

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano II · Número 4

Julho · Dezembro de 2014



FICHA TÉCNICA

Revista do Direito de Língua Portuguesa N.º 4

Propriedade e Editor

IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa

Campus de Campolide

1099-032 Lisboa – Portugal

www.idilp.net/redilp

presidente@idilp.net

Secretária

Dr.ª Inês Braga (ines.braga@idilp.net)

Periodicidade

Semestral

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano II · Número 4

Julho · Dezembro de 2014

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDILP

INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE

DIREITO

UNIVERSIDADE

NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOCTRINA

Alain Souto Rémy As ‘autoridades tradicionais’ angolanas	7
Filomeno Rodrigues A próxima revisão da Constituição de Moçambique: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento.	23
José Eduardo Sambo Os Poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo Angolano	69
Ovídio Pahula A Desconcentração e a Descentralização em Angola	109
Paulo Cardinal Direitos de Utilização das Terras: um breve percurso de Direito Comparado	127
Rita Castro, Fábio Castro Russo, Paula Duarte Rocha Os Acordos Parassociais em Moçambique: Análise de algumas questões práticas.	177

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Valerio de Oliveira Mazzuoli, Diego Luis Alonso Massa Análise da decisão “BG Group plc vs. República Argentina” proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: todos os caminhos levam a Roma?	191
--	-----

III – PARECERES

Wladimir Augusto Correia Brito Poderes do Presidente da República em sede de Política Externa e de Defesa em Cabo Verde	225
---	-----

IV – ATIVIDADES DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Ensinar, Investigar e Praticar o Direito 245

Curso de Verão 248

III CLBD – Congresso Luso-Brasileiro de Direito 250

I - DOUTRINA

As ‘autoridades tradicionais’ angolanas¹

Angolan ‘traditional authorities’

ALAIN SOUTO RÉMY²

Resumo: A dificuldade de harmonização jurídica da função social das chamadas “autoridades tradicionais” de países africanos lusófonos tais como Angola, fruto direto da colonização e descolonização do continente africano por países europeus. Eis o contexto em que se situa o presente artigo, que refere casos coletados em estudos de campo anteriores, bem como manifestações proverbiais e procedimentais do referido poder tradicional. O artigo fá-lo identificando indícios de (ou pontos de) contato entre essa camada da ordenação jurídica com aquela proveniente do direito estatal.

Palavras chave: autoridades tradicionais; Angola; Estado de Direito; pluralismo jurídico; lusofonia; África.

Abstract: The difficult legal harmonization of the so called “traditional authorities” of African Portuguese-speaking countries such as Angola, a byproduct of the colonization and decolonization of the African continent by European countries. That is the background for this paper, which refers cases collected in previous field studies, as well as proverbial and procedural manifestations of said traditional power. The article does that in order to identify signs of (or points of) contact between that layer of legal ruling and the one arising from State law.

Key words: traditional authorities; Angola; rule of law; legal pluralism; Portuguese-speaking; Africa.

¹ Entregue: 1.6.2014; aprovado: 4.9.2014.

² Mestre em Direito e Doutorando da NOVA Direito.

A colonização provocou a ruptura ou, ao menos, a transformação de estruturas sociais até então observados nos diversos territórios atingidos. Quando esse processo afinal terminou, algumas dessas estruturas latentes readquiriram fôlego e retomaram espaço e ação. Talvez essa afirmação seja válida em muitos aspectos da vida local, inclusive aqueles ligados à vida privada, mas é particularmente a organização política dessas comunidades o que nos instiga nesta oportunidade. Mais especificamente, nos interessam as chamadas *autoridades tradicionais* – uma espécie de mecanismo de regulação de conflitos e de manifestação de exercício de poder intrassocial –, encontradas com maior ou menor intensidade nos Estados que surgiram a partir das independências das ex-colônias de Portugal no continente africano no último século.

Com efeito, o problema da integração das (assim chamadas modernamente) *autoridades tradicionais* – ou simplesmente *chefes locais* ou *chefatura* no seu conjunto – na ordem jurídica estatal é um produto direto do duplo processo de colonização e descolonização do continente africano. Não tivessem esses territórios tido suas respectivas estruturas políticas locais inicialmente submetidas a uma superestrutura europeia, que validava ou rejeitava as práticas jurídico-culturais locais e, posteriormente, sido libertadas dessa dominação com uma contradição de valores e princípios para resolver, não haveria incongruência institucional a ser analisada e acomodada nos dias atuais.

Durante o processo “civilizatório” da colonização portuguesa em Angola, os chefes locais ou foram desprovidos de autoridade real, ou foram cooptados pelos colonizadores. Em ambos casos, a consequência foi que tiveram seu papel social corroído, por terem perdido seja poder, seja reconhecimento – enfim, legitimidade (GUEDES, 2007; MENESES *et al.*, 2012). Após a luta pela independência, as autoridades locais estavam enfraquecidas e o Estado angolano nascia enfermo da guerra pela independência. Como se não bastasse, sobreveio a guerra civil pelo poder interno entre grupos polarizados que antes lutaram contra o inimigo estrangeiro comum.

Na década de 80, essas autoridades começaram a ocupar vazios sociais deixados pelo Estado vacilante. Foi quando, no final da década de 90, o próprio Estado angolano decidiu se reorganizar, ressuscitando-as deliberadamente e trazendo-as para sob a administração pública.

Receberam uniformes, salário mensal e até jipes 4x4. Esses “neochefes”, contudo, são por vezes considerados bem diferentes daqueles do passado, por não terem o mesmo poder, nem a mesma legitimidade, chegando por vezes a serem criados inteiramente pelo Estado (GUEDES, 2007; ORRE, 2009).

Alguns casos coletados *in situ* por Guedes (2007) ilustram bem o fenômeno. O primeiro deles, ocorrido em novembro de 2002, num conjunto de aldeias na Comuna do Sambo, no Planalto Central angolano, começa com um residente sendo acusado de feitiçaria e agredido. Seria provavelmente morto se não tivesse havido uma intervenção pelo *soma* local, com o intuito consciente de evitar eventual qualificação do ato como homicídio e decorrente condenação dos envolvidos. Levaram o “acusado”, então, ao Administrador da Comuna, que porém se declarou “incompetente” para analisar um crime não tipificado pela lei (estatal) angolana. Por outro lado, nada fez: não encerrou o assunto, não mandou socorrerem o agredido, nada. Não quis “enviar ao povo o sinal errado”. O grupo andou mais alguns dias levando consigo o suposto “bruxo” para apresentarem-no ao Rei do Sambo, o grande *soma inene* da região. Este, também cauteloso, declarou-se incompetente “territorialmente”: o acusado era nativo de outro Reino. Após nova procissão, o Rei do Huambo condenou o acusado ao degredo, banindo-o para a Comuna do Chipeio, um lugar extremamente remoto.

O segundo caso, ocorrido também no Planalto Central, tem seu início em 1999, quando o *soma* local, um chefe menor apoiante do governo e do MPLA, retirou-se para Luanda quando viu suas terras invadidas por insurgentes, provocando um perigoso vazio de poder. Os próprios líderes da UNITA sentiram que havia necessidade urgente de uma solução política que provesse alguma estabilidade e, com isso, algum controle mínimo sobre a população local. Eis que ocorreu, então, algo inédito: três mulheres foram alçadas à posição de *soma* com o apoio da UNITA. Porém, com o fim do conflito, o *soma* retornou à casa, em 2002, surgindo o que poderia ser um impasse. Entretanto, a solução foi rápida: com a ajuda do Administrador, então recém-nomeado pelo Governo, as três mulheres foram sumariamente desinvestidas de seus poderes e o antigo *soma* foi restabelecido na sua posição, rodeando-se dos usuais membros do gênero masculino e de

correta ascendência. O ato foi justificado com base no pretexto de que as mulheres tendiam a ser defensoras de seus interesses particulares e que potencialmente seriam feiticeiras poderosas, com acesso a perigosas fontes de poder místico, sendo por isso mesmo indesejáveis na posição de *soma*, mesmo em *ombalas* menores ou de menor importância.

O terceiro e último caso que apresentamos nesta oportunidade sucedeu no final de agosto de 2002, na Província de Kuando-Kubango, conhecida como “Terras do Fim do Mundo” na época colonial. Alguns chefes locais, liderados pelo “Rei” Bingo-Bingo, pediram para serem recebidos pelo Governador, Fernando Biwango, na capital da Província. Traziam oito outros *sobas*, a quem acusavam de feitiçaria e que vinham amarrados e visivelmente agredidos com violência. O grupo requeria o aprisionamento e o envio para o campo prisional de Bentiaba, isolado no norte do deserto do Kalahari. Haveria numerosas testemunhas de que os oito homens tinham por prática comum o assassinato de pessoas, posteriormente usando seus espíritos como “escravos” nas suas próprias atividades agrícolas ou de pesca, ou seja, prosperavam às custas dos demais da região. Como tanto a prática quanto sua consequência eram inaceitáveis, o grupo queria que aqueles homens fossem removidos da região de uma vez por todas. O Governador alegou uma “inconformidade das acusações com a lei em vigor”, mas declarou “compreender” a questão e o seu alcance e implicações, decidindo então criar uma “comissão”, que incluía alguns dos *sobas* denunciantes e um representante do seu próprio Governo Provincial. Essa comissão julgou os oito homens e condenou-os à morte por fuzilamento. Mais que isso determinou que seus corpos fossem lançados ao rio, para assim garantir que seus espíritos, considerados malévolos e perigosos, não continuariam a assombrar os habitantes da região. Antes da execução, porém, foram exibidos em comícios pelo Governador, para extrair benefícios políticos da ocasião. Chegando a notícia a Luanda, a resposta do Estado foi rápida: os membros da dita comissão e os representantes do Governo Provincial envolvidos (incluindo militares) foram julgados e majoritariamente condenados, com penas chegando a 20 anos de prisão. O Governador e o Vice-Governador foram julgados pelo Tribunal Supremo, órgão constitu-

cionalmente competente para tanto, que condenou-os, em Fevereiro de 2005, a 12 anos de cadeia.

Casos como esses ilustram a ocorrência frequente de conflitos com paradigmas jurídicos modernos como o Estado democrático e o Estado de Direito. E não se trata de saber se foram ou não incorporados pela ordem jurídica estatal angolana, nem se deveriam sê-lo, porque de fato o foram. O que importa é abordar a forma como a função dessas autoridades pode ser acomodada com a nova realidade, uma vez que efetivamente parece dever sê-lo, proporcionando-se mecanismos de congruência entre os comportamentos de vários atores jurídicos responsáveis pela produção e aplicação do Direito: de um lado, as instituições estatais e, do outro, chefes locais, autoridades com aura de legitimidade pré-colonial – espécie de legitimidade carismática de Weber (1979 [1956]) – mas, na verdade, modernamente reavivados ou confirmados pelo próprio Estado.

Poder-se-ia esperar que a Constituição de 2010 trouxesse solução juspositiva para o problema, mas isso não se verificou – as menções restringem-se aos arts. 164.º, 173.º, 213.º, 224.º e 225.º. Ocorre que – retomando os casos relatados acima – apesar de os Estados modernos não enxergarem na feitiçaria uma questão jurídica, isto não exclui de imediato que as populações locais não o vejam (ou não possam vê-lo) dessa forma, efetivamente construindo em torno disso uma regra de reconhecimento comunitária e constitutiva (HART, 1986) de natureza proibitiva, que lhes sirva para regular um aspecto coletivamente sensível da vida social.

Em vista disso, a situação de pluralismo jurídico torna-se complexa porque os próprios Estados poderiam sufocar tais reações espontâneas, mas, ao contrário, reconhecem muito bem que isso poderia acarretar perda da sua própria adesão, eficácia e, com isso, também sua capacidade de ordenar as relações sociais, ou seja, arriscariam esses Estados tornarem-se incapazes de manter a ordem social, condição necessária para configuração da sua própria soberania (mesmo enquanto não atacada por agentes externos). Assim, o que o Administrador fez no caso citado foi, em verdade, reconhecer em Angola a existência de comunidades políticas *originárias*, diretamente relacionadas com a noção de *tradição*, segundo a qual seria intuitivamente dotado de legitimidade tudo aquilo que (supostamente) nunca a perdeu.

Por outro lado, nos próprios casos acima são encontrados indícios de que certos padrões institucionais são comuns a direitos tradicionais e estatais. Veja-se, por exemplo, no segundo caso narrado acima, o argumento de que as mulheres tenderiam a ser defensoras de seus próprios interesses: ainda que se baseie numa premissa de fato equivocada (a de que mulheres são mais propensas que homens a defenderem interesses particulares), trata-se, em última análise, da invocação de um requisito geral de legitimidade em processos de tomada de decisão, qual seja a *imparcialidade*. Já no primeiro caso, o *soma inene* do Sambo compreendeu visivelmente que, se agisse conforme a prática costumeira, o Estado angolano, recém-chegado à região, poderia investigar formalmente o homicídio que poderia ter vindo a ser praticado, risco que não queria correr, o que revela um raciocínio de decisão muito parecido com aquele encontrado na célebre decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Marbury x Madison*, em que se evitou o ônus de decidir o mérito (que constituía verdadeiro impasse institucional entre Poderes, naquele momento) ao se considerar inconstitucional a lei que dava competência à Corte para decidir processos de *writ of mandamus* como aquele.

Nessa “complicada dança entre Estados e Chefes” (HERBST, 2000, p. 174), os estudos feitos de uma perspectiva europeia sobre as então colônias africanas obedece a algumas “ondas” (GUEDES, 2008). Após a Conferência de Berlim (1884-1885), que condicionou internacionalmente o reconhecimento de direitos de colonização pelo aspirante a colonizador a uma ocupação territorial efetiva e um controle local eficaz, tornou-se útil e interessante saber como se poderia criar e tornar viáveis laços com chefias locais (fossem lideranças tribais ou verdadeiros reinados), dando curso a um primeiro conjunto de estudos, mormente franceses e britânicos (cf., e.g., FORTES, EVANS-PRITCHARD, 1940, uma coletânea de artigos dessa fase).

A Segunda Guerra Mundial abalou profundamente o continente africano, nele soprando “ventos de autodeterminação” ao mesmo tempo em que as elites africanas recorreram a instrução na Europa. Nessa segunda onda de estudos, os líderes locais e a liderança que exerciam eram considerados formas políticas e jurídicas “costumeiras” *sui generis*, centrando-se em “grupos” africanos específicos,

vistos como entidades “tribais” ou “culturais”. Se uma parte deles se destinava explicitamente a delinear política e administrativamente o cenário local para uso de futuras administrações coloniais, a maioria constituía, entretanto, apenas o que chamaríamos hoje de investigação básica, mas isto não durou muito.

