da responsabilidade civil: (1) rejeição da sua aplicação, por ser impossível identificar-se um dano autónomo; (2) aceitação da sua aplicação em várias áreas, incluindo a da responsabilidade médica; (3) aceitação da sua aplicação, mas com a redução de compensação com base no risco ilegalmente criado ou aumentado; (4) aceitação da sua aplicação, mas com a ideia de causalidade parcial e não de dano autónomo⁵. Destas posições podemos resumir que, mesmo aceitando a aplicabilidade

de da perda de *chance*, diverge-se quanto à sua natureza jurídica (isto é, dano ou solução de suprimento da causalidade).

Com origem francesa, a teoria da perda de *chance* desenvolve-se quer na família romano-germânica (como em Itália, Alemanha e Portugal), quer na família anglo-saxónica (como nos Estados Unidos da América e Inglaterra). Mesmo assim, quanto à sua natureza jurídica há divergência ao nível jurisprudencial e doutrinário, na mesma família jurídica, como também no mesmo ordenamento jurídico.

1.2. NATUREZA JURÍDICA: COMO SOLUÇÃO DE SUPRIMENTO DA CAUSALIDADE

A perda de *chance* poderia ser entendida como uma solução de suprimento do nexos causal, diminuindo as dificuldades que se possam encontrar ao aplicar a teoria da *conditio sine qua non* e da causalidade adequada. Tais dificuldades existem quando aparecem duas ou mais causas do dano, tendo cada uma das concausas certa possibilidade de provocar o dano⁶. Nesta situação, embora qualquer das concausas seja condição de produzir o dano (teoria da *conditio sine qua non*), é duvidoso determinar se uma ou outra é adequada a causar o dano (teoria da causalidade adequada)⁷.

Perante as dificuldades referidas, encontram-se duas soluções que podem flexibilizar a apreciação da causalidade.

A primeira solução refere-se ao padrão de prova “*more-likely-than-not*”, acolhido pelo direito anglo-saxónico. De acordo com

2. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica. *Revista do Ministério Público*. N.º 138 (abril/junho 2014), pp. 9-10.

3. PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3. pp. 192-193.

4. FERREIRA, Rui Cardona - The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. V 20, Issue 1 (2013), pp. 60-61.

5. Sobre as posições referidas, *ibidem*, p. 61.

6. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, pp. 12-13.

7. Por exemplo, é duvidoso determinar se o dano provocado no paciente resulta do ato médico negligente, da ocorrência natural do corpo humano ou do risco que possa ocorrer durante o tratamento médico, embora cada uma destas concausas ocupe certa possibilidade de produzir o dano em causa.

este padrão, o dano causado pode ou não ser totalmente compensado (ou seja, “*all-or-nothing rule*”), conforme o lesado tenha perdido, por causa do ato negligente do lesante, pelo menos 51% de oportunidade de evitar a produção do dano⁸. Por outras palavras, em vez de provar a certeza de que o ato do lesante é apto a provocar o dano (teoria da causalidade adequada), no direito anglo-saxónico, a compensação ainda pode ser totalmente atribuída quando o ato do lesante é, entre as concausas, uma causa que ocupa mais de metade de oportunidade de produzir o dano. Para além deste padrão de prova, existem outros mais flexíveis que facilitam o ónus da prova do lesado sobre o nexo causal, como os “*relaxed proof variations*”⁹ e “*the loss-of-a-chance (reduced likelihood) doctrine*”¹⁰. Por outro lado, existe no direito europeu uma solução semelhante, defendida pela posição dominante, que exige uma probabilidade substancialmente elevada de ter sido a causa do dano¹¹, probabilidade essa para a qual alguém propõe 80%¹². Quer no direito anglo-saxónico quer no direito europeu, a regra “*all-or-nothing*” é sempre apli-

cada. Isto é, ou atribui-se a compensação total ou, ao invés, não se atribui nada. O que varia é apenas a probabilidade exigida para a verificação da causalidade entre o ato ilícito e culposo do lesante e o dano final.

A segunda solução de suprimento da causalidade defendida por alguns autores refere-se à causalidade parcial, resultante da regra da responsabilidade proporcional (“*proportional liability rule*”)¹³. De acordo com esta teoria, a compensação é atribuída em proporção da probabilidade do nexo causal entre o ato negligente e o dano final¹⁴. Portanto, qualquer que seja a percentagem do nexo causal, o valor da compensação não corresponde ao do dano final – isto é, ao contrário do que ocorre com a regra “*all-or-nothing*” –, mas ao proporcional do dano final, calculado de acordo com a percentagem referida. Por exemplo, caso a *chance* perdida seja de 70%, a compensação atribuída corresponde ao valor de 70% do dano final. Por outro lado, esta teoria não exige qualquer linha fronteira de probabilidade abaixo da qual a compensação não deve ser atribuída. O que significa que a compensação pode ser atribuída, embora a *chance* perdida seja diminuta (por exemplo, 1% de *chance* perdida).

Por conseguinte, trata-se da corrente que entende a perda de *chance* como solução de suprimento da causalidade, rejeitando a sua configuração de dano. Para esta corrente, o que existe é apenas um dano, isto é, o dano final do lesado, que não corresponde à perda de *chance*. A compensação (total ou parcial) é atribuída conforme as soluções de suprimento da causalidade, ou seja, conforme os padrões de prova adotados para suprir a causalidade mais rígida.

8. KING, Joseph H. - Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*. V 90 (1981), p. 1367. KING, Joseph H. - Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrafitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. *The University of Memphis Law Review*. V 28 (1998), pp. 505-506.

9. Este padrão de prova exige que, em vez de atingir 51% da meta da probabilidade, basta provar que o ato negligente do lesante aumentou o risco de dano ou destruiu a possibilidade substancial de obter um resultado mais favorável, veja KING, Joseph H. - Reduction of Likelihood Reformulation..., *ob. cit.*, p. 507.

10. Este padrão de prova refere-se ao padrão de que, em vez de atingir 51% da meta da probabilidade, se atribui a compensação total quando o ato negligente do lesante diminui a probabilidade de obter um resultado mais favorável, embora este padrão seja aplicado por alguns tribunais dos Estados Unidos da América apenas em caso de chances substanciais – *Ibidem*, pp. 508-509.

11. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 14.

12. MEDINA ALCOZ, Luis - Hacia una Nueva Teoría General de la Causalidad en la Responsabilidad Civil Contractual (y Extracontractual): La Doctrina de la Pérdida de Oportunidades. *Revista da Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. N. 30 (2009), p. 48, *apud* RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 14.

13. Veja, entre outros, MAKDISI, John - Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability. *North Carolina Law Review*. V 67, N.º 5 (1989), pp. 1063-1101. HARVEY, Dwight C. - Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts Recovery Approach in Toxic Exposure Torts. *Dickinson Law Review*. V 89, Issue 1 (1984), pp. 233-259.

14. MAKDISI, John - *ob. cit.*, p. 1064.

1.3. NATUREZA JURÍDICA: COMO DANO AUTÓNOMO

Uma outra corrente – propugnada por vários autores, quer no direito anglo-saxónico, quer no direito romano-germânico – sufraga que a perda de *chance* tem natureza de dano, rejeitando que se trate de uma questão de prova da causalidade. Nils Jansen, um dos autores marcantes desta corrente, defende que a perda de *chance* deve ser um novo tipo de dano recuperável e legalmente reconhecido, que se relaciona com direitos (ou normas) legais, cabendo à lei determinar se este dano deve ser adotado num ordenamento jurídico¹⁵. Portanto, evitar o dano final ou obter o benefício final é entendido como um direito individual do lesado¹⁶. O que implica que a perda de *chance*, de acordo com este entendimento, seja um dano de proteção normativa e nele a *chance*, como se fosse um bem economicamente valioso, tem certo valor que deve ser protegido por lei.

Um entendimento assim permite-nos perceber que a perda de *chance* é um dano autónomo que ocorre antes do dano final, pelo que se trata de um dano intermédio, distinto do dano final¹⁷. Com isto, o nexos causal para o dano intermédio (a perda de *chance*) é avaliado de forma diferente do que se avalia no nexos causal para o dano final. Aqui encontram-se duas causalidades: uma entre o ato ilícito e culposo e a perda de *chance*; outra entre o mesmo ato e o dano final. Apenas a primeira causalidade se encontra estabelecida, porque, na segunda causalidade, não se sabe se o ato ilícito e culposo do lesante é apto a provocar o dano final.

Parece-nos que Nils Jansen, ao entender que a *chance* perdida implica algum valor por

lei protegido, defende que a sua perda gera responsabilidade civil delitual, em vez de responsabilidade civil contratual. Mesmo assim, há quem defenda que a perda de *chance* gera apenas responsabilidade civil contratual, cujo fundamento da indemnização se encontra no contrato e nele se prevê expressamente um dever de proteção da perda de *chance*¹⁸. No entanto, há vários autores que entendem que a perda de *chance* pode gerar a responsabilidade civil delitual ou a responsabilidade civil contratual, conforme o lesado a fundamente no contrato ou *tort*¹⁹. Mas esta última posição, no meu entendimento, apenas pode ser correta no direito anglo-saxónico, porque, no direito romano-germânico, nomeadamente no ordenamento jurídico português, o lesado não deve poder escolher as modalidades da responsabilidade civil (responsabilidade contratual ou responsabilidade extracontratual) a aplicar quando a conduta do lesante gera simultaneamente as duas modalidades. Nesta situação, estamos perante um concurso entre a responsabilidade extracontratual e a responsabilidade contratual. Este concurso ocorre quando o dano da perda de *chance* resulte de um mesmo facto que, ao mesmo tempo, viole um direito relativo e um direito absoluto, sendo preenchidos os requisitos quer da responsabilidade contratual, quer da responsabilidade extracontratual²⁰. Perante um tal concurso, e seguindo a posição dominante (a tese de consunção)²¹, o regime da

15. JANSEN, Nils - The idea of a lost chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. V 19 (1999), pp. 282-284.

16. *Ibidem*, p. 283.

17. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., ob. cit., p. 17. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina Editora, 2014. ISBN: 978-972-40-4936-6, p. 149.

18. MÄSCH, Gerald - Chance und Schaden. *Tübingen*, 2004, pp. 240-248, apud FERREIRA, Rui Cardona - A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 73, N.º 4 (out.-dez. 2013), p. 1322.

19. COOPER, Glenn - Damages for the Loss of a Chance. *Auckland University Law Review*. V 6, N.º 1 (1988), p. 51.

20. COSTA, Mário Júlio de Almeida - Direito das Obrigações. 12.ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 2009. ISBN 978-972-40-4033-2. pp. 546-547. COSTA, Daniela Sofia Gomes - *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Coimbra: Petrony Editora, 2018. ISBN 978-972-685-246-9. p. 22. ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago - *Direito da Saúde - Lições*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4. p. 294.

21. O autor que representa esta tese é COSTA, Mário Júlio de

responsabilidade contratual consome o da responsabilidade extracontratual e são aplicáveis apenas as regras daquele regime.

2. PERDA DE CHANCE NA JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

2.1. DIVERGÊNCIA SOBRE A APLICABILIDADE DA PERDA DE CHANCE

Em Portugal, encontram-se várias decisões do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que aplicam a figura da perda de *chance*, nomeadamente no âmbito do mandato judicial forense²². Mesmo assim, não deixa de haver decisões judiciais que rejeitem a sua aplicabilidade.

Por exemplo, o STJ, nas suas decisões de 6 de março de 2007²³ e de 16 de junho de 2009²⁴, recusou a aplicabilidade da perda de *chance* em caso de concurso público porque entendeu que, de acordo com a teoria da causalidade adequada, não se verificou o nexo causal entre o facto praticado e o dano final (isto é, o facto de ter sido excluído do concurso público). O mesmo tribunal, numa outra decisão de 22 de outubro de 2009²⁵, afirmou que “a figura não releva entre nós, por contrariar o princípio da certeza dos danos e as regras da causalidade adequada”.

Almeida - *ob. cit.*, p. 550. Aderindo a esta tese, veja RODRIGUES, Álvaro da Cunha - Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos. *Direito e Justiça*. Vol. XIV, Tomo III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000, pp. 191-198, e COSTA, Daniela Sofia Gomes - *ob. cit.*, p. 24.

22. Esta conclusão vem das pesquisas em www.dgsi.pt, em que se transcreve o termo “perda de chance” na sua função por “Descritor”. Sobre as decisões neste âmbito, veja-se, entre outros, ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 5105/12.TBXLL1.S1 (relator: Tomé Gomes) (09.07.2015) e proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2 (relatora: Rosa Tching) (15.11.2018).

23. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 07A138 (relator: Borges Soeiro) (06.03.2007).

24. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 1623/03.1TCLRS.S1 (relator: Hélder Roque) (16.06.2009).

25. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 409/09.4YFLSB (relator: João Bernardo) (22.10.2009).

Destas decisões judiciais retira-se que a perda de *chance* é entendida como uma questão da causalidade e, mesmo entendida como um dano, viola o princípio da certeza dos danos. Por outras palavras, encontram-se duas razões para rejeitar a aplicabilidade da perda de *chance*: (1) o dano da perda de *chance* não é certo por não haver previsibilidade, mas apenas probabilidade (isto é, violação do princípio da certeza dos danos); (2) o facto não é uma causa apta a provocar o dano final (isto é, violação das regras da causalidade adequada).

Por estas razões, o STJ rejeita também a aplicabilidade da perda de *chance* na responsabilidade médica²⁶, pelo que os tribunais são prudentes e cautelosos a aplicar esta figura, nomeadamente no âmbito da responsabilidade médica. No entanto, parece-me que as mesmas não se devem acolher. Por um lado, a perda de *chance* não viola o princípio da certeza dos danos porque, atendendo aos dois elementos da noção (a perda e a *chance*), a perda (o dano em causa) é certa, sendo incerta apenas a *chance* perdida²⁷. Por outras palavras, a probabilidade refere-se apenas à *chance* perdida, e não também à perda. A perda de *chance* é um dano presente e não futuro, pelo que a previsibilidade, relevante para o lucro cessante, não releva para o dano da perda de

26. Como, por exemplo, ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 08B1800 (relator: Rodrigues dos Santos) (15.10.2009), maioria com 2 votos de vencidos. Embora esta decisão, na situação em que poderia conceder ao lesado o direito a ser compensado por causa de perda de *chance*, rejeitasse a aplicação desta noção, o juiz Oliveira Vasconcelos votou vencido por entender que “[...] o resultado imediato é, então, constituído pelo aproveitamento das reais possibilidades (chances) que o doente apresenta de alcançar a satisfação do resultado imediato – a cura, a sobrevivência, a não consumação de uma deficiência ou incapacidade”, que “[a] ausência da verificação daquele resultado facilita a demonstração do incumprimento da obrigação de não destruir as possibilidades de êxito terapêutico, de que o doente dispunha” e que, “[d]emonstrado o incumprimento desta «outra» obrigação, caberá ao médico, para afastar a responsabilização pelo «dano de destruição das possibilidades (ou chances)» provar que aplicou a diligência ou aptidão que lhe era exigível – por outras palavras, que satisfiz o interesse mediato – mas que por razões que não podia prever ou não podia controlar, a finalidade pretendida se gorou e as chances existentes se perderam”.

27. RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 16.

chance enquanto um dano emergente. Neste sentido, com a conduta ilícita e culposa, o lesado perde, com certeza e no momento presente, determinada probabilidade de evitar o prejuízo ou de obter a vantagem. Por outro lado, o facto de não se verificar o nexo causal entre a conduta ilícita e culposa e o dano final não impede que haja o nexo causal entre a mesma conduta e o dano intermédio da perda de *chance* porque são duas causalidades distintas²⁸. Com este entendimento, as teorias de *conditio sine qua non* e da causalidade adequada não são afetadas porque são aplicáveis para o nexo causal entre a conduta e o dano intermédio da perda de *chance*.