Nos anos 60 – e, no que diz respeito à colonização portuguesa, nos anos 70 – a África libertou-se, surgindo países que ascenderam com plenitude à condição de membros plenos da comunidade internacional e colocando o Estado no foco das análises. Estados recentemente independentes eram vistos como agentes responsáveis por “desenvolvimento”, “tradição” e “modernização” ao mesmo tempo. Por um lado, pareceu haver uma confluência de agendas políticas, mas, a rigor, houve desconfiança por parte da jovem elite formada em termos norte-ocidentais quanto à capacidade das autoridades tradicionais de se juntarem às inovações revolucionárias então sonhadas (VAN NIEUWALL, 1987, p. 20-21).

Essa desarmonia quanto à visão da forma de ordenação política da sociedade foi agravada pela divulgação da atitude ambivalente frequentemente adotada pelas autoridades locais durante o período colonial, que experimentaram ambiguidade em suas lealdades durante os processos frequentemente doloridos de independência. Como se não fosse suficiente, houve ainda outra bifurcação: sem compreender os motivos e métodos da nova geração afronacionalista, os chefes hesitaram e afinal se recusaram a ingressar na iniciativa das elites urbanas instruídas, que pretendiam um assalto rápido e contundente do poder estatal. Produziu-se, assim, desconfiança mútua. Mas, no fim, os jovens nacionalistas *precisavam* daqueles de quem suspeitavam, inclusive para obter legitimidade local com amplitude nacional. Não por outro motivo o Estado angolano soberano decidiu reconhecer a eficácia legitimatória dessas autoridades tradicionais, confiando no seu papel de intermediação com os grupos locais e regionais, pelo receio de uma “crise de eficácia” (GUEDES, 2008), não sem hesitação e contínua renitência.

Mesmo assim, tal como se observou em muitas das experiências desastrosas de Estados pós-coloniais, a temida crise se configurou. Em consequência, o vazio empírico deu causa ao retorno da força ativa e

representativa dos chefes, recuperando centralidade em contextos de caos, muitas vezes. Em Angola, particularmente, isso ocorreu com o retorno da UNITA, nos anos 90, à guerra com o MPLA, dois grupos responsáveis pela guerra civil no país. Em muitas regiões, o Estado simplesmente desapareceu, não mostrando-se presente ou não conseguindo agir.

Na década de 90, o Estado reestruturou a organização da administração pública de Angola, notadamente quanto às relações entre a administração “central” e a “periférica”, dando curso a declaradas desconcentração e descentralização em claro contraste com o “centralismo democrático” até então praticado (GUEDES, 2003). Poderia aparentar o restabelecimento de um reconhecimento outrora injustamente expurgado, uma correção histórica do interesse comum assim confirmado, mas não foi o caso. Os chefes haviam sido estudados por investigadores devidamente preparados. Diz-se que, a partir da década de 90, novas chefaturas – e ainda novos *tipos* de chefaturas – foram criadas e sustentadas pelo próprio Estado, que buscava se afirmar e expandir seu alcance, daí surgindo uma nova onda de análises, marcada pela visão dessas autoridades basicamente como intermediárias entre o local e o central, mas tendo como principal objeto de interesse o peculiar nexu interautoritário gerador da multiplicidade de relações entre esses polos, vindo-se a falar de ‘neochefes’ (GUEDES, 2007; ORRE, 2009). Essa mesma visão, de chefes como intermediários do Estado, é encontrada relativamente a Moçambique (*e.g.*, FLORÊNCIO, 2003).

Em recente dissertação de doutoramento, Feijó (2012) sustenta uma coexistência normativa entre essas duas espécies de autoridades tendo por base o argumento principal de que os chefes teriam legitimidade anterior e conseqüente necessidade do reconhecimento de (alguma) congruência entre essas distintas fontes de manifestação de poder social. Isto, no mínimo, provoca relevantes questionamentos quanto à suficiência do exercício de poder social pelo Estado com soberania, em contraste com a necessidade do seu monopólio.

Mas no que consistiria exatamente o direito tradicional? É, obviamente, um fenômeno com muitas facetas, mas dois deles parecem ser desde logo identificáveis. O primeiro são os provérbios, que funcio-

nam como fonte (até certo ponto formal) desse direito, invocados como argumentos de autoridade na definição de *critérios* de avaliação das condutas dos envolvidos em conflitos. Além disso, os próprios *procedimentos* de resolução de conflito e legitimação de decisões ou acordos.

Nas deliberações, os *olossekulu* (homens que assessoram o *soma*), os *olossoma* (plural de *soma*) e os anciões em geral ouviam invocações e eles próprios invocavam provérbios, que, principalmente nessas situações, refletem crenças normativas, mais que meramente convenções sociais, isto é, denotam obrigações de feição jurídica, aos olhos da comunidade. Como refere Mbambi (1990), há vários tipos, mas encontra-se sempre a manifestação de algum padrão decorrente de experiência de vida, no sentido de os mesmos resultados costumarem ocorrer em decorrência de condições semelhantes, sendo conhecimento dado que “as condutas prescritas na linguagem proverbial servem para mostrar ao homem o caminho certo para evitar males, problemas, infortúnios e, acima de tudo, castigos! Daí o seu necessário acatamento por toda a gente. E os provérbios que encerram comandos jurídicos formam o que chamamos direito proverbial.” (p. 2).

Esse direito não é criado por um órgão ou grupo específico. É objeto de tradição oral, sendo transmitido às novas gerações pelas anteriores, especialmente na situação em que são mais utilizados, o *ekanga*, julgamento participativo realizado para resolver conflitos, presidido pelo *soma*. Dentre os *olossekulu*, que assessoram o *soma*, se encontram os *olongandji*, que têm plena familiaridade com o Direito Proverbial entre o povo Ovimbundu, sendo chamados a cooperar com o *soma* nos julgamentos e na solução de outras questões relevantes na sociedade tradicional.

Numa demanda relativa ao pagamento de alguém a outrem que lhe tenha prestado certo serviço, o *ongandji* (advogado) da acusação, depois de apresentar os fatos, deverá terminar suas alegações dizendo ao tribunal: “Não satisfazer o pedido do meu cliente é uma injustiça que brada aos céus, e o douto Tribunal deve condenar o réu no pagamento da importância devida ao A., porque *essalamihõ liú lume haliendanda ngó posi!*”, traduzido literalmente como ‘suor de homem não verte em vão’ e significando que ‘todo trabalho deve ser remu-

nerado’. Da mesma forma, quando o acusado de agressão pretenda alegar legítima defesa num contexto ovimbundu, seu advogado deve afirmar “O meu cliente deve ser absolvido! Se ele agrediu o queixoso, fê-lo em resposta à agressão dele, pois todos nós sabemos que *luwawa kanehã, omuele wosenga!*”. Isto porque *luwawa* é o nome de uma planta que liberta cheiro desagradável quando sacudida, não apresentando nenhum cheiro se não for sacudida, de modo que, se esse cheiro é como uma arma que a planta usa para se defender de agressores e as próprias plantas se defendem quando agredidas, com muito mais razão o homem deve se defender quando agredido. O provérbio consagra, portanto, o direito à legítima defesa (MBAMBI, 1990). Trata-se, acima, de exemplos especificamente relativos ao contexto ovimbundu, havendo inevitáveis variações – inclusive linguísticas – a serem encontradas em outras regiões de Angola e, mais ainda, em outros países africanos.

A mesma ressalva vale para a questão procedimental. Meneses *et al.* (2012) descrevem condições e formalidades de atuação de autoridades tradicionais na resolução (ou encaminhamento) de conflitos na região urbana de Luanda, capital de Angola. Nota-se a presença de amplas medidas legitimatórias, como um rigoroso exercício do contraditório ao convocar-se e ouvir *todas* (!) as partes envolvidas no problema, não havendo tanto uma preocupação com regras formais de legitimidade (no sentido de apenas o titular do direito ou do bem ser considerado parte interessada), senão um efetivo interesse pela dissipação do conflito. Nalgumas vezes, o próprio desgaste nas relações entre as partes envolvidas na controvérsia parece coincidir com o que se refere por “feitiço”, como no seguinte trecho da fala de um dos membros da Comissão de Moradores do Quarteirão onde viviam as duas famílias vizinhas em contenda, questionado por uma das partes quanto ao deslocamento até o local das casas para averiguação:

Sr. Gabriel: *Segundo o que a informação nos diz aqui, nós vamos deslocar depois. Mas é só dizer o que o Sr. Veludo falou. Está aqui o documento escrito por ele, a mulher dele explicou, nós ouvimos, é certo ou não é certo? Porque nós só deslocamos se for caso de terreno, eu aqui no papel não vejo nada que fala sobre terreno. Se roubou,*

se diminuiu, se aumentou o terreno, aqui não diz. A maka principal que fala aí é o conflito interno que vocês tiveram de feitiço, não é isso, Assembleia? (p. 352)

Obviamente, a crença no imaterial perpassa todo o conjunto imaginário e normativo social, sem que a coerência entre crenças (religiosas, jurídicas, institucionais, etc.) seja um requisito para que comunidades existam como tal, como se vê no início de trecho em que uma das esposas se refere à outra:

Sra. Conceição: Eu sou vizinha, não tenho problemas com ela, somos irmãos em Cristo na Igreja do Bom Deus. O problema desse mêz que ele escreveu aí... [...]. (p. 351)

Tal como visto no trecho anterior, do Sr. Gabriel, que pede confirmação à “assembleia”, uma ampla participação costuma de fato caracterizar os procedimentos tradicionais de mediação e/ou julgamento, conforme depoimento registrado em campo:

Na altura do julgamento deve estar presente, para além do soba, e dos que trabalham com ele, os familiares e amigos próximos das partes. Mas por razões de conflitos que surgem depois de concluir o julgamento, o sobado considera importante limitar o número de participantes ao acto a fim de evitar distúrbios. Depois dos convidados, familiares e amigos das partes estarem sentadas, o soba faz a abertura da sessão do julgamento. Começa-se por vezes com o agradecimento das partes envolvidas no conflito e das testemunhas. Estas pessoas são muito importantes na resolução do conflito.

Depois o soba faz a apresentação da sua equipa e das pessoas envolvidas no conflito. As partes ao se apresentarem falam das suas biografias familiares, das actividades que exercem, da zona onde moram e também às vezes do seu passado. Também costuma acontecer o soba falar do problema que envolve as partes e dos passos que já foram dados. Antes de passar a palavra ao seu porta-voz, o soba chama atenção às regras de funcionamento. Por norma tem sido por exemplo: manter o respeito, reconhecer que o espaço é de grande responsabilidade. **Só pode falar aquele que for autorizado.**

Para salvaguardar todas as informações que forem veiculadas, existe um secretário que tem a função de fazer o registo de tudo que foi dito ao longo julgamento mas sobretudo as conclusões que foram tomadas.

No fim dos depoimentos o soba dirige algumas perguntas para melhor compreensão das explicações um pouco duvidosas. Em caso de dificuldades de se identificar o culpado ou o autor do problema o soba recorre a sua equipa que lhe ajuda a analisar o problema e então chegar a conclusão. (MENESES *et al.*, 2012, p. 348; grifo nosso)

O trecho grifado é flagrante indício da coincidência com técnicas de mediação, inclusive modernas (cf., *e.g.*, AZEVEDO, 2009). Ainda segundo Meneses *et al.*, as soluções são conscientemente alcançadas pela conjugação de três fatores: “pedidos de opinião às partes sobre a decisão que deve ser tomada sobre os conflitos, formulação de decisões intermédias (não definitivas) que permitam testar a satisfação das partes e renegociar as soluções e, em vários casos, referências ao direito oficial para conter as posições, muitas vezes extremas, das partes” (2012, p. 349). Ficam evidentes, nesse trecho, sinais daquela deturpação referida por Guedes (2007; e, posteriormente, ORRE, 2009) na “tradicionalidade” do poder tradicional, além de novamente apontar no sentido da confluência de critérios de funcionamento entre o direito tradicional e o estatal.

Guedes (2007) relata uma variante da história registrada por Meneses *et al.*, noutra parte de Angola. Em 2002, no campo governamental de refugiados *Casseque 3*, António Pinto, um rapaz de vinte e poucos anos nomeado pelo Governador Provincial do MPLA como “coordenador do Partido para a cultura”, exercia a chefia de fato do campo, tendo substituído o anterior *soma* por suas relações de parentesco, eis que este partira para um subúrbio de Luanda. Talvez sua principal função fosse justamente a de resolver os conflitos que surgiam entre as pessoas que ali se viam obrigadas a coabitar em condições de extrema escassez e confinamento. Quando eram complexos demais ou envolviam mortes ou de outra forma eram graves, António se via relegado a pouco mais que um intermediário reconhecido, pois entravam em

cena as autoridades estatais angolanas. Normalmente, contudo, as principais causas giravam em torno de disputas conjugais, acusações de feitiçaria, embriaguez e discussões associadas, e pequenos furtos, e António devia, então, fazer algum tipo de julgamento, tomar alguma decisão. Tradicionalmente (*i.e.*, anteriormente), o *soma* costumava convocar os *sekulos* para um *tête-à-tête* num *django* aberto, e aí ouvia o relato da disputa da boca dos “anciãos”, que, diz-se, “representam as partes”. Tudo isto era feito sempre na presença destas, que porém nunca intervinham, e do maior número possível de “vizinhos”. Depois eram ouvidas as *ocyane* (“testemunhas de defesa”) e as *epindikisio* (as de acusação). O *soma*, com sua função de “líder supremo” do “tribunal” (*muenlekanga*), decidia então o que fazer para resolver o caso, frequentemente promovendo uma fórmula negociada entre as partes para que aceitassem-na como a solução. Talvez exceto apenas pela não intervenção direta das partes, esse modelo assemelha-se ao relatado por Meneses *et al.* (2012).

António, porém, introduziu por conta própria algumas modificações nesse modelo. Após a audição das “testemunhas”, implementando o que talvez considerasse uma boa participação política ou apenas desejoso de assegurar legitimidade, procedia a uma espécie de votação popular, isto é, todos os presentes no *django* eram por ele convidados a falar sobre a matéria em questão e, em resultado disso, seguia-se um fogo cerrado de defesas, ataques e críticas, em que ele e “o povo presente” se envolviam entusiasmadamente. Só então António atingia – e proferia “de imediato” – uma decisão. Isto, segundo ele, permitia tomá-la levando em conta os “considerandos de fundo”, uma contextualização que permitia uma melhor atenção aos pormenores dos assuntos em deliberação. Do ponto de vista pragmático, talvez em razão desse procedimento, suas sentenças eram (alegadamente) sempre acatadas (GUEDES, 2007).

Histórias como essas demonstram, em certa medida, a existência de reais alternativas às soluções “internacionalistas” apresentadas diante de “conflitos de leis” no contexto de cenários jurídicos plurais como o angolano, permitindo uma integração eficaz de ordens jurídicas complementares através da justaposição de mecanismos mesmo que desenhados de acordo com lógicas diferentes.

Identificam-se, para efeito de estudos futuros, algumas questões de especial interesse nesse domínio, relativas a problemas jurídicos, quer vistos a partir do paradigma jurídico ocidental, quer visto contra ele. Assim, por exemplo, o Estado de Direito e um possível fetiche ocidental por regras; a separação de poderes (funções públicas) e o *deficit de checks and balances*; e a separação entre os âmbitos público e privado em contraposição à legitimação hereditária na investidura dos titulares de funções quase-jurisdicionais de aplicação do Direito (legislado ou costumeiro); para citar as mais flagrantes.

Por fim, referimos que os mesmos problemas podem ser vistos *do* ponto de vista teórico-jurídico ocidental ou *contra* ele, e isto porque o estudo do cenário angolano, como todo estudo de um caso particular, tem também a função de testar a validade do próprio critério de avaliação, e, da mesma forma como qualquer balança é sujeita a ser recalibrada quando necessário, este é um 'metaproblema' que pode vir a ser de fato cogitado.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma de (ed.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2009.
- FEIJÓ, Carlos. *A Coexistência Normativa Entre o Estado e as Autoridades Tradicionais na Ordem Jurídica Plural Angolana*. Coimbra: Almedina, 2012.
- FLORÊNCIO, Fernando. Autoridades Tradicionais e Estado moçambicano: o caso do distrito do Búzi. *Cadernos de Estudos Africanos*, 5/6, p. 89-115, jul. 2003.
- FORTES, Meyer; EVANS-PRITCHARD, E. E. *African Political Systems*. Oxford: Oxford University Press, 1940.
- GUEDES, Armando Marques. Uma Articulação entre o Estado e as "Autoridades Tradicionais"? Limites na Congruência entre o Direito do Estado e os Direitos "Tradicionais" em Angola. In AMARAL, Diogo Freitas do et al. (coords.). *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de*

- Direito da Universidade Nova de Lisboa*; v. 1. Lisboa: Almedina, 2008, p. 715-753.
- et al. *Pluralismo e Legitimação*. A edificação jurídica pós-colonial de Angola. Coimbra: Almedina, 2003.
- . The State and ‘Traditional Authorities’ in Angola. Mapping issues. In GUEDES, Armando Marques; Lopes, Maria José. *State and Traditional Law in Angola and Mozambique*. Lisboa: Almedina, 2007; Leiden: Leiden University, 2007. p.15-67.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- HERBST, Jeffery. *States and Power in Africa*. Comparative lessons in authority and control. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- MENESES, Maria Paula; MENEZES, André Kaputo; CARDOSO, Aguiar Miguel; ABREU, Isabel. As Autoridades Tradicionais em Luanda. MENESES, Maria Paula; LOPES, Júlio (orgs.). *O Direito por Fora do Direito: as Instâncias Extrajudiciais de Resolução de Conflitos em Luanda (Luanda e Justiça: Pluralismo Jurídico numa Sociedade em Transformação; v. III)*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 329-368.
- ORRE, Aslak. Fantoques e Cavalos de Troia? Instrumentalização das autoridades tradicionais em Angola e Moçambique. *Cadernos de Estudos Africanos*, ISCTE, Lisboa, n. 16/17 (Autoridades tradicionais em África: um universo em mudança), 2009, p. 139-178.
- VAN NIEUWALL, E. Adriaan B. van Rouveroy. *African Chieftaincy in a New Socio-Political Landscape*. Leiden: African Studies Centre, 1987.
- WEBER, M. Die drei reinen Typen der legitimem Herrschaft [1956]. Trad. Gabriel Cohn. In WEBER, Max. *Sociologia. Coleção grandes cientistas sociais*, n. 13. São Paulo: Ática, 1979.

A próxima revisão da Constituição de Moçambique: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento¹

FILOMENO RODRIGUES²

Resumo: Aproxima-se a Revisão da Constituição moçambicana aprovada em 2004. Vários debates surgiram sobre os assuntos que seriam objecto da revisão. Apresentado o projecto de revisão pela comissão ad-hoc os ânimos acalmaram-se, questionando-se se justifica ou não alterar a lei fundamental. Por outro lado as recentes descobertas de recursos naturais, coloca nos discursos actuais a questão do desenvolvimento, sendo urgente discutir a renovação deste pacto social e a projecção do país nos ventos de mudança que se avizinham. Estará a Constituição actual a altura dos novos desafios, ou será necessário uma alteração de fundo da Lei Fundamental? Neste exercício pretendemos discutir os méritos e os deméritos da proposta de revisão da lei fundamental.

Palavras-chave: *Revisão da Constituição, Liberdade e desenvolvimento.*

Abstract: *Approaching Revision of the Mozambican Constitution adopted in 2004. Various debates emerged about the issues that would be subject to revision. Submitted a draft revision of the ad-hoc committee tempers calmed, questioning is justified or not change the fundamental law. On the other hand the recent discoveries of natural resources, puts the issue in current discourses of development is urgently needed to discuss the renewal of this memorandum and the projection of the country in the winds of change ahead. Is the current constitution to the new challenges, or a substantive change of the Basic Law will be needed? In this exercise we intend to discuss the merits and demerits of the proposed revision of the fundamental law.*

Keywords: *Revision of the Constitution, Freedom and development.*

¹ Entregue: 5.5.2014; aprovado: 1.9.2014.

² Assistente Universitário, Director Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

Introdução

A feitura ou a revisão de uma Constituição constituem, sem sombra de dúvidas um dos mais importantes momentos da vida democrática e constitucional de um Estado. O nível de participação e de percepção da importância do momento e das teorias, é fundamental para o Estado de Direito democrático, fazendo com que “a soberania” que “reside no povo”, seja mais do que uma declaração panfletária.

É com o propósito de “tentar” ajudar, a perceber o processo de revisão da Constituição Moçambicana que nos propomos a escrever estas linhas. Explicado o ponto de partida, passaremos em revista no capítulo “a revisão na Constituição”, o olhar do legislador constituinte, sobre a revisão da Constituição, que nos ajuda a perceber a “consciência jurídica do povo moçambicano” vertido na lei fundamental. De seguida, e porque o político precede o jurídico, deitaremos um olhar sobre “a revisão da Constituição” onde pairam já no ar debates vários, com o propósito de responder a questão – **o que de facto deve ser revisto e vertido no texto da lei fundamental?**

Pretenderá o soberano, alterar a sua “consciência jurídica” ou a revisão não passará de um aprimoramento do já instituído? Haverá realmente necessidade de alterar a Constituição ou terá sido o nosso legislador constituinte infectado pela febre que assola vários países conhecido como “frenesim constitucional”? Devemos manter o nosso sistema de governo, ou experimentar um novo sistema? Mais do que um ponto de chegada, estas linhas propõem-se a ser um ponto de partida, para as discussões que se seguirão em torno da temática da alteração da Lei Fundamental, e para a qualidade do debate, pretendemos quiçá ingenuamente, dar a conhecer e discutir primeiro as normas que regulam o processo de revisão e só depois a revisão em si.

A nossa Constituição não pode ser só uma Constituição do presente, a “consciência jurídica colectiva” tem que saber, projectar o Moçambique do amanhã, numa perspectiva não só regional como também internacional. Por outro lado o desenvolvimento terá que ser visto também do ponto de vista jurídico da garantia dos direitos, liberdades e garantias.

Na renovação deste “pacto social” ninguém pode ficar de fora, pois a “consciência jurídica colectiva” é a soma das consciências ou o denominador comum das consciências dos moçambicanos, mais do que a consciência da maioria ou das maiorias.

O exercício do poder constituinte, é um momento de reflexão séria sobre a ideia de direito e o projecto comum para toda a sociedade moçambicana, não pode este exercício ficar á mercê de olhares parciais ou posições infundadas.

CAPÍTULO I – A REVISÃO NA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

1. O Desenvolvimento como Liberdade. Ponto de Partida

Das definições conhecidas sobre o desenvolvimento, podemos denotar que a questão da satisfação ou efectivação dos direitos económicos sociais e culturais tem sido associado a esse desenvolvimento, como parte integrante do conceito, mas poucos são os autores que se lhe associam a satisfação dos direitos, liberdades e garantias ou direitos da primeira geração.

Um dos autores pioneiros nesta associação ou neste casamento entre desenvolvimento e liberdade é o Economista AMARTYA SEN³

No prefácio da obra *DEVELOPMENT AS FREEDOM* refere que:⁴

«We live in world of unprecedented opulence, of a kind that would have been hard even to imagine a century or two ago. There have also been remarkable changes beyond the economic sphere. The twentieth

³ Sobre o seu livro *DEVELOPMENT AS FREEDOM*, Koffi Annan, antigo Secretário Geral Das Nações Unidas, disse “the world’s poor and dispossessed could have no more articulate or insightful a champion among economists than Amartya Sen. By showing that the quality of our lives should be measured not by our wealth but by our freedom, his writings have revolutionized the theory and practice of development.”

⁴ SEN, Amartya, *Development as freedom*, Oxford University Press, 2001, pág., xi.

century has established democratic and participatory governance as the preeminent model of political organization. Concepts of human rights and political liberty are now very much a part of the prevailing rhetoric. People live much longer, on the average, than ever before. Also, the different regions of the globe are now more closely linked than they ever been. This is so not only in the fields of trade, commerce and communication, but also in terms of interactive ideas and ideals.

And yet we also live in a world with remarkable deprivation, destitution and oppression. There are many new problems as well as old ones, including persistence of poverty and unfulfilled elementary needs, occurrence of famines and widespread hunger, violation of elementary political freedoms as well as of basic liberties, extensive neglect of the interests and agency of women, and worsening threats to our environment and to the sustainable of our economic and social lives. Many of these deprivations can be observed, in one form or another, in rich countries as well as poor ones.

Overcoming these problems is a central part of the exercise of development. We have to recognize, it is argued here, the role of freedoms of different kinds in countering these afflictions. Indeed, individual agency that we individually have is inescapably qualified and constrained by the social, political and economic opportunities that are available to us. There is a deep complementarity between individual agency and social arrangements. It is important to give simultaneous recognition to the centrality of individual freedom and to the force of social influences on the extent and reach of individual freedom. (...) Expansion of freedom is viewed in this approach, both as the primary end and as the principal means of development.»

Este estudo tenciona olhar para a constituição vigente, propondo alterações tanto a nível do regime de revisão como da inclusão de novos direitos ou fortalecimento de direitos já consagrados, com o objectivo de potenciar o desenvolvimento, que do nosso ponto de vista não está dissociado da garantia e efectivação tanto dos direitos, liberdades e garantias como dos direitos económicos, sociais e culturais.

Como observa AMARTYA SEN⁵ “*it is not surprising that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy – be it economically rich (as in contemporary Western Europe or North America) or relatively poor (as in post independence India, or Botswana, or Zimbabwe.*” E conclui mais á frente ⁶ “*the substantive freedoms include elementary capabilities like being able to avoid such deprivations as starvation, undernourishment, escapable morbidity and premature mortality, as well as the freedoms that are associated with being literate and numerate, enjoying political participation and uncensored speech and so on. In this constitutive perspective, development involves expansion of these and other basic freedoms. Development, in this view, is the process of expanding human freedoms, and the assessment of development has to be informed by this consideration.*”

Olharemos nesta perspectiva a revisão da Constituição como uma oportunidade de sedimentar os direitos, melhorar a sua eficácia e garantia, e introduzir novos direitos e garantias com o objectivo de se alcançar o almejado desenvolvimento.

2. Revisão da Constituição como vicissitude constitucional

De acordo com JORGE MIRANDA, constitui revisão⁷ “*modificação da Constituição expressa, parcial, de alcance geral e abstracto e, por natureza, a que traduz mais imediatamente um princípio de continuidade institucional.*”

Refere BACELAR GOUVEIA⁸ que “no plano funcional, a revisão constitucional também se particulariza em nome de três funções que lhe são assinaladas: (i) uma função de adequação do texto constitucional á

⁵ SEN, Amartya, *Development as freedom*, Oxford University Press, 2001, pág., 36.

⁶ *Idem.*

⁷ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo II, 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pág. 113.

⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 1437.

realidade constitucional; (ii) uma função de aperfeiçoamento do texto constitucional, num sentido já técnico e não tanto político; e (iii) uma função de *garantia* da própria continuidade da ordem constitucional.”

Da nossa parte revisão significa *qualquer alteração da lei fundamental expressa, geral e abstracta, parcial ou total, neste último caso desde que não implique uma alteração da ideia de direito plasmada na Constituição.*

Neste processo de revisão de acordo com JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS aplicam-se subsidiariamente as normas do procedimento legislativo. Dizem-nos esses autores⁹ que “tendo unicamente como objecto regular os aspectos específicos do procedimento de revisão constitucional, carecem de ser complementados através da aplicação subsidiária da normação geral aplicável ao procedimento legislativo parlamentar que seja conforme com as normas constitucionais específicas sobre o processo de revisão.”

No nosso ordenamento podemos distinguir dois tipos de revisão. Um em que não se alteram os limites materiais sendo aí proibido o referendo de acordo com o art.º 136.º n.º 3.º alínea a) e outro em que se alteram os limites materiais e onde o referendo é obrigatório.

Ao abrigo da Constituição de 1990 BACELAR GOUVEIA fazia referência a “revisão menor” e “revisão maior”. De acordo com o autor¹⁰ “o regime menos rígido – que poderíamos designar por “revisão menor” da Constituição – assenta na escassa importância material dessas alterações, não pondo elas em causa a estrutura fundamental da Constituição. Assim sendo, permite-se que a sua aprovação seja feita apenas pela intervenção da Assembleia da República, embora exija uma deliberação pela maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

O regime mais rígido – que apelidaríamos de “revisão maior” da Constituição – implica que se pretenda inserir no texto constitucional alterações de teor substancial, quer no sistema de direitos fundamentais, quer no sistema político. A consequência prática dessas alterações

⁹ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 905.

¹⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990*, Minerva Central, Maputo, 1999, pág. 10.