Portanto, inclino-me, como várias decisões judiciais se inclinam, para entender que a perda de *chance* tem natureza de dano, que se traduz numa “perda da probabilidade de obter uma futura vantagem”²⁹. Tal implica que a responsabilidade de quem causa este dano deriva do facto de ter privado alguém da possibilidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo. Esta conclusão vale também para o âmbito da responsabilidade médica, pelo que não se deve rejeitar a sua aplicabilidade neste domínio.

2.2. MODALIDADE DO DANO DA PERDA DE CHANCE

Na doutrina portuguesa, existe divergência sobre a modalidade do dano da perda de *chance*. Enquanto uma parte da doutrina entende que a perda de *chance* corresponde ao dano não patrimonial³⁰, outra parte defende

que se refere ao dano patrimonial³¹. De entre esta parte da doutrina, quando alguém entende que se refere ao lucro cessante³², outros sufragam que corresponde ao dano emergente³³. A jurisprudência portuguesa tem entendido que o dano da perda de *chance* corresponde ao dano patrimonial emergente³⁴.

Parece-me mais razoável a posição dominante da jurisprudência portuguesa, que entende o dano da perda de *chance* como um dano emergente. Afastamos a modalidade do dano não patrimonial da noção porque os danos morais têm, em princípio, ligação com o resultado final (o facto de não obter a vantagem pretendida ou de não evitar o prejuízo), e não com o resultado intermédio (o facto de perder oportunidade da mesma vantagem ou prejuízo). Aqui, trata-se de danos distintos do dano da perda de *chance*, sendo ambos compensáveis na mesma situação³⁵. Por outro lado, afastamos também a modalidade de lucro cessante porque o dano da perda de *chance* é um dano atual ou presente³⁶, e não futuro, pelo que se deve entender como um dano patrimonial emergente, e não lucro cessante.

cessante, parece reconhecê-la como dano não patrimonial.

31. Veja, entre outros, GOMES, Júlio Manuel Vieira - Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado*. Braga: CEJUR, N.º especial 2, dezembro de 2012, p. 29. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.*, p. 145, e Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 21.

32. Veja, entre outros, GOMES, Júlio Manuel Vieira - *ob. cit.*, p. 29.

33. Como, por exemplo, RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 21.

34. Veja, entre outros, ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2, *cit.*; ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 12198/14.6T8LSB.L1.S1 (relator: Tomé Gomes) (30.11.2017); ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 540/13.IT2AVR.P1.S1 (relator: Alexandre Reis) (11.01.2017); e ACÓRDÃO do Tribunal da Relação do Porto, proc. n.º 540/13.IT2AVR.P1 (relator: Tomé Ramião) (14.06.2016).

35. RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.*, p. 145, e Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 21.

36. RAPOSO, Vera Lúcia - *Em busca da chance perdida...*, *ob. cit.*, p. 21.

28. Neste sentido, RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.*, pp. 147-148.

29. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 1410/04.OTVLSB.L1.S1 (relator: Azevedo Ramos) (26.10.2010).

30. Como, por exemplo, FERREIRA, Rui Cardona - The Loss of Chance in Civil Law Countries..., *ob. cit.*, p. 71, e FERREIRA, Rui Cardona - A Perda de Chance Revisitada..., *ob. cit.*, pp. 1310-1312. Este autor, nesta última obra, ao rejeitar a caracterização da perda de chance como dano emergente ou lucro

Portanto, entendemos que a perda de *chance* é um dano patrimonial emergente. Para ser indenizável, este dano (a perda de *chance*), além de ser atual ou presente, deve ser consistente e sério e com concretização razoável³⁷, de acordo com “um juízo de probabilidade tido por suficiente, independente do resultado final frustrado, e aferido, casuisticamente, em função dos indícios factualmente provados em cada caso concreto”³⁸. Portanto, não é qualquer das *chances* perdidas que é indenizável, mas apenas as *chances* com o preenchimento dos seguintes requisitos: (1) uma perda atual e certa de uma possibilidade; (2) uma possibilidade favorável real, séria e credível³⁹. Por outro lado, parece-me razoável que o valor indenizável da perda de *chance* seja inferior e proporcional ao valor do dano final, lançando mão do critério previsto pelo n.º 2 do artigo 566.º do Código Civil, ou seja, o critério de medir “a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos”. Caso não seja possível determinar a probabilidade exata da *chance*, o valor indenizável deste dano deve ser avaliado de forma equitativa pelo tribunal dentro dos limites provados, nos termos do n.º 3 do artigo 566.º do Código Civil⁴⁰.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, as razões pelas quais os tribunais evitam aplicar a perda de *chance* na responsabilidade médica relacionam-se com

a preocupação das violações do princípio da certeza dos danos e das regras da causalidade adequada. No entanto, tais razões, como já defendemos, são criticáveis e não devem ser por nós acolhidas. Reconhecemos que a *chance* perdida tem certo valor que, pelo menos em termos éticos, deve ser protegido, com vista à proteção da posição do paciente lesado. Mas atente-se que não se deve reconhecer a indemnização de qualquer *chance* perdida. A ressarcibilidade de uma *chance* perdida depende da existência da natureza da perda (ou seja, natureza atual e certa) e da *chance* (ou seja, natureza favorável, séria e credível), para além dos requisitos da responsabilidade civil. Por conseguinte, devemos defender a aplicabilidade da perda de *chance* no âmbito da prestação de cuidados de saúde, quando se encontrem reunidos a natureza referida e os requisitos da responsabilidade civil.

BIBLIOGRAFIA

- COOPER, Glenn - Damages for the Loss of a Chance. *Auckland University Law Review*. V 6, N.º 1, 1988, pp. 39-51.
- COSTA, Daniela Sofia Gomes - *A Culpa de Organização na Responsabilidade Civil Médica*. Coimbra: Petrony Editora, 2018. ISBN 978-972-685-246-9.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida - *Direito das Obrigações*. 12.ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 2009. ISBN 978-972-40-4033-2.
- ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago - *Direito da Saúde – Lições*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. ISBN 978-972-54-0403-4.
- FERREIRA, Rui Cardona - A Perda de Chance Revisitada (a propósito da responsabilidade do mandatário forense). *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 73, N.º 4 (out.-dez. 2013), pp. 1301-1329.
- FERREIRA, Rui Cardona - The Loss of Chance in Civil Law Countries: A Comparative and Critical Analysis. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. V 20, Issue 1 (2013), pp. 56-74.
- GOMES, Júlio Manuel Vieira - Ainda sobre a figura do dano da perda de oportunidade ou perda de chance. *II Seminário dos Cadernos de Direito Privado*. Braga: CEJUR, N.º especial 2, dezembro de 2012, pp. 17-29.
- HARVEY, Dwight C. - Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts Recovery Approach in

37. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 2759/17.7T8VNG.P2.S1 (relator: Jorge Dias) (11.10.2022).

38. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 296/16.6T8GRD.C1.S2, *cit*.

39. Vera Lúcia RAPOSO - Em busca da chance perdida..., *ob. cit.*, p. 10, e *Do ato médico ao problema jurídico*, *ob. cit.* p. 145. No que diz respeito à natureza credível, cfr. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 1337/12.1TVPR1.P1.S1 (relator: Fonseca Ramos) (17.12.2018).

40. ACÓRDÃO do STJ, proc. n.º 6112/15.9T8VIS.L1.S1 (relator: Vieira e Cunha) (23.06.2022).

- Toxic Exposure Torts. *Dickinson Law Review*. V 89, Issue 1 (1984), pp. 233-259.
- JANSEN, Nils - The idea of a lost chance. *Oxford Journal of Legal Studies*. V 19 (1999), pp. 271-296.
- KING, Joseph H. - Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. *The Yale Law Journal*. V 90 (1981), pp. 1353-1397.
- KING, Joseph H. - Reduction of Likelihood Reformulation and Other Retrofitting of the Loss-of-a-Chance Doctrine. *The University of Memphis Law Review*. V 28 (1998), pp. 491-560.
- MAKDISI, John - Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability. *North Carolina Law Review*. V 67, N.º 5 (1989), pp. 1063-1101.
- PEDRO, Rute Teixeira - *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões Sobre a Noção da Perda de Chance e a Tutela do Doente Lesado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1636-3.
- RAPOSO, Vera Lúcia - Em busca da chance perdida – O dano da perda de chance, em especial na responsabilidade médica. *Revista do Ministério Público*. N.º 138 (abril/junho 2014).
- RAPOSO, Vera Lúcia - *Do ato médico ao problema jurídico*. Coimbra: Almedina Editora, 2014. ISBN: 978-972-40-4936-6.
- RODRIGUES, Álvaro da Cunha - Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos. *Direito e Justiça*. Vol. XIV, Tomo III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000.

Os potenciais caminhos legais para o conhecimento officioso da caducidade do direito à liquidação

Márcia Antunes Gomes^{1*}

SUMÁRIO

1. Estado da arte. 2. Breve noção sobre caducidade do direito à liquidação. 3. Análise dos potenciais caminhos legais para o conhecimento officioso da caducidade. 3.1. A *contradição valorativa* resultante da ausência de disposição legal que consagre o conhecimento officioso da caducidade do direito à liquidação. 3.2. A ponderação da possível nulidade decorrente da caducidade do direito à liquidação. 3.3. A viabilidade legal da aplicação subsidiária do Código Civil. 4. Ponto conclusivo. Referências bibliográficas.

RESUMO

A propósito da forma de conhecimento da caducidade do direito à liquidação no contexto do Direito Tributário, a jurisprudência tem entendido que esta não é de conhecimento officioso e, portanto, deve ser alegada para que possa ser conhecida. No entanto, há na doutrina quem tenha um entendimento diverso a este respeito. Com o presente escrito procurar-se-á analisar a questão do conhecimento officioso da caducidade do direito à liquidação, no sentido de perceber se, em face da inexistência de uma norma legal expressa, é possível encontrar caminhos legais alternativos que permitam concluir pelo conhecimento officioso da caducidade do direito à liquidação. A busca por tais caminhos constitui uma exigência decorrente da necessidade de sanar a *contradição valorativa*

em que o legislador se colocou ao não prever norma que estabeleça expressamente o conhecimento officioso da caducidade do direito à liquidação.

PALAVRAS-CHAVE

Caducidade do direito à liquidação – Conhecimento officioso – Recurso ao Código Civil.

ABSTRACT

The expiry of the right to liquidation can't be declared if it is not evoked, this is how jurisprudence has been resolved. However, there is doctrine that disagrees with this understanding. With this text, in the face of the absence of an express legal norm, we will try to analyze the problem of officious knowledge of the expiry of the right to liquidation, aiming to dissect if there are alternative legal solutions that allow your knowledge without allegation. The search for alternative legal solutions is justified by the need to remedy the value contradiction created by the legislator who did not predict a rule that expressly establishes the officious knowledge of the expiry of the right to liquidation.

KEYWORDS

Expiry of the right to liquidation – Officious knowledge – Civil Code application.

¹ Mestre em Direito Tributário e Fiscal, Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas, Bolsista da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT), Investigadora no JusLab – Laboratório de Justiça e na Escola de Investigadores. Email: marcia_antunes@live.com.pt

Este artigo foi elaborado no âmbito da Bolsa referência 2020.06788.BD, financiada pela FCT.

1. ESTADO DA ARTE

Adotando uma postura legislativa diversa daquela que foi perfilhada em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros², o legislador tributário português não criou qualquer norma que determine, pelo menos de forma expressa, o conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação. Face a este cenário, a jurisprudência tem entendido, atualmente de forma unânime, que esta não é de conhecimento oficioso. Para tal são chamados à colação um conjunto de argumentos que visam sustentar esse entendimento, concretamente³:

2. Destacamos o ordenamento jurídico tributário espanhol, que, apesar de não se referir à figura da caducidade do direito à liquidação, limita no tempo, através do instituto da prescrição, o exercício do direito de a Administração determinar a dívida tributária, consagrando expressamente que esta é de conhecimento oficioso (cfr. artigos 66.º, alínea a), e 69.º, n.º 2, da *Ley General Tributaria*).

3. Neste sentido vide, por exemplo, o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 564/02. [em linha]. (07.07.2004). Disponível em http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a6f273f41d3c264580256ed10052c782?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1 [consultado em 14.05.2022]; o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 1178/04. [em linha]. (18.05.2005). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/c25d711a522b0060802570140031fe03?OpenDocument> [consultado em 14.05.2022]; o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0761/09. [em linha]. (25.11.2009). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/18b76a9ead6dde9580257681005596a9?OpenDocument> [consultado em 14.05.2022]; o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0251/12. [em linha]. (26.09.2012). Disponível <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/a1bfd0569804e91080257a8d003cbe97?OpenDocument> [consultado em 14.05.2022]; o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Norte, proc. n.º 00674/15.8BEVIS. [em linha]. (12.01.2017). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/3a8c056a05e3195d802580d80039882f?OpenDocument> [consultado em 14.05.2022]; ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0227/18.9BEFUN. [em linha]. (19.02.2020). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b59b0a5091ee30628025851b0035428d?OpenDocument> [consultado em 14.05.2022]; o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 70/17.2BESNT. [em linha]. (13.05.2021). Disponível <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/408833ce419d5e86802586d5003ff312?OpenDocument> [consultado em 14.05.2022].

- que a liquidação realizada fora do prazo estabelecido consubstancia uma ilegalidade, semelhante a outras ilegalidades, que é suscetível de gerar a mera anulabilidade do ato e, como tal, a alegar no processo de impugnação judicial;
- afasta-se o recurso ao artigo 333.º, n.º 1, do Código Civil (CC)⁴ – que determina que a caducidade é conhecida oficiosamente pelo Tribunal em matéria excluída da disponibilidade das partes – com o argumento de que onde as disposições legais são expressas, especificamente no artigo 175.º, do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT)⁵, relativamente à prescrição, o regime legal é diverso do estabelecido no Código Civil (onde a prescrição não é de conhecimento oficioso), não havendo, portanto, consonância com o Direito Tributário e devendo também afastar-se a regra presente no Código Civil relativamente à caducidade;
- o legislador estabelece o conhecimento oficioso da prescrição da prestação tributária e não da caducidade, pelo que, se pretendesse consagrar o mesmo regime, tê-lo-ia referido sem margens para dúvidas.

Há, no entanto, vozes dissonantes na doutrina relativamente a este posicionamento. Neste contexto, Jorge Lopes de Sousa defende que, sendo a prescrição de conhecimento oficioso, a caducidade do direito à liquidação também o será, em face da circunstância de ambos os institutos terem o mesmo fundamento comum: a necessidade de segurança e certeza jurídicas. Desta feita, se se entendeu, ao impor-se o conhecimento oficioso da prescrição, que o valor da certeza e segurança jurídicas deveria prevalecer sobre o interesse patrimonial do credor tributário, a mesma ponderação de valores fará prevalecer a segurança e certeza jurídicas no âmbito

4. Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, consultado em 05.10.2022.

5. Decreto-lei n.º 47344/66, de 26 de outubro, consultado em 05.10.2022.

da caducidade do direito à liquidação, o que determina o seu conhecimento oficioso⁶. Por sua vez, Joaquim Freitas da Rocha distingue entre o conhecimento administrativo e jurisdicional da prescrição, utilizando os princípios da verdade material e do inquisitório para argumentar que a Administração Tributária pode e deve, por sua própria iniciativa e sem esperar pelo sujeito passivo, conhecer oficiosamente da caducidade do direito à liquidação⁷.

Procurar-se-á, assim, analisar a problemática exposta, relativa à forma de conhecimento da caducidade do direito à liquidação. Para o efeito, começaremos, em jeito de contextualização, por apresentar uma breve noção sobre o instituto da caducidade do direito à liquidação – uma vez que, apesar de a caducidade também estar prevista em outros domínios jurídicos, a caducidade do direito à liquidação é um instituto jurídico próprio do Direito Tributário – para, de seguida, averiguar da possibilidade de a caducidade do direito à liquidação ser conhecida oficiosamente, mediante a adoção de caminhos legais alternativos.