é a necessidade de, após a intervenção parlamentar, a lei da revisão constitucional aprovada ser submetida a referendo nacional, com a participação de todos os cidadãos moçambicanos com capacidade eleitoral activa”.

Contudo temos algumas dificuldades em aceitar esta nomenclatura, pois a ser assim seria uma “revisão menor” passar do sistema de representação proporcional¹¹ para o sistema maioritário ou a eliminação da limitação dos mandatos (sem curar se trata ou não de um limite material implícito).

Da nossa parte preferimos fazer referência a revisão com alteração dos limites materiais e revisão sem alteração dos limites materiais, daí revisão simples e complexa.

Convém referir que a inexistência de referendo não é sinónimo de “ausência de participação popular” pois como referiu JOSÉ TAVARES NYANLELE¹² “o povo que vive no campo não pode ser marginalizado do debate do Anteprojecto de revisão Constitucional, pois é importante que todos os cidadãos saibam qual é a Lei Fundamental que rege o Estado em que vivem.”

Como refere BACELAR GOUVEIA¹³:

«A revisão constitucional, no plano meramente quantitativo, acabou por se impor como a vicissitude constitucional por excelência, o que se mostra á saciedade não apenas pelos trabalhos doutrinários como pela frequência e minúcia da respectiva regulação constitucional nos textos constitucionais que se foram sucedendo até hoje. O factor que teoreticamente se tornaria decisivo para esta autonomização seria a virtualidade de a revisão constitucional se situar na difícil linha de fronteira de servir de ponte entre o passado e o futuro de cada versão constitucional, permitindo a sua actualização em função das

¹¹ Apesar de constar do anteprojecto (art.º 283.º alínea e) não passou para a lei Fundamental, assim REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, Assembleia da República, Anteprojecto de Revisão da Constituição, 1998, pág. 106.

¹² NYANLELE, José Tavares, em média FAX n.º 1620 – 14/10/98 *apud* MOÇAMBIQUE, Instituto de Apoio á Governação e Desenvolvimento, *Evolução Constitucional da Pátria Amada*, CIEDIMA, Maputo, 2009.

¹³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *ob. cit.*, vol. II, pág.1403.

novas necessidades colectivas, sem que isso possa concomitantemente colocar em questão os princípios estruturadores dessa mesma ordem constitucional.»

2.1. A Iniciativa

Estipula o art. 291.º que “1. As propostas de alteração da Constituição são da iniciativa do Presidente da República ou de um terço¹⁴, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República.”

Tem sido hábito no nosso ordenamento jurídico a criação de comissões *ad hoc* para a revisão da Constituição. BACELAR GOUVEIA¹⁵ refere que “todas as razões que justificam a criação de comissões especializadas se encontram também presentes na criação da comissão *ad hoc* da revisão constitucional, cumprindo salientar estas duas:

- Um reduzido número de membros, para permitir um trabalho mais eficaz, resultado que é sempre difícil de atingir havendo um grande número de intervenientes;
- Uma maior concentração de deputados especializados nas matérias de natureza jurídico-constitucional, para facultar um trabalho de maior qualidade, sendo certo que se trata de uma questão de elevada coloração técnica.

Do nosso ponto de vista a criação da comissão *ad hoc* não dispensa a aplicação do art.º 291.º n.º 1, ainda que tenha sido criada a comissão, as propostas de alteração continuam a ser da iniciativa de pelo menos 84 deputados (ou do Presidente da República), e esses devem introduzir a proposta na Assembleia da República sob pena de inconstitucionalidade.

De *iure condendo* o legislador constituinte deveria eliminar a regra de um terço permitindo a que, pequenos partidos, ou partidos que não

¹⁴ Um terço pelo menos dos deputados, corresponde, tendo em conta que a Assembleia da República é constituída por 250 deputados (art.º 170.º n.º 2) a 83,33 pelo que só pode ser preenchido por no mínimo 84 deputados.

¹⁵ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões...*, ob. cit. pág. 7.

tenham essa representatividade na Assembleia da República também possam submeter propostas de alteração da Constituição

O n.º 2 do art.º 291.º estipula que “as propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República até noventa dias antes do início do debate”. Como referem JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁶ “a solução acolhida na Lei Fundamental pretende assegurar a cumulação de todas as iniciativas num só processo, numa regra de condensação destinada a assegurar uma ponderação concomitante e globalizante das modificações constitucionais e a garantir a unidade sistemática da Lei Fundamental.”

A nossa Constituição enfrenta um problema quase similar ao Direito português mas com contornos diferenciados, que é a questão de saber se a regra da iniciativa também se aplica á revisão extraordinária (art.º 293.º). Ou seja, quem pode desencadear o processo de assunção de poderes extraordinários? Um deputado? Ou 84 deputados? É claro que as propostas de alteração só podem ser depositadas na revisão extraordinária, quando houver uma resolução aprovada por maioria de três quartos dos deputados, mas a questão é quem tem competência para dar início a este processo?

JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹⁷ dizem que “ (...) forçoso é concluir que a competência exclusiva dos Deputados compreende a iniciativa de propor a assunção, pela Assembleia da República, de poderes de revisão extraordinária. Com efeito, atenta a razão de ser da consagração de uma reserva de iniciativa dos deputados, deve integrar-se o silêncio da Constituição no sentido de que a reserva de iniciativa dos deputados vale inclusivamente para a assunção de poderes de revisão extraordinária.”

Logicamente tal conclusão não pode ser transposta para o nosso ordenamento, pois não existe aqui a dita reserva absoluta de iniciativa dos deputados, e existe um número mínimo de deputados para se exercer a iniciativa. Contudo não podemos deixar de concluir que tanto o Presidente da República como um terço dos Deputados podem ter

¹⁶ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 902.

¹⁷ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, Tomo III, pág. 904.

a iniciativa de assunção de poderes extraordinários. Numa hipótese académica, caso o Presidente decida exercer a iniciativa de assunção de poderes extraordinários, a Assembleia votará, e caso obtenha a maioria de três quartos, consideramos que estarão assumidos os poderes de revisão extraordinários da Constituição.

2.2. Os Limites da Revisão da Constituição

2.2.1. Limites temporais

Conforme estipula o art. 293.º sob a epígrafe “tempo” a Constituição só pode ser revista cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão, salvo deliberação de assunção de poderes extraordinários de revisão, aprovada por maioria de três quartos dos deputados da Assembleia da República.

Daqui poderemos distinguir uma revisão ordinária e uma revisão extraordinária uma que acontece cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão e outra que acontece antes de decorrido esse prazo, mas com a agravante de ter que ser votada uma resolução de assunção de poderes extraordinários por maioria de três quartos dos deputados. No restante revisão ordinária e extraordinária seguem o mesmo procedimento.

Olhando para a nossa Constituição que foi alterada pela Lei 26/2007 de 16 de Novembro, promulgada na mesma data e com ordem de publicação, entrou em período de revisão ordinária no dia 16 de Novembro de 2012. Antes desse período não poderia ter sido revista a não ser que se assumissem poderes extraordinários de revisão¹⁸.

¹⁸ A assunção de poderes extraordinários de revisão, exige a aprovação de uma resolução, por maioria de três quartos dos deputados da Assembleia da República, o que corresponde a no mínimo 188 votos a favor (tendo em conta que três quartos vão corresponder a 187,5). Situação que, não apresenta qualquer dificuldade para o partido maioritário que essa maioria na presente legislatura. Como concluímos anteriormente essa iniciativa de assunção terá que ser proposta por no mínimo um terço dos Deputados ou pelo Presidente da República.

2.2.2. Limite orgânico

De acordo com o art. 179.º n.º 2 alínea a) “é da exclusiva competência da Assembleia da República aprovar as leis constitucionais.” Portanto só o órgão representativo de todos os cidadãos moçambicanos pode alterar a Constituição, sozinho nos casos que não estejam sujeitos ao art. 292.º ou com a sanção do titular da soberania, no caso de alteração das matérias contidas no art. 292.º

Caso exista uma proposta que estabeleça a alteração de matérias sobre os limites materiais, essa proposta terá que ser aprovada pela Assembleia da República antes de ir a referendo. Ora coloca-se-nos uma dúvida, a aprovação será por maioria de dois terços, conforme estipulado no art. 295.º n.º 1, ou bastará a maioria do art. 136.º n.º 2. Podemos sempre, dizer que a regra especial (295.º) prevalece sobre a regra geral, contudo o 295.º n.º1 trata das alterações à Constituição, e neste momento não podemos falar ainda de alteração da da Constituição, pois esta só se fará com a sujeição da matéria a um referendo válido e vinculativo. Contudo a nosso ver, continua a ser exigível a maioria de dois terços, pois a existência deste elevado consenso dentro da Assembleia representativa de todos os cidadãos moçambicanos justifica a sujeição da matéria a referendo, pois caso contrario poderíamos estar a sujeitar constantemente a referendo matérias que não são consensuais.

Contudo não podemos nos esquecer do art. 136.º n.º 2 que estipula que “o referendo é decidido pelo Presidente da República sob proposta da Assembleia da República, aprovada pela maioria absoluta dos seus membros e por iniciativa de pelo menos um terço dos Deputados.

Fica claramente esclarecido que nas situações de alteração de matéria sobre os limites materiais, a maioria de aprovação da sujeição da matéria a referendo é a maioria absoluta.

No que toca á decisão do Presidente da República, verificados todos os requisitos constitucionais e legais para a efectivação do referendo, parece-nos que o PR é obrigado a convocar o referendo, fazendo-se uma interpretação restritiva do art. 136.º n.º 2, onde se lê “o referendo é decidido” deve-se ler “o referendo é convocado” antes de mais por-

que o referendo é obrigatório, então não poderia ser decidido pelo Presidente.

Tendo votado mais de metade dos eleitores inscritos o referendo á considerado válido e vinculativo, sendo que a Assembleia da República é obrigada a homologar os resultados do referendo materializando as escolhas do titular da soberania.

2.2.3. *Limites Formais*

De acordo com o art. 295.º “1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços¹⁹ dos Deputados da Assembleia da República. 2. As alterações que forem aprovadas são reunidas numa única lei de revisão. 3. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão.”

Para EMILIO KAFFT KOSTA²⁰ *a ratio essendi* da imposição dos limites formais de revisão “liga-se á **supervalorização** da Constituição e dos poderes que da sua emanação e modificação decidem, em comparação com actos e poderes **menos importantes**”.

Falando acerca de limites relativos às maiorias deliberativas, GOMES CATOTILHO²¹ refere que “quando se reconhece ao órgão legislativo ordinário o poder de revisão, é normal a

Constituição sujeitar as deliberações deste órgão a *maiorias qualificadas*, demonstrativas de uma adesão ou consenso mais inequívoco dos representantes quanto às alterações da Constituição.”

As alterações da Constituição são sempre aprovadas na especialidade e pelo plenário pois só aí se obterá a maioria de dois terços constitucionalmente exigida.

Diz o art. 296.º n.º 1 que “as alterações da Constituição são inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os

¹⁹ O que equivale a uma votação por no mínimo 167 votos a favor, tendo em conta que 2/3 de 250 equivale a 166,66667. Portanto só estará cumprido o requisito pelo mínimo de 167 votos a favor.

²⁰ KOSTA, Emilio Kafft, *ob. cit.*, pág. 128.

²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 1062.

aditamentos necessários. 2. A Constituição no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão.” Fornecendo-nos as possíveis formas de alterar a Constituição por supressões, retirando um artigo ou vários artigos, por substituição, substituindo o conteúdo de artigo por outro, como aconteceu em relação ao art. 304.º, ou por aditamentos acrescentando novos artigos ou novos números aos artigos existentes.

Para JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS²², “a dupla exigência a que se fez referência visa, fundamentalmente **reforçar a segurança jurídica** – em particular, a clareza jurídica– em torno dos princípios e das disposições constitucionais em vigor no ordenamento jurídico.”

Uma questão que se poderá colocar em relação ao 295.º, n.º 2, é saber se essa “*única lei de revisão*” também está sujeita a aprovação. Não nos parece pois a Constituição é clara neste aspecto, fazendo referência a “alterações da Constituição que forem aprovadas”.

No que a promulgação da Lei de revisão, a Constituição é clara em não admitir o veto político, dizendo que o Presidente não pode recusar a promulgação da lei de revisão.

Outra questão que podemos colocar, é a de saber se o decreto de revisão está ou não sujeita a fiscalização preventiva?

Conforme o estipulado no art. 246.º n.º 1 “O Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação.” Nada obsta portanto a que, o Presidente da República tendo dúvidas acerca da constitucionalidade da lei de revisão, submeta a mesma á apreciação do órgão especialmente responsável pela administração da justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Questão diferente é a de saber se as normas constitucionais, acrescentadas por via de revisão podem padecer do vício de inconstitucionalidade. A este respeito, sintetiza BACELAR GOUVEIA²³:

«Tal resposta foi dada pela *teoria das normas constitucionais inconstitucionais (verfassungswidrige Verfassungsnormen)*, genial-

²² MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *ob. cit.*, Tomo III, pág. 920.

²³ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado*, cit. Vol. II, pág. 1484.

mente inventada pelo alemão OTTO BACHOF, a qual decididamente viraria a página na Ciência do Direito Constitucional do século XX. A concepção deste autor, partindo do pressuposto básico de que o Direito Constitucional se vincularia a um Direito Supra positivo ou Natural, ainda que o pudesse e devesse refranger nas suas normas, estabelece, quanto às normas constitucionais inconstitucionais, uma divisão fundamental entre a violação da *Constituição escrita*, de um lado, e *violação da Constituição não escrita*, do outro lado:

- Naquele grupo, elenca as hipóteses (i) da inconstitucionalidade de normas constitucionais ilegais, (ii) da inconstitucionalidade das leis de alteração á Constituição, (iii) da inconstitucionalidade por violação de normas constitucionais de grau superior, (iv) da inconstitucionalidade resultante da “mudança de natureza” de normas constitucionais e (v) da inconstitucionalidade por infracção de direito supra-legal positivado na lei constitucional;
- No outro grupo, é de referir (i) a inconstitucionalidade por infracção constitutivos não escritos do sentido da Constituição, (ii) a inconstitucionalidade por infracção do direito constitucional consuetudinário e (iii) a inconstitucionalidade por infracção de direito supra-legal não positivado.

Foi assim que no Direito Constitucional, em reacção às orientações formalistas e valorativamente esvaziantes anteriormente em voga, *surgiu a ideia de vislumbrar nas normas dos textos constitucionais umas mais importantes do que outras, em reconhecimento de que não seria o Direito Positivo, mesmo no seu estalão máximo, cego a considerações metafísicas, bem ao arrepio do que pretendia o cientifismo jurídico do século XIX*. Essa sua diferença valorativa, plasmada em categorias jurídicas, daria azo a que algumas dessas normas – as que contradissem outras normas constitucionais prevalecentes – pudessem ser consideradas *normas constitucionais inconstitucionais*, com a consequência da respectiva desvalorização jurídica.»

Para GOMES CANOTILHO²⁴ “dada a existência de limites formais e materiais, as leis de revisão que não respeitarem esses limites serão respectivamente inconstitucionais sob o ponto de vista formal e material. Assim acontecerá por exemplo nos casos de: (a) leis de revisão que violam o processo estabelecido no art. 285.º/1 (como seriam as leis aprovadas mediante proposta do governo ou de uma assembleia regional); (b) leis de revisão que violam os limites materiais do art. 288.º”²⁵

Concordamos com a teoria das normas constitucionais inconstitucionais, principalmente as que são acrescentadas por via de revisão, pois o legislador constituinte, depois de plasmar na Constituição os seus ideais, estabelece um processo por via da qual se renovarão esses ideais, processo esse que tem que ser respeitado. Por outra via, aquilo que é considerado o núcleo identitário da Constituição não pode ser posto em causa, por via de revisão no exercício de um poder constituinte derivado.

2.2.4. *Limites Circunstanciais*

Os limites circunstanciais encontram-se previstos no art. 294.º estipulando que “na vigência do estado de sítio ou do estado de emergência não pode ser aprovada qualquer alteração da Constituição.” Por sua vez, o art. 157.º n.º 1 diz que “durante o período de vacatura do cargo de Presidente da República a Constituição não pode ser alterada”. O art. 155.º n.º 1 esclarece sobre os casos de vacatura estipulando que “a eleição do novo Presidente da República, por morte, incapacidade permanente, renúncia ou destituição, deve ter lugar dentro dos noventa dias subsequentes, sendo vedado ao Presidente da República interino candidatar-se ao cargo.” Nas palavras de BACELAR GOUVEIA²⁶ “a justificação que subjaz a este limite é algo de clarividente: destina-se a “congelar” o poder de revisão constitucional, preferindo-se claramente

²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *ob. cit.*, pág. 1076.

²⁵ O art.º. 285.º da Constituição Portuguesa trata da iniciativa reservada dos Deputados na revisão da Constituição, enquanto o art.º 288.º corresponde com poucas alterações ao nosso art.º 292.º

²⁶ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O Estado*, cit. Vol. II, pág. 965.

a impossibilidade de o exercer a exercê-lo sem a genuína expressão da vontade livre e esclarecida dos agentes político-constitucionais envolvidos.” E depois, conclui o mesmo autor²⁷ “será muito mais prudente impor os limites circunstanciais na pendência dos estados de excepção, mesmo não ocorrendo qualquer diminuição da liberdade deliberativa do órgão titular desse poder, do que nunca admiti-lo, permitindo-se uma alteração á Constituição cravejada de vícios na formação dessa vontade, com as graves consequências de só ser permitido um controlo *a posteriori*, com toda a fragilidade que lhe está subjacente.”

Note-se que a Constituição só proíbe a aprovação, portanto durante o estado de sítio pode ser exercida a iniciativa ou a promulgação. Por outro não basta que haja os “casos de agressão efectiva ou eminente, de grave ameaça ou de perturbação da ordem constitucional ou de calamidade” é necessário que seja declarado estado de excepção conforme o procedimento previsto na Constituição. No mesmo sentido BACELAR GOUVEIA²⁸ “a relevância desta matéria é, assim, registada no plano dos vícios da formação da vontade ou no plano da deformação nos fins da revisão constitucional. Isto também implica, noutra perspectiva, que este limite apenas valha para o estado de excepção declarado, aliás o único estado de excepção constitucionalmente relevante.”

Por sua vez GOMES CANOTILHO²⁹ assevera que “a história ensina que em certas *circunstâncias excepcionais* (estado de guerra, estado de sítio, estado de emergência) podem constituir ocasiões favoráveis á imposição de alterações constitucionais, limitando a liberdade de deliberação do órgão representativo.

No que concerne á vacatura do cargo do Presidente da República, estipula o art. 6.º, n.º 2, da Lei n.º 6/2006 (Lei Orgânica do Conselho Constitucional) nas alíneas b) e c) que compete ao Conselho Constitucional declarar a incapacidade permanente e verificar a morte e a perda de mandato do Presidente da República. Portanto a proibição de revisão da Constituição só se efectiva após o pronunciamento do CC.

²⁷ *Idem*, pág. 966.

²⁸ *Ibidem*, pág. 967.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *ob. cit.*, pág. 1063.

2.2.6. *Limites materiais*

A problemática dos limites materiais tem sido uma das questões, que divide os constitucionalistas de algum tempo a esta parte, sendo a nosso ver bastante interessantes as posições giram a sua volta. Os limites materiais são os enunciados pelas alíneas³⁰ do art. 292, número 1. Os limites materiais de revisão tiveram a sua origem na primeira Constituição escrita do mundo: a Constituição dos Estados Unidos da América, que salvaguarda a forma Republicana de Governo e o direito de voto dos Estados federados.

Para EMILIO KAFFT KOSTA³¹ “por limites materiais de revisão devem entender-se as restrições que uma Constituição impõe prospectivamente à liberdade de conformação do seu conteúdo tendo como destinatário o poder de revisão.”

Por sua vez, BACELAR GOUVEIA³² refere que “sem dúvida que, de entre os limites que se erguem á revisão constitucional, são os limites materiais os que se apresentam mais significativos na estabilização de um regime que, em certo momento histórico, se plasmou no texto constitucional.”

Faremos de seguida um breve excurso sobre a problemática dos limites materiais, onde se podem identificar três posições dominantes: aqueles que consideram insuperáveis os limites de revisão, os que consideram que não tem nenhuma validade jurídica e aqueles que consideram os limites materiais relativos, podendo ser ultrapassados por dupla revisão ou duplo processo de revisão.

³⁰ A alínea e) comporta uma curiosidade, que é ter sido publicada no Boletim da República sem uma vírgula entre soberania e das províncias. Todas as publicações da Constituição até hoje continuam sem a vírgula. Para esclarecer podemos fazer a seguinte questão: existe algum titular de um órgão electivo de soberania nas Províncias? A resposta não pode deixar de ser negativa, pois os únicos órgãos de soberania existentes nas províncias são os tribunais, mas estes não são electivos. Recorrendo ao art. 135.º, n.º 1, este estipula como princípio geral do sistema eleitoral “o sufrágio universal, directo, igual, secreto, pessoal e periódico constitui a regra geral de designação dos titulares dos órgãos electivos de soberania, das províncias e do poder local. Portanto aqui a vírgula foi correctamente colocada.

³¹ KOSTA, Emílio Kafft, *ob. cit.*, pág. 147.

³² GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O estado, ob. cit.*, Vol. I, pág. 596.

A primeira tese, que considera que os limites materiais são insuperáveis, não podendo ser postos em causa utiliza dois argumentos para justificar a sua posição: primeiro a superioridade do poder constituinte sobre o poder de revisão e segundo a superioridade da Constituição material em relação á Constituição formal.

O poder de revisão que se considera poder constituinte derivado, não pode se opor às opções fundamentais do legislador constituinte orientadas pela consciência jurídica colectiva e vertidas no texto constitucional.

Na defesa desta tese, e contrapondo-se á tese que nega a relevância dos limites materiais, GOMES CANOTILHO³³ brilhantemente afirma:

«O verdadeiro problema – a verdadeira aporia do Estado Constitucional – levantado pelos *Limites materiais* do poder de revisão é este: será defensável vincular gerações futuras a ideias de legitimação e a projectos políticos que, provavelmente, já não serão os mesmos que pautaram o legislador constituinte? Por outras palavras que se colheram nos *Writings* de Thomas Jefferson: “uma geração de homens tem o direito de vincular outra?” Ainda noutros termos que são os do art.º 28.º da Constituição Jacobina de 1793: «*Un peuple a toujours le droit de revoir, reformer et de changer la Constitution. Une génération ne peut assujettir a ses lois les générations futures*». A resposta tem de tomar em consideração a evidência de que nenhuma constituição pode conter a vida ou parar o vento com as suas mãos. Nenhuma lei Constitucional evita o ruir dos muros dos processos históricos, e, conseqüentemente, as alterações constitucionais, se ela já perdeu a sua força normativa. Os limites do poder de revisão como poder constituído não são «limites para sempre», vinculativos de toda e qualquer manifestação do próprio poder constituinte. Em sentido absoluto, nunca a «geração» fundadora pode vincular eternamente as gerações futuras. Esta é uma das razões justificativas de previsão, em algumas constituições, de uma *revisão total*. Caso contrário, a falta de alternativa evolutiva abriria o campo da *Revolução Jurídica*. Mas há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem

³³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, cit., 7.ª Edição, pág. 1065.

a sua tarefa e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Não deve banalizar-se a sujeição da lei fundamental á disposição de maiorias parlamentares «de dois terços». Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de uma *revisão total* (desde que isso não seja admitido pela própria Constituição), mas também de *alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta*. Se isso acontecer é provável que se esteja perante uma nova afirmação do poder constituinte mas não perante uma manifestação do poder de revisão. Mas se é de poder constituinte originário que se trata então este tem de tornar transparentes as novas pretensões legitimatórias de desencadeamento de um novo poder constituinte e a conseqüente instauração de uma nova ordem constitucional.»

Outra tese, que se pode considerar a tese negativa, refuta a legitimidade ou a juridicidade das cláusulas de limites materiais, ancorando-se na ideia de que, nenhuma geração pode sujeitar as gerações futuras às suas leis e por outro lado³⁴ “não há diferença de raiz entre poder constituinte e poder de revisão, não passando ambos de manifestações da soberania do Estado; conseqüentemente, diferenças entre normas constitucionais originárias e normas constitucionais supervenientes não existem.”

Qual HEGEL, da luta entre a tese (teoria afirmativa da insuperabilidade dos limites materiais) e da antítese (teoria negativa, que nega a relevância dos limites materiais) nasce a síntese (que defende a relevância dos limites, mas admitem a revisão por dupla revisão ou duplo processo de revisão).

A respeito desta teoria intermédia, JORGE MIRANDA³⁵ afirma “as cláusulas de limites realçam de novo a ideia de Direito, a estrutura fundamental, aquilo que identifica a Constituição em sentido formal. Mas não podem impedir futuras alterações que atinjam tais limites,

³⁴ KOSTA, Emílio Kafft, *ob. cit.*, pág. 170.

³⁵ MIRANDA, Jorge, *Teoria, ob.cit.*, pág. 605.

porque o poder constituinte é, por definição, soberano. O que obrigam é a dois processos, em tempos sucessivos, um para eliminar o limite de revisão e o outro para substituir a norma constitucional de fundo garantida através dele, o que obrigam é a tornar patente, a darem-se as modificações que dificultam, que a Constituição em sentido material já não é a mesma.”

Esta posição vê portanto os limites materiais como declarativos e não constitutivos dos limites materiais. O que significará que ainda que não houvesse o art. 292.º a Constituição, não deixaria de incorporar aquilo que é a ideia de Direito nela plasmada.

A explicitação por parte do legislador constituinte facilita o intérprete naquilo que é a busca pelo núcleo identitário da Constituição, mas não o vincula, no sentido de se descobrirem limites não plasmados no texto (como por exemplo a integridade territorial). Por outro lado o simples facto de constarem do elenco do art. 292.º não significa *qua tale* que se trate de uma matéria pertencente a este núcleo essencial.

Para o nosso ordenamento jurídico, não poderemos fazer a transposição do debate nos mesmos termos que acontece noutros ordenamentos jurídicos. Isto porque o nosso art. 292.º, n.º 2, admite expressamente a revisibilidade das cláusulas de limites materiais, agravando o procedimento através da consulta popular.

Contudo, uma questão ainda se coloca acerca da admissibilidade da tese de dupla revisão ou duplo processo de revisão, no nosso ordenamento jurídico.

A este respeito e falando da natureza do art. 292.º JORGE MIRANDA afirma que “ (...) a sua função é de garantia; que respeita a princípios e não a preceitos; que é uma norma constitucional como outra qualquer, obrigatória enquanto vigorar, mas revisível, que de resto, não é alteração (...) só por si, que afecta os limites materiais da revisão; o que os afectam é atingirem-se os princípios nucleares da Constituição; que em segundo processo de revisão, observados os requisitos constitucionais de forma, é possível modificar esses mesmos princípios, mas que então não se estará já a fazer revisão, estar-se-á a fazer uma transição constitucional e uma nova constituição material.”³⁶

³⁶ MIRANDA, Jorge, *Teoria, ob.cit.*, pág. 606.

Funciona este art. 292.º como uma espécie de escudo protector, que protege aquilo que de mais precioso, o titular da soberania quis guardar. Assim para retirar ao povo moçambicano, estes direitos, só com um novo pronunciamento do legislador constituinte, com a anuência do titular da soberania, que é o povo.

Aquilo a que hodiernamente se refere como sendo o núcleo identitário da Constituição, permanecerá até que a consciência jurídica colectiva, resolva arquitectar um novo projecto para a sociedade moçambicana, diferente do actual e que provocará a passagem desta Constituição material de 2004, para uma nova Constituição, efectuando aquilo a que a doutrina identifica como transição constitucional. Tratar-se-á neste caso, do exercício do poder constituinte originário, ainda que o seja por via de revisão, com respeito pelas normas constitucionais vigentes.

A aceitação da tese da dupla revisão, não carece no nosso ordenamento de grandes construções teóricas ou dogmática, ela decorre da simples leitura do texto constitucional e da necessidade de respeito pelas normas constitucionais. Ora respeitar o art.º 292.º é não alterar as matérias que ela protege, enquanto a alínea correspondente, vigorar no ordenamento jurídico.

E para retirar uma alínea do art. 292.º abrindo o caminho, para que numa próxima revisão, se altere a matéria protegida, não será necessário o referendo. Nem será necessário, do nosso ponto de vista, o referendo para a eliminação do art. 292.º, n.º 2, deixando, portanto de sujeitar as alterações a referendo. A função do art. 292.º é a garantia de um determinado conjunto de matérias identificadas, como constituindo o núcleo essencial da Constituição.