2. BREVE NOÇÃO SOBRE A CADUCIDADE DO DIREITO À LIQUIDAÇÃO

Apesar da sua inegável importância no seio da delimitação temporal das situações jurídicas, a verdade é que não existe uma definição legal do termo “caducidade do direito à liquidação” na legislação tributária. Atento o propósito do presente escrito e a mera função auxiliar que a referida definição tem no enquadramento da análise da problemática exposta, não entraremos aqui em desenvolvi-

mentos de admissibilidade teórica – em bom rigor necessários para se caracterizar em plenitude a caducidade do direito à liquidação – sobre o instituto em causa. Antes assumiremos sem mais, com recurso à tarefa interpretativa e aos posicionamentos doutrinários, a seguinte noção operativa de caducidade do direito à liquidação, que permitirá servir os fins deste escrito:

A caducidade do direito à liquidação é o instituto que limita no tempo o exercício do direito à liquidação e determina a sua extinção, caso esse direito não seja exercido nos moldes e no tempo fixado no artigo 45.º, da Lei Geral Tributária (LGT)⁸. Como refere António da Silva Campos Lares, “antes da liquidação existe apenas um poder jurídico da Administração (direito potestativo do Estado à liquidação do imposto), como tal sujeito a *caducar* se não for exercido dentro do prazo determinado na lei”⁹. Na verdade, o mero exercício do direito de liquidar não evita a caducidade do direito à liquidação, uma vez que o artigo 45.º, da LGT, é claro e inequívoco no sentido de que “o direito de liquidar os tributos caduca se a liquidação não for validamente notificada ao contribuinte no prazo de quatro anos, quando a lei não fixar outro”, ou seja, para além da prática do ato de liquidação, é necessário que esse ato seja validamente notificado ao destinatário do mesmo (contribuinte)¹⁰. O exercício do

6. Cfr. SOUSA, Jorge Lopes de - *Código de Procedimento e de Processo Tributário: Anotado e Comentado*. 6.ª ed. Lisboa: Áreas Editora, 2011. ISBN 978-989-8058-63-8. Vol. II, pp. 280, 281 e 282.

7. Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *Lições de Procedimento e de Processo Tributário*. 8.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021. ISBN 9789724097787. pp. 530 e 531.

8. “[A] caducidade é a impossibilidade que o Estado tem de liquidar um determinado tributo por virtude do decurso do tempo entre o momento em que ocorreu o facto tributário e o momento em que o Estado intervém e procura efetuar a liquidação do imposto”. Cfr. VALDEZ Vasco [et. al.] - *A Constituição e as Normas Fiscais. Noção de Imposto e Taxa. A Relação Jurídica Tributária*. In *AAVV - Lições de Fiscalidade*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6067-5. p. 198.

9. Cfr. LAIRES, António da Silva Campos - *Alguns Aspectos da Prescrição e da Caducidade, Os Prazos para Exercício do Direito à Liquidação dos Impostos no Sistema Tributário Português. Ciência e Técnica Fiscal*. N 217-219 (1977), p. 72.

10. Segundo António Lima Guerreiro, “[o] presente artigo [reportando-se ao artigo 45.º da LGT] consagra expressamente, no número 1, a regra de o direito de liquidação só se poder validamente

direito por parte do titular – Administração Tributária – consubstancia-se, assim, na prática do ato de liquidação e na válida notificação ao contribuinte^{11/12}. É necessário que o direito seja exercido nesta dupla perspectiva para que se possa evitar a caducidade do direito à liquidação¹³.

3. ANÁLISE DOS POTENCIAIS CAMINHOS LEGAIS PARA O CONHECIMENTO OFICIOSO DA CADUCIDADE

Como se disse, não existe no ordenamento jurídico tributário português qualquer disposição legal que estabeleça expressamente que a caducidade do direito à liquidação é de conhecimento oficioso. Entendemos, no entanto, que de tal circunstancialismo não se pode retirar sem mais a conclusão de que a caducidade do direito à liquidação não é de conhecimento oficioso, entre o mais porque o criador normativo também não consagrou (nem

exercido em caso de, não apenas a liquidação ter sido efectuada, mas também notificada ao contribuinte no prazo de caducidade”. Cfr. GUERREIRO, António Lima - *Lei Geral Tributária Anotada*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0866-3. p. 216. Defendendo o entendimento de que apenas a notificação da liquidação impede a caducidade, vide XAVIER, Alberto Pinheiro - *Conceito e Natureza do Acto Tributário*. Coimbra: Almedina, 1972, p. 242 (nota de rodapé 129); ROCHA, Joaquim Freitas da - *Lições de Procedimento e de Processo Tributário, ob. cit.*, p. 523.

11. Segundo Joaquim Gonçalves, “a caducidade do direito à liquidação de impostos relaciona-se com o prazo durante o qual a lei permite que a obrigação tributária seja objecto de constatação, conseqüente determinação e, ainda, de notificação”. Cfr. GONÇALVES, Joaquim - *A Caducidade face ao Direito Tributário*. In AAVV - *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*. Lisboa: Vislis. 1999. ISBN 972-52-0072-1. p. 232.

12. Esta noção exclui as situações em que a liquidação fica a cargo do sujeito passivo.

13. Segundo Maria Celeste Cardona, “[a] caducidade [reportando-se à caducidade do direito à liquidação] é o instituto através do qual, decorrido o respectivo prazo estabelecido na lei, à administração fiscal não é permitido exercer o direito que lhe é conferido de proceder à liquidação do imposto”. CARDONA, Maria Celeste - *Prescrição da obrigação tributária e caducidade do direito de liquidar o imposto*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 54, N 1 (abril 1994), p. 483.

tinha intenção de o fazer) qualquer norma que estabeleça o contrário, isto é, que determine que a caducidade do direito à liquidação não é de conhecimento oficioso. Torna-se necessário que se averigue se existem outros caminhos legais – que não a existência de uma norma expressa – que imponham que a caducidade do direito à liquidação é de conhecimento oficioso. É precisamente isso que se procurará fazer nas linhas que se seguem.

3.1. A CONTRADIÇÃO VALORATIVA RESULTANTE DA AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL QUE CONSAGRE O CONHECIMENTO OFICIOSO DA CADUCIDADE DO DIREITO À LIQUIDAÇÃO

Seguindo de perto os ensinamentos de Karl Engisch, dir-se-á que as contradições valorativas são contradições no contexto da ordem jurídica que resultam do facto de o legislador, sem cair em contradições normativas, não se manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada, pondo-se em conflito com as suas próprias valorações. Diz-se, por isso, que as contradições valorativas são contradições iminentes¹⁴. Questiona-se, porém: como estão as contradições valorativas relacionadas com o instituto da caducidade do direito à liquidação? A resposta afigura-se simples, na verdade.

Os valores da certeza e segurança jurídicas fundamentam quer o instituto da prescrição, quer o instituto da caducidade do direito à liquidação¹⁵, procurando-se, segundo

14. Cfr. ENGISCH, Karl - *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, pp. 257 e 258. Carlos Santiago Nino denomina as contradições valorativas por “contradicciones axiológicas”. Cfr. NINO, Carlos Santiago - *Introducción al análisis del derecho*. 2.ª ed. Cidade de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003, p. 278.

15. A propósito da relação entre a caducidade do direito à liquidação e a segurança jurídica, José Manuel M. Cardoso da Costa explica que, “assumindo a liquidação no processo administrativo fiscal o papel que fica apontado, compreende-se que de qualquer modo ela só possa ter lugar dentro dum determinado prazo a contar da ocorrência do facto gerador do imposto: com efeito, permitir ao Fisco a sua actuação neste domínio a todo o tem-

Fernández López, neutralizar uma situação de instabilidade ou pendência indefinida que coloque a Administração numa posição de privilégio frente ao obrigado tributário¹⁶. Aqueles valores jurídicos prevalecem, por determinação legal, sobre o interesse patrimonial do credor tributário e sobre o interesse público subjacente à liquidação e à cobrança de impostos, que têm como consequência a arrecadação de receita tributária. Aliás, o legislador tributário valorou de tal modo a certeza e segurança jurídicas que determinou, por via da inserção sistemática das disposições legais que integram os institutos em causa, que a prescrição e a caducidade do direito à liquidação são factos jurídicos extintivos dos direitos e deveres inerentes à relação jurídica tributária.

Porém, se é verdade que no âmbito da prescrição da prestação tributária o legislador se manteve fiel à sua própria valoração – de prevalecimento dos valores da certeza e segurança jurídicas –, consagrando o conhecimento oficioso da prescrição (cfr. artigo 175.º, do CPPT) –, não é menos verdade que no contexto da caducidade do direito à liquidação se pôs em conflito com a valoração que fez deste instituto ao não prever norma semelhante. Como se pode afirmar que a certeza e segurança jurídicas prevalecem sobre o interesse patrimonial do crédito tributário quando, para que a obrigação tributária se extinga, se tem entendido, por falta de disposição legal expressa, que é necessário que a caducidade do direito à liquidação seja invocada? O sujeito passivo que, por não encontrar qualquer norma que regule esta matéria, não invoque a caducidade do direito do Estado à liquidação ver-se-á obrigado a pagar um imposto, que o legislador, apesar de não querer que o mesmo pagasse em virtude da

certeza e segurança jurídicas, o obrigou a pagar, pelo simples facto de não ter regulado a matéria. É notória, portanto, a contradição imanente em que o legislador se colocou.

Esta contradição valorativa, por se tratar de uma contradição deste tipo, não obriga ao seu afastamento, como sucede com as contradições normativas, antes determina a sua aceitação. Como tal, a contradição valorativa, resultante da não existência de uma norma legal que consagre o conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação, *não pode ser perspetivada* como um caminho legal que obriga ao seu conhecimento oficioso, antes deve ser olhada como uma exigência de busca de outros caminhos legais que conduzam a tal ilação. De facto, apesar de as contradições valorativas não obrigarem ao seu afastamento, não pode ser descurado, como bem dá conta Karl Engisch, que “cada contradição valorativa imanente deve constituir um estímulo a que verifiquemos cuidadosamente se ela não poderá ser eliminada através da técnica da interpretação”¹⁷. É justamente isso que faremos de seguida, através da efetiva análise de potenciais caminhos alternativos ao conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação.

3.2. A PONDERAÇÃO DA POSSÍVEL NULIDADE DECORRENTE DA CADUCIDADE DO DIREITO À LIQUIDAÇÃO

Sendo a nulidade decorrente de um ato tributário de conhecimento oficioso, contrariamente ao que sucede com a anulabilidade [cfr. artigos 162.º, n.º 2, e 163.º, n.º 3, do Código do Procedimento Administrativo (CPA)¹⁸, *ex vi* artigo 2.º, alínea d), do CPPT]¹⁹, caso se conclua que

po seria colocar os contribuintes numa situação de insegurança inadmissível”. Cfr. COSTA, José Manuel M. Cardoso da - *Curso de Direito Fiscal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1970, p. 401.

16. Cfr. LÓPEZ, Roberto Ignacis Fernández - *La imprescriptibilidad de las deudas tributarias y la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 9788491231820. p. 16.

17. Cfr. ENGISCH, Karl - *ob. cit.*, p. 259.

18. Decreto-lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro, consultado em 05.10.2022.

19. Sobre as diferenças de regime entre nulidade e anulabilidade, *vide* SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado

a caducidade do direito à liquidação conduz à nulidade do ato, por imperativo das regras da lógica impor-se-á o seu conhecimento oficioso. Importa, contudo, verificar se existe alguma justificação legal para que a caducidade do direito à liquidação consubstancie realmente uma nulidade do ato tributário, na medida em que os vícios decorrentes dos atos tributários são, por via de regra, geradores da sua anulabilidade, só provocando a nulidade quando falte algum elemento essencial do ato, quando a lei expressamente o determine ou quando se verifiquem as circunstâncias descritas no artigo 161.º, n.º 2, do CPA (cfr. artigos 161.º e 163.º, n.º 1, do CPA *ex vi* artigo 2.º, alínea d), do CPPT)²⁰.

No que respeita à ilegalidade decorrente de um ato de liquidação praticado e/ou validamente notificado depois do prazo estabelecido para o efeito (caducidade do direito à liquidação), não havendo lei que determine a sua nulidade, tal ato será, em princípio, anulável, só sendo sancionado com nulidade se ocorrer alguma das circunstâncias mencionadas no já referido artigo 161.º, n.º 2, do CPA. Destas circunstâncias destacamos aquela que se encontra vertida na alínea d) daquele preceito legal, ou seja, o ato é nulo se afetar o conteúdo essencial de um direito fundamental, sendo certo que o desrespeito do conteúdo essencial de um

direito fundamental²¹ pressupõe que esse direito seja “aniquilado”²², isto é, que seja ofendido “[...] aquele mínimo para além do qual o direito fundamental deixa de o ser, fica esvaziado enquanto tal”²³, o chamado mínimo intocável²⁴.

Será que a ilegalidade do ato tributário decorrente da caducidade do direito à liquidação é suscetível de afetar o conteúdo essencial de um direito fundamental? A este propósito, a jurisprudência tem afastado, de um modo ou de outro, a afetação do conteúdo essencial de um direito fundamental por parte da caducidade do direito à liquidação²⁵, argumentando-se que a caducidade do direito à liquidação não viola o conteúdo essencial de um direito fundamental, mas apenas os direitos patrimoniais do sujeito passivo ou o princípio da legalidade²⁶ e, bem assim, que o único direito fundamental que abstratamente poderia ser violado seria o direito de propriedade, mas o direito à

de - *Direito Administrativo Geral, Atividade Administrativa*. 2.ª ed. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-3879-9. Tomo III, pp. 53 e 54.

20. Neste sentido, vide o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 91/11. [em linha]. (25.05.2011). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/a2f218793ba34589802578a10048b883?OpenDocument> [consultado em 23.06.2022]; o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 749/10. [em linha]. (22.03.2011). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/0397b52a55fffc0a8025786100505d47?OpenDocument> [consultado em 23.06.2022]; ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 158/11. [em linha]. (02.11.2011). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/cc892e9c6cebdb680257942005c6549?OpenDocument> [consultado em 23.06.2022]; ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 01133/17. [em linha]. (18.04.2018). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/723e20841b1bf9a680258275003cbe44?OpenDocument> [consultado em 23.06.2022].

21. Segundo Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, “[a] formulação legal é excessivamente ampla: por direitos fundamentais, para estes efeitos, devem entender-se apenas os direitos, liberdades e garantias (quer os direitos do Título II da Parte I CRP, quer os direitos análogos a estes, nos termos do art. 17.º CRP) e não os direitos económicos, sociais e culturais na sua dimensão de direitos a prestações”. Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de - *ob. cit.*, p. 171.

22. Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2286-9. Vol. I, p. 395.

23. Cfr. ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 046262. [em linha]. (10.03.2010). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/0efcc1fe7592d22a802576e800404992?OpenDocument> [consultado em 30.06.2022].

24. Segundo Jorge Lopes de Sousa, “[u]ma ofensa deste tipo só ocorrerá quando perante ela o direito fundamental afetado fique sem expressão prática apreciável”. Cfr. SOUSA, Jorge Lopes de - *ob. cit.*, p. 330.

25. Também Jorge Lopes de Sousa refere que uma liquidação ilegal não atinge o conteúdo essencial de um direito fundamental, uma vez que apenas atinge limitadamente o direito de propriedade. Cfr. SOUSA, Jorge Lopes de - *ob. cit.*, p. 330.

26. Cfr. ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0761/09, *cit.*; ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 264/09. [em linha]. (13.05.2009). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/81f69d2e79d57aae802575ba00526c1f?OpenDocument> [consultado em 30.06.2022].

propriedade privada não é absoluto e ilimitado²⁷. Desta feita, defende-se que a caducidade do direito de liquidar não acarreta a nulidade do ato, mas a sua anulabilidade, pelo que não é de conhecimento oficioso²⁸.