Obviamente que politicamente, não seria vista com bons olhos a retirada da obrigação de sujeitar determinadas alterações a referendo, contudo juridicamente não encontramos nenhum óbice neste tipo de alteração. Ademais não existe nenhuma norma na Constituição, que seja imune á revisão, a não ser assim teríamos que distinguir entre normas constitucionais absolutas e relativas, não estando as primeiras sujeitas a alteração. Ora do nosso ponto de vista todas as normas constitucionais possuem o mesmo valor jurídico, não podemos distinguir entre normas de primeira e normas de segunda, ainda que possamos

admitir como admitimos a inconstitucionalidade de normas constitucionais supervenientes.

Da mesma sorte, em caso de alteração de uma matéria protegida pelos limites materiais, antes da sujeição da matéria a referendo, a Assembleia da República terá que retirar a alínea que protege a matéria do 292.º, por maioria de 2/3 (em conformidade com a art. 295.º, n.º 1). Ou por uma questão de precaução e economia, fará esta alteração depois da convocação e validação do referendo, isto porque em caso de resposta negativa do povo em referendo, ou em caso de ineficácia do mesmo, não mais será necessário alterar a Constituição.

Nas palavras de JORGE MIRANDA³⁷ “as normas de limites expressos não são lógica e juridicamente necessárias, necessários são os limites; não são normas superiores, superiores apenas podem ser, na medida em que circunscrevem o âmbito da revisão como revisão, os princípios aos quais se reportam.”

Consideramos ser bastante complexo este processo e duvidamos da sua aplicabilidade, pois o referendo exigirá uma preparação cívica e cultural muito grande por parte da população, que será em muitos casos questionada sobre questões bastante técnicas. Sem falar dos custos económicos associados á realização do mesmo. Ademais consideramos que o nosso legislador constituinte, não explicitou o regime jurídico aplicável a revisão complexa, e com a introdução da obrigatoriedade do referendo, algumas normas serão de duvidosa aplicabilidade, por exemplo o 295.º, n.º 1, não seria de todo aplicável, pois neste tipo de revisão a Assembleia da República aprova o projecto de referendo, mas não aprova as alterações a Constituição. Por outro lado se o referendo é obrigatório, por iniciativa de um terço dos deputados (ou do Presidente), aprovada por maioria absoluta, não faz nenhum sentido dizer que é decidido pelo Presidente.

Dai consideramos ser curial além das questões de cariz substantiva, olharmos para as questões processuais ou procedimentais da Revisão da Constituição, acolhendo a Constituição normas reguladoras específicas do processo de revisão complexa.

³⁷ MIRANDA, Jorge, *Teoria, ob. cit.*, pág. 612.

2.3. A revisão em algumas Constituições dos PALOPS

Pretendemos agora olhar para as normas de revisão estabelecidas em alguns países dos PALOP'S, e reflectir sobre o modo como os respectivos legisladores constituintes tratam a matéria de revisão da Constituição.

Como é referido por JORGE BACELAR GOUVEIA³⁸, “(...) Depois de um período em que esses cinco Estados passaram por experiências jusconstitucionais marxistas-leninistas, mais ou menos ortodoxas, nascidas na sequência da descolonização, entrou-se recentemente numa segunda fase, com novas Constituições ou com Constituições substancialmente revistas, todas elas marcadas pelo novo Direito Constitucional Português”. Isto é notório, com a Constituição de 2004³⁹ que se aproxima bastante da Constituição Portuguesa de 1976 com diferenças mais acentuadas relativamente ao sistema de Governo.

Nas palavras do autor supra citado⁴⁰:

«A revisão constitucional, fundamentando-se na necessidade que qualquer Constituição – assim como qualquer acto jurídico normativo – sente de adequar-se permanentemente ás condições político-sociais do tempo em que é aplicada, designa as modificações que lhe são introduzidas, mantendo-a, porém, no que tem de essencial, fenómeno que pode justificar a verificação de três diferentes espécies consoante o regime jurídico que a rege, teorização que se deve a MARCELO REBELODE SOUSA: flexível quando revisível nos termos admitidos para qualquer lei ordinária; rígida se estipula um procedimento especial, mais gravoso se comparado com o procedimento legislativo ordinário, com limites formais, orgânicos e temporais; hiperrígida sempre que àqueles limites acresçam limites circunstanciais e materiais. (...)»⁴¹

³⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Notícias Editorial, 2ª Edição revista, Lisboa, 2000, pág. 11.

³⁹ Chamamos Constituição de 2004 por comodidade, pois na verdade não se trate de uma nova Constituição, mas sim de uma revisão da Constituição de 1990.

⁴⁰ GOUVEIA, Jorge Bacelar, *As Constituições...*, cit. pág. 16.

⁴¹ Da nossa parte, todas as Constituições possuem limites materiais, possuem um núcleo identitário que se alterado provoca a passagem para uma nova constituição material.

a revisão constitucional assume uma importância juridico-constitucional assinalável, sendo-lhe reservadas normas expressas direccionadas ao estabelecimento de limites ao exercício do correspondente poder.»

As regras sobre a alteração das Constituições como veremos de seguida são muito parecidas, tendo somente ligeiras alterações. Em primeiro lugar vamos olhar para o Direito Constitucional Angolano cuja Constituição foi recentemente aprovada e em seguida a de Cabo Verde.

Promulgada a 5 de Fevereiro de 2010 e publicada no Diário da República, I Série, n.º 23 de 5 de Fevereiro de 2010 a nova Constituição Angolana segue no essencial as normas de revisão oriundas do direito português, portanto com fortes semelhanças com as nossas normas de revisão. A Constituição Angolana ocupa o capítulo II do Título VII coma revisão arts. 233.º a 237.º

A iniciativa de Revisão compete ao Presidente da República ou a 1/3 dos Deputados á Assembleia Nacional em efectividade de funções (art. 133.º) em tudo semelhante às nossas regras sobre a iniciativa.

O art.º 234.º estipula “1. As alterações são aprovadas por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções. 2. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão constitucional, sem prejuízo de poder requerer a sua fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional. 3. As alterações que forem aprovadas são reunidas numa única lei de revisão. 4. A Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a lei de revisão. Em tudo semelhantes às nossas regras, contudo com a clarificação da possibilidade de fiscalização preventiva, que no nosso caso decorre do art. 246.º

Os limites temporais (art. 235.º da CRA) também são iguais deferindo a maioria exigida para a assunção de poderes extraordinários, que é igual à maioria de aprovação, portanto 2/3.

Nos limites materiais é de louvar a dignidade da pessoa humana como limite material de revisão, e a clara referencia ao núcleo essencial dos direitos liberdades e garantias, parecendo haver contudo uma sobreposição das matérias.

Por fim como limites circunstanciais estabelece o art. 237.º da CRA que “durante a vigência do estado de guerra, do estado de sítio ou do estado de emergência, não pode ser realizada qualquer alteração da Constituição.” Autonomiza-se aqui, o estado de guerra como limite circunstancial, o que não acontece no nosso ordenamento.

No caso da Constituição Cabo-verdiana Publicada no Boletim Oficial – Suplemento, 1ª Série n.º 17 de 3 de Maio de 2010 (rectificado pelo Boletim Oficial, 1ª Série, n.º 28 de 26 de Julho de 2010) também trás regras de revisão muito parecidas á Constituição Portuguesa de 1976.

O art. 286 da CRCV estipula que “A Assembleia Nacional pode proceder á revisão ordinária da Constituição decorridos cinco anos sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária.” Este artigo é mais claro no que o nosso, no sentido de estabelecer claramente que havendo uma revisão extraordinária não se interrompe o prazo dos cinco anos.

A maioria para a assunção de poderes é de quatro quintos consoante o número 2 do mesmo artigo.

A iniciativa compete somente aos deputados, portanto sem a exigência de um número mínimo podendo qualquer deputado apresentar uma proposta de revisão.

Segundo o art. 288.º n.º 1 “cada uma das alterações da Constituição deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.”

O art. 290.º trata dos limites materiais, estipulando que “1. Não podem ser objecto de revisão:

- a) A independência nacional, a integridade do território nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma Republicana de Governo;
- c) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico para a eleição dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local;
- d) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- e) A autonomia do poder local;
- f) A independência dos tribunais;
- g) O pluralismo de expressão e de organização política e o direito de oposição.

Por fim o n.º 2 diz que “as leis de revisão não podem, ainda, restringir ou limitar os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição.

Destaca-se a par da Constituição de Angola a integridade do território como limite expresso. Contudo a proibição em relação aos direitos, liberdades e garantias parece ser mais intenso, não admitindo a restrição, enquanto a nossa Constituição permite restrições desde que não violem o núcleo essencial dos direitos.

O Presidente também não poderá recusar a promulgação das leis de revisão (art. 291.º). Como limite circunstancial “em tempo de guerra ou na vigência de estado de sítio ou de emergência não pode ser praticado qualquer acto de revisão da Constituição.”

Autonomiza-se o estado de guerra e vai-se mais longe proibindo qualquer acto de revisão e não só a aprovação durante o estado de guerra e estados de excepção constitucional.

Podíamos continuar a “percorrer” as regras sobre a revisão da Constituição e encontraríamos basicamente as mesmas normas para a revisão da Constituição.

CAPÍTULO II – A REVISÃO DA ACTUAL CONSTITUIÇÃO

3. A Revisão da Constituição Moçambicana

Tendo analisado em linhas gerais, a configuração constitucional da Revisão não podíamos em “época” de revisão deixar de tecer alguns comentários sobre a Revisão que se avizinha quiçá para 2015.

Várias têm sido as propostas avançadas, pela sociedade civil convergindo em três direcções: mudança do sistema de governo, reforço da independência dos juízes, “consagração” do Tribunal Constitucional.

Contudo do Ante-projecto apresentado pela Comissão Ad-hoc⁴² para debate público podemos dizer que a revisão proposta se pode

⁴² Lembre-se que apesar da criação da Comissão *Ad Hoc* para a revisão da Constituição, a iniciativa pertence ao Presidente da República e a um terço dos Deputados,

resumir em três grandes assuntos: (I) aprimoramento da Justiça Constitucional Moçambicana⁴³, (II) Reforço da dignidade constitucional das autoridades comunitárias e (III) alterações de nomenclatura.

São substanciais somente as alterações previstas no ponto I, relativamente a Justiça Constitucional.

Propomos também a analisar a configuração constitucional dos Direitos Fundamentais (IV), que foi obliterada no Ante-projecto⁴⁴.

4. Aprimoramento da Justiça Constitucional

A actual Constituição define o Conselho Constitucional como “órgão de soberania, ao qual compete especialmente administrar a justiça, em matérias de natureza jurídico-constitucional” art. 241.º, composto por sete juízes conselheiros, designados nos seguintes termos (art. 242.º, n.º 2):

- a) Um juiz conselheiro nomeado pelo Presidente da República que é o Presidente do Conselho Constitucional;
- b) Cinco juízes conselheiros designados pela Assembleia da República segundo o critério da representação proporcional;

portanto a oposição nem se quer pode apresentar propostas constitucionalmente válidas. O que não quer dizer é claro que se deva afastar do processo. Aliás na presente revisão devia-se conceder a iniciativa de revisão a pelo menos cinco Deputados. A iniciativa não poderá ser concedida aos grupos parlamentares, pois tratando-se da representação partidária no Parlamento o constituinte certamente quererá que a Revisão da Constituição seja um assunto *super* partidos, procurando um alargado consenso que materialize no texto formal a Ideia de direito da sociedade moçambicana.

⁴³ Como refere VITALINO CANAS «a criação por textos com valor constitucional de órgãos de concentração da fiscalização da constitucionalidade é hoje quase banal. Sejam órgãos específicos de fiscalização da constitucionalidade, ou desempenhem paralelamente outras funções, denominem-se Tribunal Constitucional, Conselho Constitucional, Tribunal de Garantias Constitucionais, Supremo Tribunal Constitucional, Tribunal Superior ou de qualquer outro modo, encontramos hoje em todos os continentes.» CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2ª Edição, rev., AAFDL, Lisboa, 1994, pág. 21.

⁴⁴ Cfr. REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, Ante-projecto de Revisão da Constituição da Republica de Moçambique, Documento Base para o debate público, VII legislatura, Maputo, 2013.

- c) Um juiz conselheiro designado pelo Conselho Superior da Magistratura Judicial.

Os juízes Conselheiros do Conselho Constitucional são designados para um mandato de cinco anos renovável e gozam de garantia de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade.”

Muito se tem escrito acerca da “inconveniência” da nomeação do Presidente do Conselho Constitucional pelo Presidente da República. Do nosso ponto de vista melhor seria se fosse eleito de entre os pares, contudo essa nomeação não é *conditio sine qua non* para a inexistência de imparcialidade, tudo dependerá do sentido de Estado daquele que nomeia e daquele que é nomeado, da percepção das competências não como direitos mas sim um poder funcional colocado ao serviço dos interesses da Nação. Para nós fazer cumprir a Constituição é garantir que a independência e imparcialidade dos juízes do Conselho Constitucional não sejam atingidas. Como questionam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS:⁴⁵

«Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicar os actos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do chefe de Estado? Essa a aporia do Tribunal Constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É justamente, **por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados** – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.»

⁴⁵ MIRANDA, Jorge, MEDEIROS, Rui, *ob.cit.*, Tomo III, pág. 252.

A Constituição prevê a fiscalização abstracta de inconstitucionalidade ou de ilegalidade é aquela que é feita independentemente da aplicação da norma ao caso concreto. Estipula o art. 245.º, n.º 1, que “o Conselho Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado, em qualquer momento da sua vigência, e o n.º 2.º estipula “podem solicitar ao Conselho Constitucional a inconstitucionalidade das leis ou a ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) Um terço, pelo menos, dos deputados;
- d) O Primeiro-Ministro;
- e) O Procurador-Geral da República;
- f) O Provedor de Justiça;
- g) Dois mil cidadãos.

A primeira dificuldade que encontramos, em relação à fiscalização abstracta sucessiva e ao qual sugerimos a alteração, é o do momento da apreciação. A Constituição utiliza a expressão “*em qualquer momento da sua vigência*” o que afasta a possibilidade de fiscalizar normas publicadas mas que ainda não entraram em vigor. Assim sendo fica vedado o acesso ao Conselho Constitucional de uma norma publicada com “inconstitucionalidades” que produzirão efeitos que por vezes a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral poderão não resolver totalmente. A melhor redacção para o artigo em análise seria “o Conselho Constitucional aprecia e declara com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade das leis e a ilegalidade dos demais actos normativos dos órgãos do Estado, a partir da data da sua publicação”.