Estamos em crer que não é apenas o direito de propriedade que abstratamente poderá ser violado por um ato ilegal, em virtude da caducidade do direito à liquidação. Na verdade, tem-se já defendido que o conteúdo essencial de um direito fundamental a que alude o artigo 161.º, do CPA (antigo artigo 133.º, do CPA) reporta-se ao núcleo duro de um direito, liberdade e garantia ou análogo, mas também à ofensa grave e chocante de um princípio estruturante do Estado de Direito ou de outro direito fundamental suficientemente densificado na lei ordinária²⁹. Ora, o princípio da segurança jurídica assume-se como um princípio concretizador do princípio do Estado de Direito³⁰. A caducidade do direito à liquidação procura servir a segurança jurídica, mas, para

que este valor seja efetivamente acautelado, torna-se necessário que a referida caducidade seja efetivamente conhecida e declarada. Só desse modo se extingue o vínculo jurídico principal que integra a relação jurídica tributária, maxime, o direito de exigir o pagamento da obrigação tributária e o dever de pagamento. O não conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação limita precisamente a segurança jurídica, na medida em que pode suceder que a caducidade não seja invocada, caso em que o valor da segurança jurídica é preterido em relação ao interesse patrimonial do credor tributário e ao interesse público subjacente à liquidação, afetando-se a coordenada da estabilidade e dificultando-se a composição definitiva das situações jurídicas. No fundo, a previsão legal do instituto da caducidade do direito à liquidação consegue salvar a referida segurança jurídica, mas a exigência da sua invocação impede que o valor da segurança jurídica produza efeitos plenamente, ou seja, limita o seu alcance.

Porém, temos de reconhecer que não é possível afirmar, em virtude do raciocínio apresentado, que estamos em presença de uma ofensa chocante e grave do princípio da segurança jurídica – por forma a que se pudesse sustentar a existência de uma nulidade por violação do conteúdo essencial de um direito fundamental –, mas antes perante uma limitação deste princípio ao fazer-se depender a caducidade do direito à liquidação da sua efetiva arguição.

Face ao exposto, a caducidade do direito à liquidação gera uma ilegalidade conducente à anulabilidade do ato, não sendo possível através deste caminho legal conseguir o conhecimento oficioso da referida caducidade.

3.3. A VIABILIDADE LEGAL DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO CIVIL

Outro dos potenciais caminhos que deve ser averiguado, por forma a que se verifique se é possível sustentar o conhecimento oficioso

27. A este respeito, vide o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 01018/11. [em linha]. (25.01.2012). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbf22e1bb1e-680256f8e003ea931/6428846ea959cef2802579a400366c60?OpenDocument> [consultado em 01.07.2022].

28. Neste sentido, para além dos já referidos acórdãos, pode ver-se também o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0251/12, *cit.*; ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 0761/09, *cit.*

29. Neste sentido vide o ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Sul, proc. n.º 06621/00. [em linha]. (23.02.2012). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c-3004c6d7d/fa341ef481de1073802579b400308f08?OpenDocument> [consultado em 05.07.2022]; ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Norte, proc. n.º 01665/10.0BEBRG-A. [em linha]. (08.01.2016). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/6066823ac823ff3b-80257f3a005bca0c?OpenDocument> [consultado em 05.07.2022]; ACÓRDÃO do Tribunal Central Administrativo Norte, proc. n.º 00982/15.8BEBRG. [em linha]. (21.05.2021). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/ad-f3fd43e9aac7a5802586e0004507d8?OpenDocument> [consultado em 05.07.2022].

30. Para reforço desta ideia, chamamos a atenção para a obra de Katharina Sobota, na qual salienta que, na jurisprudência alemã, a segurança jurídica aparece como um dos elementos mais importantes do Estado de Direito. Cfr. SOBATA, Katharina - *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. ISBN 3-16-146645-4. p. 154.

da caducidade do direito à liquidação, passa pela aplicação subsidiária do disposto no artigo 333.º, n.º 1, do CC, uma vez que esta disposição legal determina, como já o dissemos, que, em matéria excluída da disponibilidade das partes, a caducidade é apreciada oficiosamente pelo Tribunal e pode ser alegada em qualquer fase do processo. Será, no entanto, possível o recurso ao CC, considerando a inexistência de uma disposição legal que consagre o regime de conhecimento da caducidade do direito à liquidação e considerando ainda que estamos perante uma matéria inserida no seio das garantias dos contribuintes?

De facto, a ausência de normação quanto à forma de conhecimento da caducidade do direito à liquidação assim como a existência de uma pretensão reguladora – decorrente da circunstância de a forma de conhecimento da caducidade integrar as garantias dos contribuintes e, como tal, estar sujeita às exigências decorrentes do princípio da legalidade, que impõe, em virtude da reserva de lei absoluta, que o legislador regule a matéria relativa à forma de conhecimento da caducidade, de modo a que não existam dúvidas no momento de decidir – conduzem-nos à conclusão de que estamos perante uma lacuna.

Tratando-se de uma lacuna em matéria relativa aos elementos essenciais dos impostos, o artigo 11.º, n.º 4, da LGT, impede a integração analógica como forma de preenchimento da lacuna.

A analogia “insere-se por detrás da interpretação, por detrás mesmo da interpretação extensiva”³¹ e “consiste na transposição de uma regra prevista normativamente para determinada hipótese, para outra hipótese não regulada, mas a ela semelhante ou, dito de outra forma, trata-se de assimilar um padrão de comportamento não qualificado normativamente a outro que o esteja e que tenha com ele em comum determinadas propriedades relevantes”³². No fundo, e como salienta Nor-

berto Bobbio, “entende-se por «analogia» o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamento semelhante”³³.

Partindo daqueles conceitos de analogia, que aqui adotamos, o recurso ao CC não será analogia (ou argumento semelhante na aceção de Giuseppe Lumia³⁴) se tal caminho se limitar ao estritamente necessário e as soluções civis forem conciliadas com as disposições tributárias e com os princípios gerais de Direito aplicáveis, não os contrariando, nem afrontando, pois que é através destes que se deverá resolver a lacuna enunciada³⁵.

Ora, a aplicação subsidiária, por via do artigo 2.º, alínea d), da LGT, do disposto no n.º 1, do artigo 333.º, do CC em matéria tributária não conflitua com qualquer norma ou princípio tributário, antes pelo contrário, permite sanar a contradição valorativa evidenciada. Já vimos que, ao contemplar o instituto da caducidade do direito à liquidação, o legislador tributário pretendeu salvaguardar a segurança jurídica, colocando-a numa posição superior ao interesse patrimonial do credor tributário e ao próprio interesse público subjacente à liquidação dos tributos. No entanto, ao não contemplar qualquer norma que estabelecesse o conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação, o criador normativo entrou em conflito com as suas próprias valorações. Deste modo, tratando-se a caducidade do direito à liquidação de uma matéria excluída da disponibilidade das partes, por decorrência do princípio da indisponibilidade do crédito tri-

e *Conflitos Normativos, Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1518-2. p. 340.

33. Cfr. BOBBIO, Norberto - *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995. ISBN 85-230-0276-6. p. 150.

34. Cfr. LUMIA, Giuseppe - *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Debate, 1986. ISBN 84-7444-009-2. p. 84.

35. Admitindo o recurso aos princípios gerais de direito para integrar lacunas em matérias abrangidas pelo princípio da reserva de lei, vide ROCHA, Joaquim Freitas da - *Lições de Procedimento de Processo Tributário, ob. cit.*, pp. 76 e 77.

31. Cfr. Cfr. ENGISCH, Karl - *ob. cit.*, p. 239.

32. Cfr. ROCHA, Joaquim Freitas da - *Constituição, Ordenamento*

butário, a aplicação subsidiária do artigo 333.º, n.º 1, do CC, permite salvaguardar a segurança jurídica e manter a sua prevalência sobre o já referido interesse patrimonial do credor tributário e sobre o interesse público subjacente à liquidação dos tributos e, deste modo, sanar a contradição valorativa existente nesta matéria.

Desta feita, entendemos que o artigo 333.º, n.º 1, do CC, é subsidiariamente aplicável no domínio do Direito Tributário, em face da inexistência de uma norma neste domínio jurídico que estabeleça a forma de conhecimento da caducidade do direito à liquidação, não se afigurando válido – atento o raciocínio atrás desenvolvido –, para afastar esta aplicação subsidiária, o argumento de que onde as normas são expressas, concretamente, no artigo 175.º, do CPPT, o regime é diverso³⁶.

4. PONTO CONCLUSIVO

O raciocínio discorrido no presente escrito permitiu-nos retirar uma conclusão acerca da forma de conhecimento da caducidade do direito à liquidação. A conclusão alcançada é a de que existe efetivamente um caminho legal que nos permite sustentar que a caducidade do direito à liquidação é de conhecimento oficioso: esse caminho passa pela aplicação subsidiária, no contexto tributário, do artigo 333.º, n.º 1, do CC.

36. Estranha-se, aliás, que, para efeito da forma de conhecimento da caducidade do direito à liquidação, não se recorra ao Código Civil, mas, por exemplo, a respeito dos efeitos decorrentes da interrupção da prescrição, já se recorra ao Código Civil – apesar de as normas relativas a este instituto estabelecerem um regime diverso daquele que está contemplado no Código Civil – para se defender a existência de um efeito interruptivo instantâneo e duradouro (em termos práticos, a interrupção do prazo seguida da sua suspensão), quando o legislador tributário distinguiu expressamente a figura da suspensão e da interrupção. Sobre esta temática veja-se, por exemplo, o ACÓRDÃO do Supremo Tribunal Administrativo, proc. n.º 015/21.5BECTB. [em linha]. (12.05.2021). Disponível em <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb-f22e1bb1e680256f8e003ea931/73f7124cc3881f81802586d9004b7c5f?OpenDocument> [consultado em 22.11.2022].

A aplicação subsidiária desta norma permite salvaguardar a segurança jurídica – que, juntamente com a certeza jurídica, é o fundamento do instituto em causa no Direito Tributário – e colocá-la em supremacia em relação ao interesse patrimonial do credor tributário, conseguindo-se, deste modo, sanar a contradição valorativa enunciada, resultante da inexistência de uma disposição legal que consagre o conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação.

Claro que o recurso ao Código Civil só nos permite sanar a evidenciada contradição valorativa em matéria de conhecimento jurisdicional da caducidade, mas entende-se que o conhecimento oficioso da caducidade do direito à liquidação pela Administração Tributária é imposto pelos princípios da verdade material e do inquisitório. De todo o modo, muito ajudaria uma intervenção legislativa nesta sede, ditando-se uma norma que fosse ao encontro da intenção do criador normativo em salvaguardar a segurança jurídica, garantindo a sua supremacia em face de outros interesses, concretamente, o interesse patrimonial do crédito tributário e o interesse público subjacente à liquidação e cobrança dos impostos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto - *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6.ª ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1995. ISBN 85-230-0276-6.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2286-9. Vol. I.
- CARDONA, Maria Celeste - Prescrição da obrigação tributária e caducidade do direito de liquidar o imposto. *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 54, N 1 (abril 1994).
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da - *Curso de Direito Fiscal*. Coimbra: Livraria Almedina, 1970.
- ENGISCH, Karl - *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.
- GONÇALVES, Joaquim - A Caducidade face ao Direito

- Tributário. In AAVV - *Problemas Fundamentais do Direito Tributário*. Lisboa: Vislis, 1999. ISBN 972-52-0072-1.
- GUERREIRO, António Lima - *Lei Geral Tributária Anotada*. Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000. ISBN 972-51-0866-3.
- LAIRES, António da Silva Campos - *Alguns Aspectos da Prescrição e da Caducidade, Os Prazos para Exercício do Direito à Liquidação dos Impostos no Sistema Tributário Português. Ciência e Técnica Fiscal*. N 217-219 (1977).
- LÓPEZ, Roberto Ignacis Fernández - *La imprescriptibilidad de las deudas tributarias y la seguridad jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 9788491231820.
- LUMIA, Giuseppe - *Principios de Teoría e Ideología del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Debate, 1986. ISBN 84-7444-009-2.
- NINO, Carlos Santiago - *Introducción al análisis del derecho*. 2.ª ed. Cidade de Buenos Aires: Editorial Astrea, 2003.
- ROCHA, Joaquim Freitas da - *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos, Esboço de uma Teoria Analítica da Ordenação Normativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. ISBN 978-972-32-1518-2.
- ROCHA, Joaquim Freitas da - *Lições de Procedimento e de Processo Tributário*. 8.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2021. ISBN 9789724097787.
- SOBATA, Katharina - *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997. ISBN 3-16-146645-4.
- SOUSA, Jorge Lopes de - *Código de Procedimento e de Processo Tributário: Anotado e Comentado*. 6.ª ed. Lisboa: Áreas Editora, 2011. ISBN 978-989-8058-63-8. Vol. II.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de - *Direito Administrativo Geral, Atividade Administrativa*. 2.ª ed. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2010. ISBN 978-972-20-3879-9. Tomo III.
- VALDEZ Vasco [et. al.] - *A Constituição e as Normas Fiscais. Noção de Imposto e Taxa. A Relação Jurídica Tributária*. In AAVV - *Lições de Fiscalidade*. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-6067-5.
- XAVIER, Alberto Pinheiro - *Conceito e Natureza do Acto Tributário*. Coimbra: Almedina, 1972.

O projeto parental decorrente de reprodução humana assistida sob o olhar do princípio do superior interesse da criança e do adolescente

Patricia Ferreira Rocha^{1}*

SUMÁRIO

Introdução. 1. A intervenção da reprodução humana assistida na construção do projeto parental. 2. A necessidade de observância do princípio do superior interesse da criança e do adolescente para a sua não instrumentalização. 3. Análise da incidência do princípio do superior interesse na monoparentalidade programada, na reprodução póstuma e na gestação de substituição. Conclusão. Referências bibliográficas.

RESUMO

A constituição da relação parental tutelada pelo Código Civil brasileiro de 1916 ocorria por meio de um biologismo presumido, em função do vínculo matrimonial existente entre os pais, ou por meio da adoção, cuja previsão tinha por finalidade amparar o interesse daqueles que não podiam ter filhos e que impunha a limitação de direitos à pessoa adotada, sendo ainda vedado o reconhecimento de filhos ilegítimos, sob argumento da necessidade de preservação da paz familiar. Esta realidade foi sendo paulatinamente modificada no ordenamento jurídico brasileiro, culminando na promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, com a consagração do direito ao livre planejamento familiar e seu corolário, a parentalidade responsável, bem como da igualdade da filiação, independentemente de sua origem, da dignidade da pessoa humana e da proteção integral da criança e

do adolescente. Levando em consideração esta nova base axiológica, o projeto parental, especialmente quando advindo do uso das técnicas de reprodução humana assistida, abre espaço para questionamentos quanto a eventual existência de limites à concretização do desejo de ter filhos. Com ênfase na monoparentalidade programada, na reprodução póstuma e na gestação de substituição, este artigo buscará analisar a possibilidade de harmonização do desejo de procriar com o dever de proporcionar bem-estar ao filho gerado por meio de reprodução humana assistida, levando em consideração o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, parte vulnerável da relação parental. Para tanto, foi utilizada uma metodologia básica, qualitativa e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Projeto parental – Reprodução assistida – Superior interesse da criança.

ABSTRACT

The constitution of the parental relationship protected by the Brazilian Civil Code of 1916 occurred through a presumed biologism, due to the marital relationship between the parents, or through the adoption, whose provision was intended to support the interest of those who could not have children and which imposed the limitation of rights to the adopted person, the recognition of illegitimate children, under the argument of the need to preserve family peace, is also being

¹ Doutoranda em ciências jurídicas privatísticas na Universidade do Minho, Portugal. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco, Brasil. Pesquisadora e professora de Direito de Família e Sucessões. E-mail: patriciarochamcz@hotmail.com

vetoed. This reality was gradually modified in the Brazilian legal system, culminating, in the promulgation of the Brazilian Federal Constitution of 1988, with the consecration of the right to free family planning and its corollary, responsible parenthood, as well as the equality of affiliation, regardless of its origin, the dignity of the human person and the integral protection of children and adolescents. Taking into account this new axiological basis, the parental project, especially when coming from the use of assisted human reproduction techniques, opens space for questions as to the possible existence of limits to the realization of the desire to have children. With an emphasis on programmed single parenthood, posthumous reproduction and replacement pregnancy, taking into account the principle of the best interest of the child and adolescent, a vulnerable part of the parental relationship. For this, a basic, qualitative and bibliographic methodology was used.

KEYWORDS

Parental project – Assisted reproduction – Best interest of the child.

INTRODUÇÃO

Durante um longo período da nossa história, a procriação era considerada uma das finalidades do casamento, a partir do qual retirava a sua fonte de legitimação. As transformações sociais e, inclusive, biotecnológicas, no entanto, acabaram por dissociar a parentalidade da conjugalidade e até mesmo da sexualidade, a partir da possibilidade de geração de filhos por meio da submissão às técnicas de reprodução humana assistida, promovendo o rompimento do modelo biparental, entre a vida que surge e a morte de quem lhe deu origem, assim como da fecundação e gestação.

Esta autonomia proporcionada pelo reconhecimento constitucional da liberdade de planejamento familiar e da dignidade da pes-

soa humana, inclusive no que diz respeito à construção de seu projeto parental, não pode, contudo, estar dissociada da responsabilidade advinda da assunção das funções maternas e/ou paternas, oriundas de vínculos biológicos ou socioafetivos, visto que deve promover também o respeito dos interesses do filho.

É justamente por enxergar a criança como sujeito de direitos, também dotada de dignidade, mas numa condição de vulnerabilidade diante de seu desenvolvimento psíquico e físico incompleto ou de futura pessoa, que este artigo procurou questionar eventuais limites à reprodução humana assistida, sob três enfoques: a monoparentalidade programada, a reprodução póstuma e a gestação de substituição.

1. A INTERVENÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NA CONSTRUÇÃO DO PROJETO PARENTAL

Durante muito tempo na história, a criança foi vista nas sociedades patriarcais como objeto de propriedade do pai, tanto que, no Direito Romano, o *paterfamilias* detinha direito de vida ou de morte sobre os seus filhos, bem como de exposição, venda e abandono, poder este que foi sendo paulatinamente atenuado, por influência do Cristianismo e por razões econômico-sociais².

Sob a vigência do Código Civil brasileiro de 1916, o estado de filiação encontrava-se atrelado à situação conjugal dos pais, fazendo com que se considerassem filhos legítimos apenas os oriundos de uma relação matrimonial, sendo juridicamente invisibilizadas quaisquer outras relações parentais, ainda que consanguíneas, fazendo com que as crianças acabassem por assumir as consequências das más escolhas daqueles que os geraram quando não casados.

2. SOTTOMAYOR, Maria Clara - O direito das crianças – um novo ramo do direito. In *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 32.

Ademais, a adoção possuía um caráter subsidiário, na medida em que somente era permitida às pessoas com cinquenta anos de idade, ou mais, e que possuísem filhos ou que estes fossem pré-mortos, sendo dotada de natureza contratual, pois o adotado não rompia os laços de parentesco com a família biológica, mantendo, por um lado, relacionamento com os mesmos, mas, por outro lado, constituía relação familiar somente com os pais adotivos e já não com os demais parentes daquele núcleo familiar. A adoção, portanto, visava tutelar, exclusivamente, o interesse dos pais, como um remédio à frustração de um projeto parental inexistente ou prematuramente encerrado.

Tal realidade sofreu uma grande mudança de paradigma com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, na qual se consagrou expressamente o direito ao livre planejamento familiar, a parentalidade responsável, bem como a igualdade da filiação, independentemente de sua origem, a dignidade da pessoa humana e a proteção integral da criança e do adolescente.

O planejamento familiar foi regulamentado através da Lei n.º 9.263/1996, que o define como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, compreendendo as atividades de assistência à concepção e contraceção, o atendimento pré-natal, a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato, o controle das doenças sexualmente transmissíveis e o controle e a prevenção dos cânceros cérvico-uterino, da mama, da próstata e do pênis. O planejamento familiar, na precisa definição de Olga Jubert Gouveia Krell, “abrange a idealização e constituição dessa família enquanto projeto parental”³, sendo vedado qualquer tipo de interferência indevida, de ordem pública ou privada.

É possível, contudo, que a concretização

deste projeto parental se encontre impossibilitada por causas estranhas às escolhas reprodutivas da pessoa ou do casal, razão pela qual devem ser disponibilizados meios para que este direito constitucionalmente reconhecido possa vir a ser materializado. Neste prisma, a partir de significativas descobertas médico-científicas no ramo da biotecnologia, foram desenvolvidas as técnicas de reprodução humana assistida.

A reprodução humana assistida é, portanto, a consequência imediata da intervenção biomédica com vista a contornar os problemas relacionados com a infertilidade e a esterilidade humana ou, ainda, com a transmissão de doenças hereditárias ou infectocontagiosas, a partir da manipulação dos gametas sexuais ou do fruto da sua fusão – o embrião –, seja intra ou extracorporeamente, a fim de ser satisfeito o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade, como um dobramento do livre planejamento familiar.

O direito a constituir uma família inclui, portanto, o direito de procriar, inclusive artificialmente, e a parentalidade, enquanto projeto, passa a considerar que o filho tenha o direito de ser desejado antes de ser concebido. Ou seja, o filho deve deixar de ser um ato impensado para se tornar uma ação planejada, de forma consciente e responsável.

O projeto parental, especialmente quando advindo do uso das técnicas de reprodução humana assistida, abre, no entanto, espaço para questionamentos quanto à eventual existência de limites à concretização do desejo de ter filhos. Afinal, como destaca Mário Antonio Sanches, “No âmbito da reprodução assistida, o projeto de ser pais – projeto de parentalidade – precisa ser situado no contexto do projeto de vida total das pessoas envolvidas”⁴, o que inclui o filho assim gerado parte mais vulnerável da relação parental. Por outras palavras, a parentalidade é composta por dois polos que não podem ser considerados separadamente: os pais que

3. KRELL, Olga Jubert Gouveia - *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Paraná: Juruá, 2012, pp. 107-108.

4. SANCHES, Mário Antonio - *Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade*. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2013, p. 40.

planeiam e os filhos que são gerados como fruto desse projeto.

Assim, ao direito individual que é assegurado ao homem, à mulher e ao casal para exercer a sua sexualidade e optar pela paternidade/maternidade contrapõem-se as responsabilidades individual e social que advêm da condição jurídica de pai e/ou de mãe, o que visa proteger o filho da transformação em mero “projeto de consumo”⁵. A criança a ser gerada deve ser sempre considerada um sujeito de direitos e não ser, simplesmente, coisificada ou instrumentalizada.

Por esta razão, a deliberação acerca do projeto parental deve caminhar lado a lado com o dever de proporcionar o bem-estar ao filho gerado, proporcionando-lhe um ambiente familiar sadio e adequado ao seu pleno desenvolvimento. Sônia Paz sintetiza que, neste possível conflito entre o direito de procriar, na esfera da reprodução humana assistida, e o direito de “bem nascer”, o significado do dever de educar, cuidar e proteger o produto desta concepção exige um juízo valorativo⁶, que leva em consideração a análise do superior interesse da criança por nascer.

2. A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE PARA A SUA NÃO INSTRUMENTALIZAÇÃO

De acordo com Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert J. Solnit, a lei faz distinção entre a figura do adulto e da criança por meio de referenciais físicos, psicológicos e sociais, a partir dos quais presume que os adultos sejam responsáveis por si mesmos e capazes de decidir o que é do seu próprio interesse, ao

passo que as crianças, como seres incompletos e não completamente competentes para determinar e salvaguardar os seus interesses, são consideradas como dependentes e necessitadas de cuidados diretos, íntimos e contínuos por parte de adultos que estejam incumbidos de assumir tal responsabilidade⁷.

Nesta perspectiva, Maria Clara Sottomayor ensina que as pessoas até aos dezoito anos encontram-se numa situação de “fragilidade e de dependência física e emocional”, o que exige do Estado e da sociedade “deveres especiais de proteção”. Mas a autora também assinala que esta fase da vida humana não é uniforme, subdividindo-se “em várias etapas, cada uma correspondendo a um grau específico de desenvolvimento e cada uma portadora de necessidades específicas”. A criança vive, portanto, num “estado de imaturidade biológica e psicológica, que evolui para a maturidade do adulto, através do desenvolvimento e da socialização”⁸. Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/1990) concebe a criança como sujeito em desenvolvimento.

Durante este processo cabe, então, a este primeiro núcleo social onde o ser humano é inserido, que é a família, seja qual for a sua organização e estrutura, oferecer à criança e ao adolescente um ambiente seguro e estável, no qual são valorizados o afeto, o cuidado e a mútua assistência, a fim de possibilitar o pleno e adequado crescimento e desenvolvimento físico, intelectual e emocional do filho.

Para tanto, o reconhecimento do princípio do superior interesse da criança e do adolescente acabou por representar uma importante mudança de eixo nas relações entre pais e filhos, na medida em que o filho é alçado ao papel de pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa.

5. PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 24.ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 11.

6. PAZ, Sônia - *Os direitos da criança na reprodução assistida*. São Paulo: Pollux Editora, 2003, p. 13.

7. GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. - *No interesse da criança?*. Tradução: Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 1987, p. 03.

8. SOTTOMAYOR, Maria Clara - *ob. cit.*, pp. 34-35.

No que diz respeito à construção de um projeto parental, não se hesita em afirmar que não se pode falar num “direito ao filho”, pois, se assim fosse, estaríamos a consentir uma coisificação do ser humano. Adverte Helena Figueiredo que “ninguém tem o direito de ter uma pessoa como se fosse uma coisa. Há a instrumentalização dos filhos quando estes são desejados por egoísmo, narcisismo e autoafirmação, ou para satisfazer as necessidades dos pais”⁹.

Sobre a questão, é interessante conferir a lição de Luciane da Costa Moás e Marilena Cordeiro D. Villela Correa, para quem a liberdade procriativa em sentido positivo “não encontra limites quando se trata de casais heterossexuais em idade fértil e que não apresentam nenhum tipo de problemas quanto à prática do ato sexual para fins reprodutivos, nem problemas genéticos que possam colocar em risco a saúde da prole (...). Nessa hipótese, não há que se cogitar de eventual prejuízo para o interesse da criança que está por nascer, nem das aptidões dos pais, já que a «competência» procriativa garantiria a competência parental, sobretudo pela coincidência entre verdade biológica e a socioafetiva. Tão perverso quanto o jogo de presunções mostra-se a lógica da competência procriativa forjando a competência parental, segundo a qual quem pode naturalmente procriar está habilitado a ser pai ou mãe. Não se indaga de suas condições materiais ou emocionais, da disponibilidade de afeto ou aptidão para acolher e auxiliar no desenvolvimento da criança. Para os casais heterossexuais, em idade reprodutiva e com problemas de infertilidade que recorrem à inseminação heteróloga, também não haveria problema, desde que se garantisse a semelhança física com os doadores e, nesse sentido, a competência parental estaria assegurada”¹⁰. Mas será que a mera

garantia de semelhança física entre os doadores, tratando-se de casais heteroafetivos que se utilizam no procedimento heterólogo, seria suficiente para garantir essa tal competência parental? E o que dizer da (in)aptidão das pessoas que, de forma unilateral, buscam a concretização de um projeto parental por meio de reprodução assistida, seja pela ausência de um parceiro ou da morte prematura deste? E como definir esta competência nas situações em que há a dissociação da maternidade, da gestação e da consanguinidade?

3. ANÁLISE DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE NA MONOPARENTALIDADE PROGRAMADA, NA REPRODUÇÃO PÓSTUMA E NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Desta necessidade de encontrar a harmonização do desejo de procriar com o dever de proporcionar bem-estar ao filho gerado por meio de reprodução humana assistida, levando em consideração o princípio do superior interesse da criança e do adolescente, impõe-se a fixação de um novo paradigma acerca da construção do projeto parental. Neste sentido, tomamos como referência inicial o ensinamento de Olga Jubert Gouveia Krell, para quem “o direito a procriar nunca pode se tornar apenas objeto instrumentalizador da felicidade e realização dos pais”¹¹.

No que diz respeito à monoparentalidade programada, não há uma justificação orgânica ou genética, de infertilidade ou esterilidade, para a submissão às técnicas de reprodução humana assistida, uma vez que a ausência de possibilidade de procriação será fruto da escolha de vida do indivíduo. Ou seja, a “impossibilidade” de exercício do

9. FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá - *A procriação medicamente assistida e as futuras gerações*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005, p. 69.

10. MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela - *Filiação e tecnologias da reprodução assistida: entre*

medicina e direito. In *PHYSIS – Revista da Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 2010, pp. 601-602.

11. KRELL, Olga Jubert Gouveia - *ob. cit.*, p. 120.

direito à procriação para as pessoas sozinhas verifica-se na medida em que o processo de fecundação prescinde das células germinativas feminina e masculina para a formação de um novo ser humano e, nestas situações, haverá sempre a ausência de material fecundante necessário à combinação génica do embrião, fazendo com que a reprodução heteróloga se apresente como uma alternativa com vista à concretização de um projeto parental unilateral.

Sobre o tema, cumpre consignar o reconhecimento constitucional expresso da família formada por qualquer dos pais e pela sua prole (art. 226, § 4.º) e do princípio da igualdade entre as entidades familiares, destacando que a legislação não restringe a proteção do Estado à origem da monoparentalidade. Acrescente-se que a possibilidade da concretização singular do projeto parental por meio da reprodução humana assistida heteróloga com doação de material genético de terceiro anónimo também encontra guarida na Lei n.º 9.263/96, a qual prescreve que o planeamento familiar é direito de todo cidadão, sendo parte integrante do conjunto de ações de atenção ao casal, mas, igualmente, à mulher e ao homem de forma individualizada.

Na esteira do mesmo entendimento, a Resolução n.º 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina estabelece que “todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA”, o que inclui a permissão de uso para pessoas sozinhas, já que na sua exposição de motivos restou expressamente consignado que às famílias monoparentais “fica garantida a igualdade de direitos para dispor das técnicas de reprodução assistida com o papel de auxiliar no processo de procriação”. A pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada, ou viúva, poderia, portanto, fazer uso da reprodução humana assistida para fins de concretizar o seu projeto parental, seja mulher ou homem, em razão da aplicação do princípio constitucional da igualdade entre os sexos (art. 5.º da CF/88).

O homem sozinho precisaria, para o efeito, de se valer do procedimento de gestação de substituição, já que não possui condições fisiológicas para gerar o filho que deseje.

A despeito dos fundamentos acima expostos, a monoparentalidade programada poderia importar um atentado ao princípio do superior interesse da criança, simplesmente pelo facto de o filho assim gerado ser desprovido, intencionalmente, de um pai ou de uma mãe? Acreditamos que não, pois o superior interesse da criança não corresponde, necessariamente, ao crescimento e desenvolvimento dos filhos em famílias tradicionais, caracterizadas pela biparentalidade, numa triangulação clássica: pai, mãe e filho.

Neste sentido, segundo Ana Carolina Pedrosa Massaro: “Muito mais do que fazer parte de uma família «triangularizada», o menor tem sua integridade física, psíquica e moral resguardadas quando recebe afeto, cuidados e atenção de uma ou várias pessoas que o assumam como seu dependente, que se dediquem a proporcionar-lhe uma boa educação, com oportunidades adequadas de definição de sua personalidade, respeitando seus limites e seus anseios, independentemente da opção sexual que sustente ou de ter ao seu lado outro alguém para exercer sua vocação familiar. O interesse real do menor não está adstrito ao convívio familiar pura e simplesmente, mas ao convívio familiar sadio, contínuo e juridicamente amparado e reconhecido”¹².

Ademais, defende ainda Julieta Quayle que “a retórica do bem-estar infantil tem sido utilizada para mascarar a marginalização cultural de formas familiares alternativas”, como a família monoparental originária¹³.