O órgão Legislativo fica assim impedido de reproduzir o conteúdo da normas ou normas declaradas inconstitucionais assim como os tribunais têm o dever de desaplicar a norma ou as normas declaradas inconstitucionais, lembre-se que como refere o art. 248.º, n.º 1, da Constituição “os acórdãos do Conselho Constitucional são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos, instituições e demais

pessoas jurídicas, não são passíveis de recurso e prevalecem sobre as outras decisões” e que (n.º 2) “em caso de incumprimento dos acórdãos referidos no presente artigo, o infractor incorre no cometimento de crime de desobediência, se crime mais grave não couber.”

Em suma podemos dizer que o aprimoramento da Justiça Constitucional, consistiu nas propostas de: (1) alargar a competência do Tribunal Constitucional⁴⁶, para a apreciação e declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade dos **actos não normativos** directamente regulados na Constituição, (2) constitucionalização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁴⁷, (3) alargamento da competência para o pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade e legalidade dos tratados e acordos internacionais⁴⁸ (4) possibilidade de remessa para o Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta, das decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenham sido suscitadas em juízo⁴⁹, tratando-se esta alteração do nosso ponto de vista das mais significativas, pois a fiscalização concreta era um “monopólio” dos juízes, que com a excepção do alinea b) do art. 247, só eles tinham o poder, de pela recusa da aplicação de uma norma, fazer o processo chegar ao Conselho Constitucional. Com esta alteração abre-se uma nova porta para a defesa dos direitos fundamentais dos moçambicanos. (5) o art. 247.º, n.º 1, alínea a) passa a dizer que devem ser remetidos obrigatoriamente para o Tribunal Constitucional, os acórdãos e outras decisões, quando se recuse a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade **ou ilegalidade**. Acrescentou-se portanto a palavra ilegalidade, o que pode parecer a primeira vista uma alteração sem significado, pois não faria sentido que os juízes fossem obrigados a aplicar normas ilegais, é de capital importância pois o Conselho Constitucional no acórdão 1/CC/2012 de 10 de Abril, diz que:

⁴⁶ Artigo 244 n. 1 Alínea alínea 1) do Ante-projecto.

⁴⁷ Artigo 245 n. 2 A do Ante-projecto, contudo só foi constitucionalidade o n.º 1.º do art. 66.º da LOCC (Lei n.º 6/2006 de 2 de Agosto) ficando por constitucionalizar os restantes três números, que curiosamente tratam da ressalva do caso julgado e limitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade previstos no número 1.

⁴⁸ Artigo 246 n. 6 do Ante-projecto.

⁴⁹ Artigo 247 n. 1 alínea a1) do Ante-projecto.

“Conforme já tivemos a oportunidade de referir neste Acórdão, o artigo 214 da Constituição confere aos tribunais o poder-dever de não aplicarem, nos feitos submetidos a julgamento, leis ou princípios que ofendam a Constituição. Neste contexto, o preceito do artigo 247, n.º 1, alínea a), da Constituição, manda remeter, obrigatoriamente, ao Conselho Constitucional os acórdãos e outras decisões quando recusem a aplicação de normas com base na sua inconstitucionalidade.

Note-se que, por um lado, o artigo 214 da Constituição não faz alusão a normas contrárias à lei, mas sim a leis ou princípios que ofendam a Constituição. Por outro lado, o artigo 247, n.º 1, alínea a), da Constituição impõe a obrigação de se remeterem ao Conselho Constitucional os acórdãos e outras decisões não com fundamento na ilegalidade mas sim na inconstitucionalidade, e nos casos em que se recuse a aplicação de qualquer norma com base

Portando esta alteração do nosso ponto de vista, vem reafirmar o pensamento do legislador Constituinte, terminando com a “aberrante” interpretação de que os juízes não poderiam desaplicar normas com fundamento na sua ilegalidade, ademais numa altura em que o próprio ante-projecto⁵⁰ passa a prever as leis de valor reforçado.

Apesar dos avanços o ante-projecto peca por não ter constitucionalizado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, tanto em sede de fiscalização abstracta (na sua totalidade), como em sede de fiscalização concreta, os decretos-leis continuam fora do controlo preventivo da constitucionalidade, devendo o art. 246 passar a prever a remessa para o Tribunal Constitucional de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação **ou assinatura**. Os actos já publicados mas que não tenham entrado em vigor, continuam fora do controlo pelo Tribunal Constitucional. Faltou prever a comunicação entre o processo de fiscalização concreta e o de fiscalização abstracta, atribuindo competências *ex officio* do Tribunal Constitucional, caso a norma tenha sido declarada inconstitucional em dois ou três casos concretos.

⁵⁰ Assim vide o artigo 179 n. 2 Alínea a1) do Ante-projecto.

Por outro lado a proposta prevê a figura das leis de valor reforçado⁴⁸, sem prever qualquer alteração no procedimento de feitura das leis, sendo que no limite a mesma maioria constitucionalmente exigida para aprovar tanto uma lei de valor reforçado como uma lei “normal”. Também não estabelece que matérias seriam objecto de leis de valor reforçado, pelo que aconselhamos um maior labor doutrinário antes da introdução desta figura.

5. Reforço da dignidade constitucional das autoridades comunitárias

O art. 118 foi substituído pelo art. 145-B que passa a dizer que “as autoridades comunitárias desempenham um papel fundamental no âmbito da organização e do desenvolvimento socioeconómico da comunidade.” “O Estado reconhece e valoriza as autoridades comunitárias.” “são autoridades comunitárias os chefes tradicionais, os secretários de aldeia ou bairro e outros líderes legitimados como tais pelas respectivas comunidades.”

6. Alterações de nomenclatura

Nas alterações de nomenclatura podemos referir, a passagem do Tribunal Supremo, Tribunal Administrativo para Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Administrativo respectivamente. Governador Provincial, Governo Provincial e Administrador distrital para Governador de Província, Governo de Província e Administrador de distrito respectivamente. A referência ao Tribunal Constitucional ao invés de Conselho Constitucional, apesar de significativa também pode aqui ser enquadrada.

7. Direitos Fundamentais

Consideramos que em tempo de revisão, não nos podemos quedar alheios á discussão dos chamados direitos fundamentais⁵¹ e a sua efec-

⁵¹ Para uma análise mais profunda veja-se INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO, *Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governação*, CIEDIMA, Maputo, 2001.

tivação no nosso ordenamento jurídico. Começaremos por descortinar o próprio conceito de Direitos Fundamentais.

Para JORGE BACELAR GOUVEIA⁵² “os direitos fundamentais correspondem às situações jurídicas activas da pessoa integrada no Estado-comunidade, pelas quais se permite o aproveitamento dos bens protegidos, posições constantes do Direito Constitucional, numa formulação que se reparte por três elementos constitutivos:

- Um elemento subjectivo – implicando a subjectivização nas pessoas e não segundo normas organizatórias e objectivas, pessoas essas integradas na comunidade, por contraposição ao Estado-poder, que actua através dos seus agentes e titulares de órgãos;
- Um elemento material – retratando uma vantagem, não uma obrigação ou dever, relacionada com um valor ou um bem que se afigura constitucionalmente protegido;
- Um elemento formal – ancorando essa posição no Direito Constitucional com as características de supremacia e rigidez que definitivamente o individualizam no seio da ordem jurídica.”

Em JORGE MIRANDA⁵³ direitos fundamentais são “direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.*”

VIEIRA DE ANDRADE⁵⁴ realça a “importância do seu radical subjectivo. Os preceitos relativos a direitos fundamentais distinguem-se dos outros por atribuírem posições jurídicas subjectivas (universais e permanentes) a todas ou a certas categorias de indivíduos.”

⁵² GOUVEIA, Jorge Bacelar, *O estado, ob. cit.*, Vol. II, pág. 865.

⁵³ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a edição, Coimbra Editora, Lisboa, 2000, pág. 7

⁵⁴ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998, pág., 84.

Por sua vez SERVULO CORREIA⁵⁵ partindo do conceito de “direito subjectivo de OLIVEIRA ASCENSÃO (assumido no desenvolvimento dos pensamentos de GOMES DA SILVA e DIAS MARQUES): *posição de vantagem resultante da afectação de meios jurídicos aos fins da pessoa individualmente considerada.*” Define Direitos Fundamentais como⁵⁶ “*a posição de vantagem resultante da afectação constitucional de meios jurídicos ao fim da preservação e da valorização da dignidade da pessoa humana individualmente considerada.*”

Antes de avançar com o nosso conceito de Direitos Fundamentais convém realçar que é de fundamental importância a sua definição, pois antes de mais a Constituição contém uma cláusula aberta de Direitos Fundamentais dizendo que “os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis” (art. 42.º da CRM). Cabe pois aos intérpretes e aplicadores buscar a chamada fundamentalidade material, que vai permitir descobrir direitos fundamentais nas leis ordinárias. Como refere GOMES CANOTILHO⁵⁷ “(...) só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos; também fundamentais; mas não constitucionalizados, isto è, direitos materialmente mas não formalmente constitucionais (...) (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente á fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda).”

Para definir os direitos fundamentais partimos do conceito de direito subjectivo de MENEZES CORDEIRO⁵⁸ como “*permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*”. Onde de acordo com o autor ⁵⁹ “*a permissão normativa é, de facto, uma posição jurídica, mais precisamente a posição da pessoa que surge quando se lhe aplique*

⁵⁵ CORREIA, Servúlo, *Direitos Fundamentais Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002, pág. 73.

⁵⁶ CORREIA, Servúlo, *ob. cit.*, pág. 73.

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *ob. cit.*, pág. 379.

⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 2.ª Edição, Livraria Almedina, 2000, pág. 166, onde se pode encontrar, um debate interessantíssimo á volta do conceito de direito subjectivo.

⁵⁹ *Idem*, pág. 169.

uma norma permissiva, ou, de modo lato: é o produto da aplicação de normas permissivas, já que havendo norma há sempre, como destinatárias, pessoas” e “o *aproveitamento de um bem* significa o conteúdo concreto da permissão, isto é, a disponibilidade que, sobre ele, cabe ao titular. Aproveitá-lo equivale retirar, dele, as utilidades que, pela natureza das coisas ou pela imaginação humana, o bem possa proporcionar”.

Partindo deste conceito definimos direitos fundamentais como: *permissão normativa jurídico-constitucional específica de aproveitamento da dignidade da pessoa humana*. Poderíamos incluir a preservação e valorização da dignidade da pessoa humana, mas pensamos estarem já consumidos pela expressão aproveitamento.

A partir deste conceito pensamos ser possível, “buscar” os chamados direitos fundamentais dispersos e direitos fundamentais em sentido material. E não se quer um denominador comum para a dignidade humana, de todos os homens, mas procura-se a dignidade do Homem individualmente considerado, **a cada um caberá o desígnio de aproveitar a sua dignidade**. E essa dignidade evita a consideração do ser humano como mero objecto do agir Estadual. Daí a importância da inserção sistemática⁶⁰ dos direitos fundamentais: ao abrirmos a Constituição antes de saber qual é a organização económica ou política ou social do Estado Moçambicano temos os direitos fundamentais, antes de sabermos qual o nosso sistema de governo ou que poderes tem os órgãos de soberania, temos os direitos fundamentais. Antes da organização do Estado vem o ser humano individual com os seus direitos que esse Estado terá que respeitar.

Como sublinha VIERA DE ANDRADE⁶¹, “a concepção do Homem como ser autónomo, livre e responsável dá conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana como princípio regulativo primário dos

⁶⁰ DE ANDRADE, José Carlos Viera, *ob. cit.*, pág. 100 sobre a inserção sistemática refere que “a ordem de inclusão das matérias não é, de facto, casual, nem desprovida de importância, significando o reconhecimento da autonomia ética do homem individual, cujos direitos são definidos antes e fora do contexto da ordem económica, social e política em que tem necessariamente de ser exercidos (...).

⁶¹ *Idem*, pág. 130.

direitos fundamentais e permite, deste modo, uma aplicação coerente dos preceitos constitucionais respectivos.”

Por direitos, liberdades e garantias entende-se os chamados direitos *negativos* que impõe ao Estado um dever de não interferência, os chamados direitos de primeira geração ou primeira dimensão ou ainda os direitos de liberdade.

Trataremos aqui, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias onde definitivamente consideramos ser importante a palavra do constituinte, no sentido de colocar o homem individual com a sua respectiva dignidade no centro de toda a ordem jurídica, como refere ASSUNÇÃO ESTEVES⁶² “a protecção dos direitos fundamentais depende essencialmente do sistema constitucional em que se inserem. Mas liga-se também a um conjunto de condições económicas, sociais, política e culturais que favorecem a sua realização. Tem a ver com uma determinada concepção do homem, da sociedade e do papel do Estado no reconhecimento dos valores da dignidade e da autonomia da pessoa.”

Ou como refere VIERA DE ANDRADE “a garantia principal dos direitos fundamentais resulta deles próprios, do seu enraizamento na consciência histórico-cultural da humanidade e da sua tradução estrutural em cada sociedade concreta⁶³.” Portanto mais do que alargar o catálogo dos direitos fundamentais necessário é enraizar os direitos fundamentais na consciência do povo, contudo não deixaremos, propor melhorias ao sistema já existente.

O art. 56.º sob a epígrafe princípios gerais diz no seu n.º 1 que “os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado, e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis” a fórmula ao que tudo indica provém do art. 18.º da Constituição Portuguesa que estabelece que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

⁶² ESTEVES, Maria da Assunção, *A constitucionalização do Direito de Resistência*, AAFDL, Lisboa, 1989, pág., 157.

⁶³ DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *ob. cit.*, pág., 313.

Realmente não se percebe o porquê desta posição do legislador constituinte, ao proteger só os DLG'S individuais: talvez quisesse reforçar que doutrinalmente não vê os direitos colectivos como verdadeiros direitos liberdades e garantias, seguindo a posição de VIERA DE ANDRADE ⁶⁴ para quem direitos como o direito de antena e os referentes aos meios públicos de comunicação, não são verdadeiros direitos fundamentais pois “nenhum destes preceitos consagra posições jurídicas subjectivas individuais, nem se destina a garanti-las, nem mesmo se refere imediatamente a uma ideia de Homem e á sua dignidade: estabelecem normas de organização política ou, quando muito, definem faculdades e competências de certas entidades no quadro de opções organizatórias.”

Contrariamente o Prof. JORGE MIRANDA⁶⁵ divisa nesses direitos um radical subjectivo e um sentido último de protecção da pessoa. Quanto ao nosso legislador constituinte se quis tomar partido nesta “contenda” agiu mal duas vezes, pois se fala em direitos e liberdades individuais admite *a contrario sensu* os direitos e liberdades colectivos, por outro lado a interpretação deve ser deixada aos intérpretes, não é tarefa do legislador. Se essa individualidade é importante, porque não elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana ⁶⁶ expressamente como princípio fundamental da República?