12 MASSARO, Ana Carolina Pedrosa - Famílias in vitro: um ensaio sobre a harmonização entre o direito das famílias monoparentais e homoafetivas ao planeamento familiar e o direito do menor à biparentalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* – RIDB. Ano 3, N.º 7 (2014), pp. 5087-5088. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/07/2014_07_05065_05109.pdf. Acesso em: 30/12/2022.

13. QUAYLE, Julieta - Conceitos e “pré-conceitos”. A condição da criança na família monoparental. In *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. MELAMED,

Assim, efetivamente, o que deveria ser levado em conta é se o(a) autor(a) isolado(a) fornece as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto, ou seja, se a ordem jurídica pode assegurar, do ponto de vista da criança que irá nascer, uma família idônea, apta a desempenhar as suas competências, independentemente da copresença dos dois progenitores¹⁴.

O eventual cerceamento ou a limitação do direito de procriar de forma unilateral somente deveria ter cabimento nas situações em que a pessoa não oferecesse “condições psíquicas para se ocupar de uma criança ou se a intenção de gerar fosse imoral, ilícita ou, ainda, desvirtuasse a importância da paternidade e maternidade responsável, menosprezando o papel paterno ou materno na vida do filho”¹⁵.

Logo, a monoparentalidade programada não deve ser objeto de repulsa e limitação em termos abstratos, sendo necessária uma investigação dos fatores ligados a este desejo de procriar, com vista à verificação do seu respeito pelos princípios da dignidade da pessoa humana gerada artificialmente e do superior interesse da criança, partindo do pressuposto de que a dupla referência, especialmente na diversidade de gênero dos pais, por si só, não assegura o superior interesse da criança.

Em relação à reprodução póstuma, a criança também será deliberadamente despojada de pai ou de mãe, em face do falecimento prematuro deste(a), sem que haja qualquer limite temporal imposto à utilização de material genético criopreservado. De acordo com a Resolução n.º 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, “É permitida a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida”. Na mes-

ma senda, o art. 1.597, do Código Civil brasileiro de 2002, admite a presunção de parentidade para os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, “mesmo que falecido o marido” (inciso III) e havidos, “a qualquer tempo”, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga (inciso IV), admitindo-se, implicitamente, o uso da técnica.

Ainda que seja certo que a reprodução póstuma impedirá o progenitor falecido de exercer a sua função parental, isso não deve levar, necessariamente, à conclusão de que esta função não poderia ser plenamente realizada por outro ente familiar, até mesmo porque, com o novo perfil familiar fundamentado no afeto, o papel de pai ou mãe não precisa de ser, necessariamente, exercido pela figura dos progenitores.

Tudo o que se apresentou a favor da monoparentalidade programada pode ser aplicado à reprodução póstuma, com a ressalva de que a razão de gerar um filho de pai ou mãe morta poderia estar assente no desejo de perpetuar a pessoa falecida nessa criança¹⁶. Neste sentido, é relevante, portanto, questionar até que ponto essa criança tão desejada pelo autor(a) do projeto parental sobrevivente não é, acima de tudo, uma tentativa de preencher o vazio deixado pela perda do parceiro morto prematuramente. Será que o princípio do superior interesse da criança poderia ser conciliado com o risco de se conceberem “crianças terapêuticas”¹⁷, com a finalidade de se converter num objeto de recordação ou “herança” do ausente querido?¹⁸

Assim, para que o filho gerado não seja visto como um mero continuador do morto, restringindo-se a um papel subalterno de, simbolicamente, dar continuidade a uma vida conjugal involuntariamente desmanchada,

Rose Massaro; SEGER, Líliliana; BORGES JUNIOR, Edson. (e cols.). São Paulo: Grupo editorial nacional – GEN, 2009, p. 129.

14. QUEIROZ, Juliana Fernandes - *Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório*. Curitiba: Editora da UFPR, 2015, pp. 207-209.

15. BRAUNER, Maria Claudia Crespo - *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 81-86.

16. KRELL, Olga Jubert Gouveia - *ob. cit.*, p. 188.

17. GUIMARÃES, Ana Paula - *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Coimbra editora, 1999, p. 39.

18. BARROS, Eliane Oliveira - *Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 52.

seria imperiosa a realização de um estudo psicossocial com o(a) autor(a) do projeto parental sobrevivente a fim de serem reveladas as motivações que o(a) impulsionam a uma reprodução assistida com material fecundante do cônjuge ou companheiro(a) falecido(a).

Por fim, quanto à gestação de substituição, a polémica concentra-se nos possíveis conflitos, positivos e negativos, de parentalidade entre o(s) autor(es) do projeto parental, que pode(m) ser ou não o(s) fornecedor(es) do material biológico utilizado, e a mãe gestacional. Com efeito, neste procedimento, também chamado de cessão temporária de útero, uma mulher compromete-se a suportar uma gravidez em favor de outrem, quando o estado do útero da mulher que deseja ser mãe não permite o desenvolvimento normal do embrião ou a gravidez apresenta um risco para a sua saúde, mas também em caso de haver um projeto parental exclusivamente masculino, por homem sozinho ou casal homoafetivo.

Acerca da gestação de substituição, a Resolução n.º 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina prescreve que a cedente temporária do útero deve: a) ter ao menos um filho vivo; b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau ou, na impossibilidade de atender este parentesco, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina. Ademais, deve ser fornecido e assinado um termo de consentimento livre e esclarecido pelos pacientes (autores do projeto parental) e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação, sendo imprescindível o consentimento do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentado por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável, assim como também relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos.

Sobre o tema, Juliana Queiroz afirma que “o ordinário ato de submissão ao parto não

pode ser considerado fator absoluto e determinante para a atribuição da maternidade”¹⁹, razão pela qual a gestante pode figurar nessa relação negocial gratuita tão somente como verdadeira “incubadora viva”²⁰ do(s) autor(es) do projeto parental, na medida em que, após o parto, se obriga a entregar a criança, renunciando a qualquer direito e responsabilidade em relação a esta, que será considerada filho de quem desejou ser seu(s) pai(s), ainda que não haja nenhuma identidade biológica entre este(s) e a criança assim gerada. Na esteira do mesmo entendimento, Manuel Camelo Ferreira da Silva Neto defende que o facto de se estar a falar de projetos parentais que podem vir a envolver ou não fatores genéticos e gestacionais não impede “que seja invocada, também a presença de socioafetividade para legitimar a atribuição da filiação a partir da vontade procracional”, na medida em que o desejo por aquele filho antecede a sua própria existência²¹.

Para os fins propostos neste artigo, propõe-se, então, a verificação de dois requisitos extraídos, por analogia, do instituto da adoção: a legitimidade dos motivos dos adotantes, a fim de serem reveladas as motivações que impulsionam a opção por uma monoparentalidade programada, póstuma ou por meio de uma gestação de substituição, assim como relatórios sobre a personalidade, saúde, idoneidade, capacidade para criar e educar, além da correspondente situação familiar, profissional e económica; e as vantagens para o adotado, que deveria ser examinado sob a perspectiva do filho voluntariamente gerado órfão de pai ou de mãe, em razão da monoparentalidade programada ou da utilização de material de pai

19. QUEIROZ, Juliana Fernandes - *ob. cit.*, p. 220.

20. LEITE, Eduardo de Oliveira - *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 402.

21. SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da - *Planejamento familiar nas famílias LGBT: desafios sociais e jurídicos do recurso à reprodução humana assistida no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 268.

ou mãe previamente falecido(a), assim como da gestação em favor de outrem.

Com vista a verificar a capacidade e o preparo do(s) pretendo(s) autor(es) ao exercício da parentalidade responsável por meio da reprodução humana assistida, assim como da efetiva situação vantajosa para o filho assim gerado, defende-se a realização de estudos psicossociais, relativamente aos intervenientes no processo, tal qual se faz em relação ao(s) adotante(s) e adotado, a ser elaborado por uma equipe multidisciplinar. Reconhece-se, contudo, que, em face das particularidades do tema, nem sempre será possível obter uma resposta certa e segura sobre a legitimidade dos motivos do(s) autor(es) do projeto parental e das reais vantagens do filho programado por meio de reprodução assistida, o que não pode invalidar a medida, como forma de proporcionar a atenção e o cuidado que a criança e a família envolvida merecem receber²².

CONCLUSÃO

O direito ao livre planeamento familiar, ainda que seja considerado uma expressão do exercício da autonomia privada do indivíduo e da sua possibilidade de autodeterminação familiar, não deve ser dissociado da responsabilidade parental e do respeito à dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos na construção do projeto parental, com ênfase na proteção integral e prioritária conferida à criança, em especial, aquando da sua concepção por meio de reprodução humana assistida.

O projeto parental que se concretiza através da reprodução humana assistida não pode, portanto, converter-se num instru-

mento de satisfação pessoal do pai e/ou da mãe que opta pela submissão a uma monoparentalidade programada, à reprodução póstuma ou ao procedimento de gestação de substituição, com vista a não transformar o filho assim gerado em mero “produto de consumo”. Ao mesmo tempo, não se mostra razoável a completa limitação de acesso a tais procedimentos, sob um argumento genérico de proteção do superior interesse da criança.

Por esta razão, este artigo ponderou a aplicabilidade de dois requisitos extraídos, por analogia, do instituto da adoção: a legitimidade dos motivos dos adotantes, que importaria na análise dos motivos do(s) autor(es) do projeto parental unilateral, sobrevivente e utilizador(es) de útero cedido, assim como das vantagens para o adotado, que deveria ser examinado sob a perspectiva do filho voluntariamente desprovido de pai ou de mãe ou por meio de gestação de outrem, a fim de que a utilização destes procedimentos se converta numa medida de proteção do bem-estar da criança assim gerada. Para tanto, todos os participantes destas técnicas de reprodução humana assistida deveriam ser submetidos a um estudo psicossocial, a ser elaborado por uma equipe multidisciplinar, que demonstrasse a sua aptidão para a paternidade e/ou maternidade, com reconhecimento das responsabilidades a estas inerentes, a fim de assegurar ao futuro filho um ambiente familiar sadio e equilibrado para o seu pleno desenvolvimento, independente do atendimento a modelos pré-concebidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Eliane Oliveira - *Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo - *Direito, sexualidade e reprodução humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FIGUEIREDO, Helena Maria Vieira de Sá - *A procriação medicamente assistida e as futuras gerações*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2005.
- GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. - *No interesse da criança?*. Tradução: Luis Claudio

22. ROCHA, Patricia Ferreira - A análise da legitimidade dos motivos do genitor sobrevivente e das vantagens para o filho gerado post mortem em face do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. V 48 (nov./dez. 2021). Belo Horizonte: IBDFAM, pp. 174-175.

- de Castro e Costa. São Paulo/SP: Editora Martins Fontes, 1987.
- GUIMARÃES, Ana Paula - *Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Coimbra editora, 1999.
- KRELL, Olga Jubert Gouveia - *Reprodução humana assistida e filiação civil: princípios éticos e jurídicos*. Paraná: Juruá, 2012.
- LEITE, Eduardo de Oliveira - *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- MAGALHÃES, Sandra Marques - *Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.
- MASSARO, Ana Carolina Pedrosa - Famílias in vitro: um ensaio sobre a harmonização entre o direito das famílias monoparentais e homoafetivas ao planejamento familiar e o direito do menor à biparentalidade. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro* – RIDB. Ano 3, N.º 7 (2014), pp. 5087-5088. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/07/2014_07_05065_05109.pdf. Acesso em: 30/12/2022.
- MOÁS, Luciane da Costa; CORREA, Marilena Cordeiro D. Villela - Filiação e tecnologias da reprodução assistida: entre medicina e direito. *PHYSIS* – Revista da Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2010.
- PAZ, Sônia - *Os direitos da criança na reprodução assistida*. São Paulo: Pollux Editora, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva - *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 24.^a ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- QUAYLE, Julieta - Conceitos e “pré-conceitos”. A condição da criança na família monoparental. In *Psicologia e reprodução humana assistida: uma abordagem multidisciplinar*. MELAMED, Rose Massaro; SEGER, Liliana; BORGES JUNIOR, Edson. (e cols.). São Paulo: Grupo editorial nacional – GEN, 2009.
- QUEIROZ, Juliana Fernandes - *Reprodução assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório*. Curitiba: Editora da UFPR, 2015.
- ROCHA, Patricia Ferreira - A análise da legitimidade dos motivos do genitor sobrevivente e das vantagens para o filho gerado *post mortem* em face do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. V 48 (nov./dez. 2021). Belo Horizonte: IBDFAM, pp. 163-184.
- SANCHES, Mário Antonio - *Reprodução assistida e bioética: metaparentalidade*. São Paulo: Editora Ave-Maria, 2013.
- SILVA NETTO, Manuel Camelo Ferreira da - *Planejamento familiar nas famílias LGBT: desafios sociais e jurídicos do recurso à reprodução humana assistida no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara - O direito das crianças – um novo ramo do direito. In *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2016.

Orçamentos Participativos Municipais – Influências internacionais e metodologia de implementação

Sara Cristina Rebelo Magalhães^{1}*

SUMÁRIO

1. Enquadramento da problemática. 2. As influências internacionais dos Orçamentos Participativos Municipais. 3. Os Orçamentos Participativos Municipais em Portugal: o princípio da autorregulamentação no processo regulamentar. 4. Breves conclusões. Bibliografia.

RESUMO

O orçamento participativo surgiu em Porto Alegre, no Brasil, no final da década de 80, num contexto sociopolítico de grande contestação às formas típicas da democracia representativa clássica. Mais de trinta anos depois, o orçamento participativo disseminou-se por todo o mundo.

Em Portugal, mais de uma centena de municípios implementaram, na sua estratégia política, o orçamento participativo. No entanto, tal como no ordenamento jurídico brasileiro, o legislador português ainda não consagrou um regime próprio para o orçamento participativo, exigindo a implementação deste regime através da aprovação de regulamentos administrativos. Porém, ao contrário dos municípios portugueses, a influência do caso de Porto Alegre tem incidido sobre uma estrutura orgânica exclusiva para a elaboração das regras do orçamento participativo, respeitando o princípio da autorregulamentação e o princípio da flexibilidade normativa.

O nosso trabalho tem como objetivo apresentar o quadro comparativo entre o

caso de Porto Alegre e a aprovação de regulamentos administrativos pelos municípios portugueses, reconhecendo as fragilidades do nosso regime.

PALAVRAS-CHAVE

Orçamento participativo – Regulamentos administrativos – Princípio da autorregulamentação.

ABSTRACT

Participatory budgeting emerged in Porto Alegre, Brazil, at the end of the 1980s, in a socio-political context of great contestation against the typical forms of classic representative democracy. More than thirty years later, participatory budgeting has spread all over the world.

In Portugal, more than a hundred municipalities have implemented participatory budgeting as part of their political strategy. However, as in the Brazilian legal system, the Portuguese legislator has not yet conferred a specific regime for the participatory budget, which requires the implementation of this regime through the approval of administrative regulations. However, unlike the Portuguese municipalities, the influence of the case of Porto Alegre, presents an exclusive organic structure for the elaboration of the rules of the participatory budgeting, respecting the principle of self-regulation and the principle of normative flexibility.

Our article aims to present a comparison between the case of Porto Alegre and the approval of administrative regulations by

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora no Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov). Mestre em Direito Administrativo. Email: sararebelomagalhaes@gmail.com

Portuguese municipalities, recognizing the weaknesses of our regime.

KEYWORDS

Participatory budgeting – Administrative regulations – Principle of self-regulation.

1. ENQUADRAMENTO DA PROBLE-MÁTICA

O orçamento participativo (OP) surgiu em Porto Alegre, no Brasil, no final da década de 80, num contexto sociopolítico de grande contestação às formas típicas da democracia representativa. Considerado como um caso de sucesso, o Orçamento Participativo de Porto Alegre impulsionou novas formas de participação dos cidadãos, mormente nos entes da administração local, nos mais diversos ordenamentos jurídicos. Em 2018, os estudos apontavam para a existência de 7.059 a 7.671 orçamentos participativos espalhados pelo mundo².

Porém, não obstante o caso de Porto Alegre inspirar a aplicação de orçamentos participativos em múltiplos ordenamentos jurídicos, não é contemplada uma metodologia universal e uniforme. Os inúmeros estudos sobre a matéria apontam para diferentes regimes não só de ordenamento jurídico para ordenamento jurídico como também, no interior do mesmo ordenamento jurídico, para diferentes metodologias adotadas pelos diversos municípios. Este é um processo “empírico” e flexível, evoluindo com a experiência e a maleabilidade normativa do seu regime.

Embora o conceito do OP se tenha disseminado pela América Latina, Europa, América do Norte, Ásia e África, apenas os

países do Peru e da República Dominicana³ consagram na legislação do seu ordenamento jurídico um regime para o orçamento participativo. Na verdade, esta é uma grande influência do OP de Porto Alegre, como veremos no §2 desta exposição, que, apesar de não incidir em pleno nos modelos adotados, mantém um papel de influência na conceção principiológica do regime do OP Municipal.

Nesse sentido, o orçamento participativo como modelo de democracia direta, participativa e transparente foi construído a partir do modelo do OP de Porto Alegre. Este é um modelo que tem perdurado no tempo, adaptando-se constantemente às suas exigências.

Hoje, o orçamento participativo é apontado não só como um importante exemplo da democracia participativa, mas, também, de *open government*⁴ e de *e-government*⁵. Tanto assim é que a participação dos cidadãos no modelo do OP dos tempos modernos não se restringe à apresentação de proposta e procedimentos de votação em típicas assembleias deliberativas e de voto, mas compreende também evoluídos sistemas digitais onde os cidadãos poderão participar no curso do OP.

Nesta exposição, consideraremos sobre esta importante adaptação do modelo do OP aos tempos modernos – com particular relevância no contexto atual de transição digital

3. Portugal destaca-se no panorama internacional porque foi o primeiro ordenamento jurídico a tornar obrigatória a implementação do orçamento participativo no contexto escolar, através do Despacho do Ministro de Educação n.º 436-A/2017.

4. O “Open Government” (ou “Governo Aberto”) define-se pelos princípios da transparência, da participação e da colaboração. Este conceito traduz-se numa “abertura” da administração pública ao escrutínio do cidadão e à possibilidade de a sociedade civil contribuir para a sua eficiência.

Ora, neste sentido, desde 2008 que se iniciaram diversas iniciativas à escala global, entre as quais se destaca a *Open Government Partnership*, criada em setembro de 2011, que agrega um conjunto de países que se comprometeram a atingir diversas metas inerentes a este conceito. *Vd. Open Government Partnership*, in <https://www.opengovpartnership.org/>.

5. Num conceito genérico e simples de *e-government*, podemos dizer que é a introdução de práticas de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) nos procedimentos e, consequentemente, na tomada de decisões da administração pública.

2. DIAS, Nelson; JÚLIO, Simone - *30 anos de Orçamentos Participativos no Mundo: entre o passado, as tendências mais recentes e os desafios futuros*. Faro: Epopeia/Oficina, 2019. Disponível em pdf: <https://www.oficina.org.pt/30anosopmundo.html>.

das cidades –, que se instala sobre a égide da “não legalização” ou da “não institucionalização”, como promove, aliás, o modelo do OP de Porto Alegre. Todavia, entendemos que não poderão ser negadas, na sua problematização, as relações jurídico-administrativas inerentes ao mecanismo do OP que exigem adequada integração normativa no quadro jurídico português.

Portanto, o âmbito desta exposição tem em vista a apresentação, numa primeira e genérica abordagem, da caracterização do regime, mormente as suas principais influências internacionais e as implicações destas influências no âmbito jurídico-administrativo português.

2. AS INFLUÊNCIAS INTERNACIONAIS DOS ORÇAMENTOS PARTICIPATIVOS MUNICIPAIS

Apesar da carência legislativa da constituição de um regime que defina e discipline os orçamentos participativos, os mais de trinta anos de experiência do caso de Porto Alegre e da sua internacionalização permitiram aos analistas apresentar algumas propostas ao conceito deste mecanismo. Neste sentido, apresentamos a proposta de Yves Cabannes, que define o OP como “um mecanismo (ou processo) através do qual a população decide, ou contribui para a tomada de decisões sobre o destino de uma parte, ou de todos os recursos públicos disponíveis”. Outra definição consagrada é a de Ubiratan De Sousa, um dos principais responsáveis pelo OP de Porto Alegre, que conceptualizou o OP como “um processo democrático direito, voluntário e universal, onde as pessoas podem discutir e decidir sobre orçamentos e políticas públicas”⁶.

Ainda na exposição de Yves Cabannes, compreendemos que, “nas cidades brasileiras, de forma geral, o Orçamento Participa-

tivo não é institucionalizado nem legalizado”, esclarecendo que a “não legalização” do OP⁷ visa “preservar a dinâmica do processo e evitar burocratização e cooptação política”⁸.

Mas, para o autor, a carência de uma definição legal no ordenamento jurídico não significa que não possa ser viabilizado nos decretos municipais, de modo a reconhecer o processo participativo como forma da administração municipal, sem afetar a sua “natureza dinâmica”. E, no que à definição das regras do seu procedimento respeita, tal como no caso de Porto Alegre, esta consagração de-

7. A *desformalização* do Orçamento Participativo, promovida pelas influências do contexto internacional, incentiva um paralelismo às figuras da atuação administrativa informal. Esta temática merecia uma reflexão mais profunda do que aquela que neste momento podemos apresentar, todavia, genericamente, importará referir que o conceito de atuação informal das entidades administrativas tem sido compreendido como atuações que não se configuram às formas tipificadas pela lei ou pela doutrina, como sejam o ato administrativo, o regulamento ou o contrato. Como refere Carla Amado Gomes e Sandra Lopes Luís, “a actividade informal surge como um universo paralelo de formas declinadas das actuações típicas, gémeas imperfeitas e casualmente light, potenciadoras da celeridade e da consensualização”, in GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes - O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do IDB*. N.º 7 (2012), p. 2.

Todavia, apesar das dúvidas existentes na doutrina quanto ao conteúdo e tratamento das atuações informais, a doutrina tem reconhecido as vantagens existentes na sua integração como formas de atuação da administração, nomeadamente, a possibilidade de maiores consensos para as decisões administrativas, um aumento da sua legitimidade sociológica e da sua aceitação e, claro, a flexibilização e celeridade do seu procedimento; no entanto, como referem Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, o comportamento informal da administração também acarreta desvantagens, como sejam a potencial dissolução da normatividade jurídica, o aumento exponencial do risco de lesão de direitos de terceiros mantidos à margem dos esquemas informais, ou a degradação dos princípios fundamentais da atividade administrativa. Cfr. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado - *Direito Administrativo Geral*. Tomo III. 2.ª ed. Lisboa: D. Quixote, 2016, pp. 471 e 472.

Neste sentido, a integração de atuações informais na atividade administrativa merece particular cautela, sendo necessário controlar os excessos de informalidade, de modo a não desprezitar as tradicionais figuras do direito administrativo, e a sua atuação deverá ser compreendida no estrito cumprimento dos princípios fundamentais da atividade administrativa. Logo, os objetivos da atuação informal, mesmo que dela resultem fins jurídicos, não se poderão sobrepor ou substituir às figuras do regulamento, ato ou contrato administrativo.

6. CABANNES, Yves [et al.] - *72 Perguntas Frequentes sobre Orçamento Participativo*. Série Caixa de Ferramentas de Governação Urbana. UN-HABITAT/Iniciativa Comunitária EQUAL, 2009, p. 22.

8. CABANNES, Yves [et al.] - *ob. cit.*, p. 106.

verá estar contida no “autorregulamento” ou Regimento Interno (designação do diploma pelos municípios brasileiros)⁹.

Ora, o Regimento Interno do OP de Porto Alegre é discutido todos os anos e define a atuação dos conselheiros e delegados no procedimento do OP, bem como os critérios gerais e técnicos das propostas a submeter.

Assim, os conselheiros compõem o *Conselho do Orçamento Participativo* (COP), que tem como principal objetivo planejar, propor e fiscalizar os instrumentos de gestão do executivo municipal, bem como da revisão anual do Regimento Interno do OP¹⁰. Os delegados compõem o *Fórum de Delegados Regional ou Temático*, que tem como principal objetivo a discussão e definição das *demandas*/propostas a incluir no Orçamento Municipal.

Já as *Assembleias Regionais e Temáticas* são abertas a toda a comunidade, mas será necessário o registo do cidadão para poder participar. Nos termos do ponto 1, do cap. III, título III, do Regimento Interno do OP de Porto Alegre 2019/2020, “os participantes [das Assembleias Regionais e Temáticas] escolherão as 4 (quatro) primeiras prioridades dentre os 19 (dezenove) temas existentes (Saneamento Básico – Drenagem e Dragagem; Saneamento Básico – Água e Esgoto Cloacal; Habitação; Pavimentação; Circulação e Transporte; Saúde; Assistência Social; Educação; Áreas de Lazer; Esporte e Lazer; Iluminação Pública; Desenvolvimento Econômico; Cultura; Saneamento Ambiental; Acessibili-

dade e Mobilidade Urbana; Juventude; Turismo; Trabalho e Renda; Direito dos Animais)”.

O OP de Porto Alegre é constituído por 17 regiões e 6 Fóruns Temáticos. A divisão entre regiões e temáticas centra-se no âmbito das suas competências: se, por um lado, nas reuniões regionais serão discutidos e definidos os investimentos e serviços específicos para determinada área geográfica, por outro lado, nas reuniões temáticas serão discutidas e definidas as diretrizes, os investimentos e os serviços para toda a cidade, isto é, as despesas de capital estruturantes para o desenvolvimento da cidade¹¹.

O Regimento Interno do OP define, ainda – particularmente importante –, os critérios gerais e técnicos. Os critérios são as regras de apreciação das propostas, sendo que os critérios gerais são critérios substantivos que visam estabelecer prioridades e os critérios técnicos são definidos pelo executivo, tendo como objetivo a verificação da viabilidade técnica e económica das propostas¹².

A divisão por zonas e prioridades é também estabelecida em Sevilha. À semelhança do modelo do OP de Porto Alegre, o *Presupuesto Participativo de Sevilla* divide-se por 15 zonas, onde os cidadãos se reúnem através de fóruns. Os projetos até €30.000 são apreciados como “projetos de distrito” e os que ultrapassam esse valor são apreciados como projetos de desenvolvimento da cidade. As propostas são previamente analisadas pelos delegados nos fóruns e estes decidem ainda quanto à ordem final de prioridades. O grau de prioridades é feito através de critérios gerais e critérios suplementares que permitirão avaliar numa escala 0 a 15 e definir a lista de

9. *Ibid.*

10. As competências do COP estão previstas no artigo 11.º do Regimento Interno do OP de Porto Alegre 2019/2020, entre as quais destacamos o seu papel junto do executivo municipal quanto às matérias orçamentais, nomeadamente, a possibilidade de o COP poder apreciar e alterar no todo ou em parte a proposta do Orçamento Anual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) ou a proposta do Plano Plurianual (PPA) antes da sua submissão à Câmara Municipal de Vereadores, mas também poderá apreciar e votar a proposta de Prestação de Contas do Executivo Municipal. Por fim, compete ao COP discutir, anualmente, o Regimento Interno do OP e propor alterações no todo ou em parte à *Assembleia Municipal*, que o votará. Disponível em pdf: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/op/usu_doc/regimento_interno_op.pdf.

11. PORTO ALEGRE. *Orçamento Participativo. Regimento Interno. Critérios gerais, técnicos e regionais 2019/2020*. Prefeitura de Porto Alegre. Disponível em pdf: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/op/usu_doc/regimento_interno_op.pdf.

12. JÚNIOR, Sara Filipa Xavier - *O Processo de Adoção e Implementação do Orçamento Participativo – Os Casos de Braga e Guimarães*. Dissertação de mestrado em Administração Pública – Gestão Pública, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, 2015, p. 11.

prioridades para o OP daquele concreto ano¹³.

Ora, cumpre notar assim que, em Espanha, os legisladores autônomos (das Comunidades Autônomas) têm competências no que concerne aos mecanismos de democracia participativa e atribuem margem de atuação aos *ayuntamientos* nesta matéria. Veja-se, o artigo 24.º, da Lei n.º 7/2007, de 27 de dezembro, relativa à participação dos cidadãos em Andaluzia, que estabelece que as autoridades locais podem implementar mecanismos de participação dos cidadãos, como o Orçamento Participativo (= *presupuestos participativos*), para dar prioridade a aspetos do seu orçamento¹⁴. Nos termos do seu n.º 2, “o objetivo do orçamento participativo é o da afetação das despesas pela administração local tendo em conta as prioridades expressas num orçamento participativo em que as propostas e os critérios sejam estabelecidos previamente pelos cidadãos”¹⁵.

Assim, os *ayuntamientos*, no presente caso, da Comunidade Autónoma de Andaluzia, poderão regulamentar o procedimento do OP, conferindo mecanismos de exercício de democracia participativa.

As regras do procedimento do OP são conferidas, tendencialmente, através do “*Autoreglamento*” (à semelhança do regimento interno do OP de Porto Alegre), e estão vinculadas ao princípio da autorregulamentação, isto é, são os próprios cidadãos a estabelecer as “regras do jogo”.

No preâmbulo do *Autoreglamento del Presupuesto Participativo de El Puerto de Santa María* 2016-2017, lê-se que “o orçamento par-

ticipativo é um instrumento de participação aberta e de gestão municipal através do qual os cidadãos poderão propor e decidir sobre a utilização de parte dos recursos municipais, especificamente sobre uma parte do Orçamento Municipal”¹⁶. O autorregulamento define e disciplina as Assembleias (= *Asambleas*), o *Grupo Motor* e o *Consejo Delegado y de Seguimiento*.

No *Presupuesto Participativo de El Puerto de Santa María*, as assembleias dividem-se em: *asambleas de constitución* (que elegem os membros do Grupo Motor), *asambleas informativas* (que poderão ser gerais ou por zona, poderão votar o Autoreglamento e o calendário do OP) e, por fim, as *asambleas de propuestas* (que se dividem por zonas e têm como competência a discussão e votação das propostas submetidas no OP).

O *Grupo Motor* (à semelhança do COP do OP de Porto Alegre), composto por 4 representantes eleitos nas *asambleas de constitución*, é o responsável pela elaboração das regras do jogo (do autorregulamento) a submeter às *asambleas informativas*. Já o *Consejo Delegado y de Seguimiento* (à semelhança do Fórum de Delegados do OP de Porto Alegre) é delegado da *Asamblea de Propuestas* e tem como competência estabelecer quais as propostas submetidas ao OP que deverão ser prioritárias e equilibradas, em conformidade com o princípio da justiça social e com critérios definidos no autorregulamento, entre os quais destacamos a urgência e necessidades básicas, a promoção da igualdade entre géneros, idade, raça, etc., equidade entre zonas, projetos que não integrem o Orçamento Municipal, entre outros.

Posto isto, volvidos mais de trinta anos da primeira experiência de Porto Alegre, o orçamento participativo tem-se adaptado aos diferentes contextos sociais, económicos, políticos e administrativos. Todavia, da análise às diferentes abordagens deste mecanismo têm sido apontados aspetos norteadores para

13. SINTOMER, Yves; HERZBERG, Carsten; ALLEGRETTI, Giovanni e colaboração de RÖCKE, Anja - Aprendendo com o Sul: O Orçamento Participativo no Mundo – um convite à cooperação global. In *Engagement Global gGmbH Service für Entwicklungsiniciativen*. Versão portuguesa N.º 25: Associação In Loco, março de 2012, p. 36. Disponível em pdf.: https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/outras_pesquisas/aprendendo-do-sul.pdf.

14. Cfr. artigo 24.º da Lei n.º 7/2007, de 27 de dezembro. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-1548.

15. Tradução livre da autora.

16. Tradução livre da autora. Disponível em pdf.: <https://www.elpuertodesantamaria.es/uploads/2018/autoreglamento-ppto.pdf>.

o bom funcionamento do OP, e que, instruídos no OP de Porto Alegre, estão presentes noutras realidades, nomeadamente nos OP dos *ayuntamientos* de Andaluzia.

Desde a sua génese, o OP de Porto Alegre atribui aos cidadãos o poder de elaborarem o sistema normativo do OP e, anualmente, proporem alterações ao seu Autorregulamento ou Regimento Interno, através do COP. À imagem deste modelo, o *Ayuntamiento* de *El Puerto de Santa María* atribui ao *Grupo Motor* o poder de elaborar o *Autoreglamento* a submeter às *asambleas informativas*. Logo, podemos concluir que ambos se configuram a partir dos princípios da democracia participativa, do princípio da autorregulamentação e do princípio da flexibilidade normativa.

O princípio da autorregulamentação atribui à própria sociedade o poder de criar as suas regras de conduta, assente na ideia de que “ninguém melhor que o próprio interessado para saber quais são as lacunas que o Direito deve proteger, quais são as situações práticas do dia a dia que estão sem proteção jurídica e que caminhos de solução viável podem ser tomados”¹⁷. Já quanto ao princípio da flexibilidade, é a exigência de um processo flexível, garantindo avaliações e ajustes contínuos¹⁸.

Assim, por outras palavras, a participação da comunidade constrói-se não apenas na escolha das propostas a executar no OP, como estabelece, anualmente, as normas do procedimento, através de Assembleias que as votam e de Conselhos ou Grupos que as elaboram. Na verdade, é neste sentido que Giovanni Allegretti, Patricia García e Pablo Paño Yáñez defendem que as “regras do jogo” deverão ser revistas periodicamente, de modo a garantir o bom funcionamento do procedimento e a célere modificação das fragilidades detetadas¹⁹.

3. OS ORÇAMENTOS PARTICIPATIVOS MUNICIPAIS EM PORTUGAL: O PRINCÍPIO DA AUTORREGULAMENTAÇÃO NO PROCESSO REGULAMENTAR

No ano de 2002, o Município de Palmela tornou-se o primeiro município em Portugal a implementar na sua estratégia política o orçamento participativo; vinte anos depois, mais de uma centena de municípios seguiram o seu exemplo.

Todavia, à imagem do ordenamento jurídico brasileiro, o legislador português, apesar dos vinte anos de experiência, não consagra qualquer regime que defina e discipline o OP. Tão-pouco o legislador português tipifica a integração dos OP no conceito de democracia participativa, ao contrário da Comunidade Autónoma de Andaluzia.

Como vimos anteriormente, o princípio da autorregulamentação pressupõe a participação dos cidadãos na elaboração das regras que disciplinam o procedimento do OP, logo, este princípio não poderá ser compreendido como alheio ao princípio da democracia participativa, antes, como parte integrante do princípio norteador do Estado de Direito. E, na verdade, a expressão “democracia participativa” apenas é consagrada no disposto do artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, integrando o conceito de Estado de Direito Democrático, não definindo o legislador constituinte, objetivamente, o conceito de democracia participativa.

Assim, a maioria da doutrina portuguesa defende que a democracia participativa, não obstante pressupor, numa primeira dimensão, o reforço da participação dos cidadãos na vida pública e um maior envolvimento da comunidade na exigência e responsabilidade democrática, apenas atribui, em termos práticos, um papel ativo aos cidadãos nos proce-

17. Para mais desenvolvimentos, *vd.* PINHEIRO, Patricia Peck - *Direito Digital*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

18. *Cfr.* CABANNES, Yves [et al.] - *ob. cit.*, p. 43.

19. ALLEGRETTI, Giovanni; GARCÍA, Patricia; YÁÑEZ, Pablo

Paño - *Viajando por los presupuestos participativos: buenas prácticas, obstáculos y aprendizajes*. Málaga: CEDMA, 2011, p. 53.

dimentos administrativos e legislativos²⁰.

Sabemos que a administração autárquica está vedada do exercício do poder legislativo. No entanto, o legislador ordinário confere atribuições às entidades administrativas, mormente à administração local, para a promoção e gestão dos seus procedimentos administrativos, isto é, de todos os procedimentos que visam uma restrição de direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Neste sentido, as autarquias locais poderão aprovar regulamentos administrativos, nos termos dos artigos 9.º, n.º 1, alínea j), e 16.º, n.º 1, alínea h) [no que às Freguesias concerne], e 25.º, n.º 1, alínea g), e 33.º, n.º 1, alínea k) [para os Municípios], todos da Lei n.º 75/2013, de 12 de setembro, que aprovou o regime jurídico das autarquias locais.

Assim, podemos dizer que a democracia participativa ganha expressão no exercício de intervenção dos cidadãos nos procedimentos administrativos, nomeadamente no procedimento regulamentar, através dos mecanismos da audiência de interessados e da consulta pública, respetivamente, artigos 100.º e 101.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA).

Ora, à semelhança dos exemplos do capítulo anterior, as regras do orçamento participativo consagram, tendencialmente, os seguintes termos: *quem* pode participar, *qual a dotação financeira* das propostas a concurso, sobre *qual temática* as propostas deverão incidir, os critérios gerais e técnicos, o *sistema de votação*, etc. Neste sentido, as normas do OP não se restringem à produção de efeitos no interior da entidade administrativa, mas, antes, restringem direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Logo, o diploma que aprova a disciplina do OP, em obediência ao princípio da legalidade e da democracia participativa, deverá conferir força regulamentar.

No ordenamento jurídico português, por força do princípio da legalidade, não nos parece legítimo um regime com uma orgânica e metodologia exclusiva para o procedimento de elaboração das regras do OP, como resulta dos casos de Porto Alegre e de *El Puerto de Santa María*. No entanto, tal não pressupõe um desvio ao princípio da autorregulamentação, uma vez que este é garantido no procedimento regulamentar pelo legislador do CPA, através dos mecanismos da audiência de interessados e da consulta pública.

No que à revisão das regras do jogo concerne, promovidas pelo princípio da flexibilidade, esta ação *não exclui* a responsabilidade regulamentar externa. A revisão anual das regras do jogo, que visa garantir o bom funcionamento do procedimento e a célere modificação das fragilidades do OP, em Portugal, restringindo direitos e interesses dos cidadãos, está também vinculada ao procedimento regulamentar previsto no CPA. Veja-se que, nos exemplos de Porto Alegre e *El Puerto de Santa María*, o princípio da autorregulamentação não se desvincula do princípio da flexibilidade. A revisão deverá ser promovida pelos cidadãos.

O legislador ordinário define, nos termos do disposto no artigo 142.º, n.º 1, do CPA, que os regulamentos podem ser modificados pelos órgãos competentes para a sua emissão, não esclarecendo quanto ao “como” do seu procedimento. Para Afonso Queiró e Freitas do Amaral, o procedimento de modificação dos regulamentos administrativos deverá ser semelhante ao da sua elaboração, em obediência ao princípio da equivalência de formas²¹.

Ainda, cumpre notar que a aprovação de normas que afetem direitos e interesses dos cidadãos sem cumprimento do procedimento regulamentar previsto no CPA são fundamento da declaração de ilegalidade das suas disposições, que poderá ser invocada a todo o tempo,

20. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I. 2.ª ed. Revista. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 86. MORAIS, Carlos Blanco de - *O Sistema Político – Em tempo de erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2020, pp. 116 e 117.

21. QUEIRÓ, Afonso - Teoria dos Regulamentos. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano I (2.ª Série), N.º 1 (janeiro-março 1986). Coimbra: Livraria Almedina, pp. 24 e 25. AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 187.

nos termos do artigo 74.º do Código de Processos nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Isto porque o conceito de regulamento previsto no artigo 135.º do CPA prevê que, para efeitos daquele diploma, consideram-se regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos. Ora, este *atributo consequencial no âmbito da eficácia*²², i.e., a produção de efeitos plurisubjetivos – efeitos “para lá da esfera jurídica da entidade administrativa” –, exclui do âmbito do CPA (mas também do CPTA) os regulamentos internos, ou seja, as disposições que produzem a sua eficácia jurídica unicamente no interior da esfera jurídica da entidade que os emana, uma vez que se limitam a determinar autovinculações e decisões legalmente previstas²³.

Ora, talqualmente o programa do concurso no âmbito da contratação pública²⁴, o programa do procedimento do OP é um regulamento que define os termos a que obedece a fase de formação das propostas (os critérios de participação) até à execução dos projetos vencedores. Acresce ainda que estas disposições se

destinam a um número indeterminado de pessoas e não se aplicam numa única vez. Assim, o programa do procedimento do OP consagra uma série de atos sequencias, de diferentes ciclos, com uma calendarização e formalidades objetivamente definidas no diploma.

Concluindo, a aprovação de normas regulamentares internas, como sejam as normas de funcionamento do OP, sempre que alteram o programa do procedimento do OP, padecem de vícios de forma, podendo a sua nulidade ser invocada a todo tempo. De acordo com os dados do *Participatory Budgeting World Atlas*, em Portugal, ao nível autárquico, 57 entidades administrativas (municípios e freguesias) aprovaram regulamentos administrativos para a vigência dos seus OP e 42 entidades administrativas (municípios e freguesias) aprovaram normas de participação, reforçando que, as últimas, “dependem exclusivamente de deliberações dos executivos eleitos”²⁵.

Esta é claramente uma tendência em Portugal, que urge uma alteração metodológica.

4. BREVES CONCLUSÕES

O quadro comparativo do Município de Porto Alegre e do *Ayuntamiento de El Puerto de Santa María* permite-nos concluir que lhes é conferido, pelo seu ordenamento jurídico, uma metodologia jurídica própria para a participação dos cidadãos na elaboração dos orçamentos participativos. E não se poderá ignorar que, nos dois exemplos, o OP é apresentado como uma parte significativa do orçamento municipal. Esta proximidade é muito significativa no caso de Porto Alegre, uma vez que os órgãos do OP têm competências de fiscalização quanto às propostas dos instrumentos de gestão, apresentados pelo

22. Termo utilizado por Carlos Blanco de Morais. Vide MORAIS, Carlos Blanco de - Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código de Procedimento Administrativo. In *Novo Código do Procedimento Administrativo: conferências do CEJ 2014-2015*. Coleção Formação Contínua. Lisboa: CEJ, 2016, pp. 155 e 156. Disponível em pdf: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=y3SQiePJy3w%3D&portalid=30>.

23. AMARAL, Diogo Freitas do - *ob. cit.*, pp. 151 e ss.

24. Em referência à figura dos programas do procedimento previstos no Código dos Contratos Públicos. Não obstante a sua caracterização como regulamento não ser unânime na doutrina portuguesa – veja-se, para tanto, Ana Raquel Gonçalves Moniz, que considera que o programa do concurso consubstancia um regulamento atípico, dado não partilhar de uma das notas, no caso, a da abstração, que integra o conceito jurídico de regulamento –, o legislador ordinário, nos termos do artigo 41.º do Código dos Contratos Públicos, caracteriza, expressamente, o *programa do procedimento* como um regulamento. Na mesma linha, o legislador ordinário, no CPTA, nos termos do artigo 103.º, consagra que o programa do concurso poderá ser objeto nos processos de declaração de ilegalidade, no contencioso administrativo. Vide MONIZ, Ana Raquel - As peças do procedimento (algumas reflexões). In *Estudos de Contratação Pública*. Vol. IV. Org.: Pedro Costa Gonçalves. Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2013, pp. 95 e ss.

25. JÚLIO, Simone; MARTINS, Vânia; DIAS, Nelson - Dados Orçamentos Participativos. In *Atlas Mundial Orçamentos Participativos 2019*. Coord.: Nelson Dias, Sahsil Enríquez & Simone Júlio. Epopeia Books – Make It Happen, junho 2020, p. 174. Disponível no site: <https://www.pbatlas.net/portugal-pt-2019.html>.

órgão executivo municipal, podendo apresentar alterações.

Em Portugal, a carência legislativa de um regime que consagre a definição e disciplina do OP promove fragilidades de interpretação. A ausência de um procedimento administrativo exige uma interpretação do regime às figuras do direito administrativo – ato e regulamento administrativo. Neste binómio, é clara a caracterização do regime à figura do regulamento administrativo porque respeita o caráter geral e abstrato das normas jurídicas, mas também afeta direitos e interesses dos cidadãos, logo, as regras do OP são normas externas, nos termos do CPA.

Todavia, para nós, é preocupante a interpretação dos municípios portugueses quanto à integração dos princípios da autorregulamentação e flexibilidade do regime do OP, na medida em que se denota uma tendência muito acentuada de aprovação de regulamentos internos como instrumentos de revisão anual ao OP. *A contrario*, estamos perante uma revisão/alteração ao programa do procedimento que produz efeitos jurídicos externos, sendo a ausência absoluta de forma do seu procedimento regulamentar um fundamento de nulidade, podendo ser requerida a declaração de ilegalidade das suas disposições a todo o tempo (cfr. artigo 74.º do CPTA).

BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI, Giovanni; GARCÍA, Patricia; YÁÑEZ, Pablo Paño - *Viajando por los presupuestos participativos: buenas prácticas, obstáculos y aprendizajes*. Málaga: CEDMA, 2011.
- AMARAL, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II, com a colaboração de Pedro Machete e Lino Torgal. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- CABANNES, Yves [et al.] - *72 Perguntas Frequentes sobre Orçamento Participativo*. Série Caixa de Ferramentas de Governação Urbana. UN-HABITAT/Iniciativa Comunitária EQUAL, 2009.
- DIAS, Nelson; JÚLIO, Simone - *30 anos de Orçamentos Participativos no Mundo: entre o passado, as tendências mais recentes e os desafios futuros*. Faro: Epopeia/Oficina, 2019.
- GOMES, Carla Amado; LUÍS, Sandra Lopes - O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do IDB*. N.º 7 (2012).
- JÚLIO, Simone; MARTINS, Vânia; DIAS, Nelson - Dados Orçamentos Participativos. In *Atlas Mundial Orçamentos Participativos 2019*. Coord.: Nelson Dias, Sahsil Enriquez & Simone Júlio. Epopeia Books – Make It Happen, junho 2020.
- JÚNIOR, Sara Filipa Xavier - *O Processo de Adoção e Implementação do Orçamento Participativo – Os Casos de Braga e Guimarães*. Dissertação de mestrado em Administração Pública – Gestão Pública, Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho, 2015.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui - *Constituição Portuguesa Anotada*. Vol. I. 2.ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.
- MONIZ, Ana Raquel - As peças do procedimento (algumas reflexões). In *Estudos de Contratação Pública*. Vol. IV. Org.: Pedro Costa Gonçalves. Coimbra: CEDIPRE/Coimbra Editora, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco de - Novidades em matéria da disciplina dos regulamentos no Código de Procedimento Administrativo. In *Novo Código do Procedimento Administrativo: conferências do CEJ 2014-2015*. Coleção Formação Contínua. Lisboa: CEJ, 2016.
- MORAIS, Carlos Blanco de - *O Sistema Político – Em tempo de erosão da democracia representativa*. Coimbra: Almedina, 2020.
- PINHEIRO, Patricia Peck - *Direito Digital*. 7.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- QUEIRÓ, Afonso - Teoria dos Regulamentos. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano I (2.ª Série), N.º 1 (janeiro-março 1986). Coimbra: Livraria Almedina.
- SINTOMER, Yves; HERZBERG, Carsten; ALLEGRETTI, Giovanni - Aprendendo com o Sul: O Orçamento Participativo no Mundo – um convite à cooperação global. Com a colaboração de RÖCKE, Anja. In *Engagement Global gGmbH Service für Entwicklungsinitiativen*. Versão portuguesa N.º 25: Associação In Loco, março de 2012.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado - *Direito Administrativo Geral*. Tomo III. 2.ª ed. Lisboa: D. Quixote, 2016.