Com a utilização da expressão “individual” o legislador constituinte afasta a aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias á liberdade de imprensa, art. 46.º que estabelece que “a liberdade de imprensa compreende nomeadamente, a liberdade de imprensa, art. 46.º que estabelece que “a liberdade de imprensa compreende nomeadamente, a liberdade de expressão e de criação dos jornalistas, o acesso às fontes de informação, a protecção da independência e do sigilo profissional e o direito de criar jornais, publicações e outros meios de difusão.” Afasta também a aplicação do regime ao direito de antena, de resposta e de réplica política, art. 49.º que diz que “os partidos

⁶⁴ *Idem*, pág. 89.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge, Manual. cit, Tomo IV, pág. 81.

⁶⁶ Assim, GDI, INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Proposta de revisão constitucional para boa governação*, CIEDIMA, Maputo, 2011, pág. 215.

políticos têm o direito a tempos de antena nos serviços públicos de radiodifusão e televisão, de acordo com a sua representatividade e segundo critérios fixados na lei.” Os direitos das organizações sociais art. 78.º também não gozam da protecção constitucional do art. 56.º

O Conselho Constitucional no seu acórdão 3/CC/2011 refere que “o direito de recorrer aos tribunais, porque inserido no capítulo III do Título III da Constituição, integra, inequivocamente, a categoria de “direitos, liberdades e garantias individuais” e consequentemente, sujeita-se ao regime específico estabelecido no artigo 56 da Constituição, do qual importa destacar os seguintes princípios: (i) aplicabilidade directa dos preceitos consagradores dos direitos, liberdades e garantias; (ii) vinculatividade das entidades públicas e privadas; (iii) proibição do excesso, implícita no imperativo de se justificar a limitação daqueles direitos apenas com base na necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (iv) reserva de lei formal para limitação do exercício dos mesmos direitos; e (v) exigência de autorização constitucional expressa para a sua limitação através de lei.”

Não podemos deixar de tecer alguns comentários a esta passagem do acórdão. Apesar da epígrafe do art. 56.º fazer referência aos direitos, liberdades e garantias individuais, o número 1 do art.º só faz referência aos direitos e liberdades individuais, se o Conselho Constitucional faz interpretação extensiva é preciso explicitar que o legislador constituinte disse menos do que aquilo que pretendia dizer, pois no número 3 do mesmo art.º já faz referência às garantias, será legítimo interpretarmos o artigo no sentido de “esquecimento” do legislador constituinte? Não nos podemos esquecer que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Do Conselho Constitucional parece decorrer que a inserção no capítulo III do título III é *conditio sine qua non* para que estejamos perante direitos e liberdades individuais. A utilização da expressão “inequivocamente” não poderia a nosso ver, ter sido menos infeliz, pois aponta-nos para a necessidade urgente da arrumação sistemática dos direitos fundamentais, conforme veremos *infra*.

Por outro lado o acórdão faz alusão á “aplicabilidade directa dos preceitos consagradores dos direitos, liberdades e garantias”, utilizando a expressão que é quase semelhante ao utilizado pela Constituição Portuguesa que fala dos “preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias”. Ora a constituição Moçambicana só faz referência aos direitos e liberdades individuais. Não se trata de um preciosismo linguístico, caso o Conselho Constitucional interprete desta forma o artigo não o pode deixar implícito, além do mais *jura novit cúria*.

A próxima revisão da Constituição não poderá a nosso ver deixar de alterar o art. 56.º n.º 1 passando a estipular: “os direitos liberdades e garantias são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado, e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis”. Com a expressão garantias estendemos o regime material dos direitos, liberdades e garantias por exemplo às garantias do direito vida nomeadamente a proibição de extradição por crimes a que corresponda na Lei do Estado requisitante pena de morte ou prisão perpétua, art. 67.º n.º 3.

No que concerne ao princípio da proporcionalidade IAGD defende que o n.º do art.º 56.º “está longe de traduzir a tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade limitando-se á mera adequação da restrição ao fim almejado (preterição de um direito ou interesse em benefício de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido). Ora, o princípio da proporcionalidade deve ser entendido no seu sentido lato, ou seja na sua tríplice dimensão da adequação (idoneidade), necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade *stricto sensu* (razoabilidade).⁶⁷

Na restrição dos direitos, liberdades e garantias ao legislador ordinário se exige o exercício de: primeiro seleccionar de entre as medidas possíveis, aquelas que forem idóneas a atingir o fim pretendido, uma medida é adequada quando se apresente idónea para alcançar

⁶⁷ Assim o artigo passaria a estipular que “ a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário, proporcional e razoável para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Proposta.*, cit. pág. 285.

o fim pretendido; segundo de entre as medidas idóneas o legislador deve optar por aquelas, que se considerem menos lesivas aos direitos, liberdades e garantias, assim a medida só é necessária se de entre as que forem idóneas para alcançar os fins pretendidos, for aquela que é menos prejudicial aos direitos, liberdades e garantias; por fim é racional (proporcionalidade *stricto sensu*) se de entre os efeitos pretendidos, for aquela que numa análise de custo benefício, for aquela que se apresente mais equilibrada.

No que concerne ao princípio da reserva de lei formal GOMES CANOTILHO⁶⁸ refere que “os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos por *lei*. Articulado o art. 18.º/2 com outros preceitos da Constituição (arts. 162.º/2, 164.º e 165.º) (normas sobre a competência legislativa da Assembleia da República), a exigência da forma de lei para a restrição de direitos, liberdades e garantias (art.º 165.º/1-c) reafirma a ideia do Parlamento como órgão “amigo” das liberdades, e da “reserva de lei do Parlamento” como instrumento privilegiado da defesa dos direitos, mesmo quando está em causa a própria restrição desses direitos.” Contudo não podendo em Moçambique o Governo legislar sem autorização da Assembleia da República, as soluções nos dois ordenamentos acabam por ser iguais, com a ressalva de, se a próxima revisão da Constituição criar um campo onde o Governo possa legislar sem autorização, acabará por levar consigo a possibilidade de legislar sobre os direitos, liberdades e garantias, caso esta não conste do rol das competências exclusivas da Assembleia da República.

Diz o art. 56.º, n.º 3, que “a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição.” GOMES CANOTILHO⁶⁹ diz que “esta **autorização de restrição** expressa tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias visa criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, *ob. cit.*, pág. 453, sublinhado nosso.

⁶⁹ *Idem*, pág. 452.

de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva.”⁷⁰

A nossa Constituição curiosamente não faz qualquer referência, no regime dos direitos, ao respeito pelo núcleo essencial dos direitos. Contudo, no Acórdão 3/CC/2011 o CC referiu-se ao conteúdo essencial, nos seguintes termos: “As limitações legais dos direitos, liberdades e garantias carecem, em princípio, de autorização expressa da Constituição (artigo 56, n.º 3, da Constituição), e a “lei restritiva [...] pressupõe a prefiguração constitucional da necessidade de sacrificar o conteúdo protegido de um direito, seja por se considerar este direito [...] como potencialmente «agressivo», realmente, a outro direito, potencialmente «vítima» (pois seria prejudicado pelo exercício não limitado daquele), seja para assegurar um valor comunitário, cuja realização efectiva exige «forçosamente» aquela limitação” Com efeito, **essas limitações atingem o conteúdo juridicamente protegido do direito-garantia de acesso aos tribunais**, sem qualquer autorização constitucional expressa, e nem podem ser consideradas como “limites imanentes” ou decorrentes do próprio direito de recorrer aos tribunais. Doutro prisma, não se vislumbra, *in caso sub judice*, qualquer conflito entre o direito de

⁷⁰ Sobre o conceito de Lei referido pelo art. 56 n. 3, e principio da reserva formal pronunciou-se o Conselho Constitucional, no Acórdão 4/CC/2012 de 5 de Setembro, dizendo que: “A parte final do artigo 80 do Estatuto do Polícia consagra uma excepção quando enuncia...sem prejuízo das restrições previstas por lei». Situando-se esta excepção no domínio dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, ela deve conformar-se com o disposto no n.º 3 do artigo 56 da Constituição, segundo o qual «a lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previstos na Constituição». Neste preceito constitucional o termo lei tem, necessariamente, o significado estrito de acto legislativo emanado da Assembleia da República, de harmonia com o disposto nos artigos 143, n.ºs 1 e 2, e 182, 1ª parte, da Constituição.” Esta interpretação, tornaria inconstitucional toda e qualquer legislação restritiva dos direitos, liberdades e garantias que tivesse sido feita por Decreto-lei, ainda que com a autorização da Assembleia da Republica. Por outro lado desconsidera por completo as normas relativas a atribuição de competência legislativa da Assembleia da Republica, nomeadamente o art.º 179.º n.º 2 e 3. A titulo de exemplo as normas restritivas constantes do Código da Estrada ou o Regime geral das Infrações tributarias seriam inconstitucionais, por restringirem direitos, liberdades e garantias por via de Decreto-lei.

recorrer aos tribunais e outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição, cuja salvaguarda imponha a intervenção do legislador ordinário no sentido delimitar o exercício do primeiro direito. Parafraseando Vieira de Andrade (já citado) podemos afirmar que não está devidamente justificada, neste caso, a necessidade de sacrificar o conteúdo juridicamente protegido do direito-garantia de recorrer aos tribunais, porque este não se apresenta como potencialmente «agressivo», realmente, a outro direito potencialmente «vítima», que seria prejudicado pelo exercício não limitado daquele, assim como não se mostra justificada a necessidade de assegurar um valor comunitário, cuja realização efectiva exija «forçosamente» as limitações ora impostas pelo artigo 184 da Lei do Trabalho⁷¹.

Face a doutrina expandida no Acórdão consideramos ser muito importante que o legislador Constituinte, insira no regime expressamente a obrigação da limitação respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Conclusão

Da análise pudemos denotar que apesar dos avanços trazidos pelo Ante-projecto de revisão da Constituição, continuam a existir zonas de incerteza no que concerne ao rumo interpretativo que se seguirá na aplicação da Constituição, relativamente a matérias cruciais como os direitos, liberdades e garantias (em particular os DLG's dos trabalhadores) e relativamente ao regime procedimental a ser seguido para se proceder a uma revisão complexa, varias duvidas se colocam pelo

⁷¹ Curiosamente apesar de constitucionalmente, não estar expressamente consagrado o princípio do respeito pelo núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, a legislação ordinária, nomeadamente o art. 125.º n.º 2 alínea c) da Lei n.º 2/2006 de 22 de Março (Lei do Ordenamento Jurídico Tributário) diz que são nulos os actos tributários que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental. Também a Lei n.º 14/2011 de 10 de Agosto (Lei do Procedimento Administrativo) diz que são nulos os actos administrativos que ofendam o conteúdo essencial de um direito fundamental (art. 129.º n.º 2 alínea e). As duas disposições fazem referência aos direitos fundamentais e não aos direitos, liberdades e garantias, numa fórmula mais ampla incluindo os direitos, económicos, sociais e culturais.

facto de o legislador Constituinte não ter pensado nas implicações da obrigatoriedade do referendo. Assim sendo e com vista a atingir o desenvolvimento através da consolidação jurídico-constitucional dos direitos liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais propomos, além daquelas que foram sendo inumeradas ao longo do texto:

- Melhorar a arrumação sistemática dos direitos liberdades e garantias, criando um capítulo reservado aos Direitos, Liberdades e Garantias dos Trabalhadores: exs. Art. 84/2, 85.º n.º 1.º, 86.º n.º 1 87.º n.º 1. Mantendo-se a arrumação sistemática, deverá acrescentar-se um artigo, que permita a aplicação do Regime dos direitos liberdades e garantias individuais aos direitos de natureza análoga.
- O art. 66.º números 1, 2, 3 e 4 da LOCC que trata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade em sede de fiscalização abstracta sucessiva deve ser constitucionalizado, pois não faz sentido deixar “nas mãos” do legislador ordinário a regulação dos efeitos das decisões do Tribunal Constitucional.

E no âmbito da fiscalização concreta, deverá ser acrescentado um artigo com a epígrafe “efeitos da decisão no caso concreto” com a seguinte redacção: 1. Na apreciação a que refere o art. 247.º a decisão do Tribunal Constitucional tem os seguintes efeitos:

- a) Se o Tribunal Constitucional der provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixam ao tribunal de onde provieram, para reformar a decisão em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade;
- b) No caso de o juízo de constitucionalidade sobre a norma a que a decisão recorrida tiver recusado a aplicação se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação no processo em causa;
- c) Faz caso julgado no processo quanto á questão da inconstitucionalidade suscitada.

- d) Caso a norma tenha sido declarada inconstitucional em dois casos concretos, a mesma será apreciada oficiosamente pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstracta.

Deverá ser acrescentado a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, para obrigar os órgãos competentes a emanar as normas, que a Constituição obriga. Contudo apesar de negar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o Conselho Constitucional não se tem imiscuído da tarefa de alertar os órgãos legislativos sobre a necessidade de actualização da legislação. Assim no acórdão 4/CC/2012 de 5 de Setembro disse o Conselho Constitucional que “Finalmente, na esteira da questão prévia discutida, o Conselho Constitucional entende que as alterações constitucionais que têm ocorrido no País, sobretudo a partir de 1990, exigem dos órgãos do Estado para o efeito competentes, um esforço de actualização permanente dos actos normativos infra-constitucionais, por forma a compatibilizá-los com os valores e princípios da ordem constitucional vigente em cada momento.” Também no acordo 04/CC/2013 de 17 de Setembro disse que “Assente que a duração da prisão preventiva poder ir até à decisão final em última instância, e tendo em conta que, em relação aos processos de querela, nem o CPP nem qualquer outra lei processual penal fixa o prazo dentro do qual a decisão final em primeira instância deve ser proferida, conclui-se que na espécie de processos em causa a duração da prisão preventiva com culpa formada não se acha definida e, nestes termos, a norma constante do § 3.º do artigo 308.º do CPP viola a norma que resulta da interpretação conjugada do disposto no n.º 1 do artigo 64, *in fine*, e no n.º 1 do artigo 61, nos termos da qual a lei não deve fixar prazos de prisão preventiva de duração indefinida.

Além disso, a omissão da definição legal do prazo do julgamento nos processos de querela não se conforma com o princípio do direito de acesso à justiça, na vertente em que esse princípio reconhece o direito de o cidadão obter uma decisão judicial dentro de um prazo razoável, conforme previsto na alínea d) do artigo 7 da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos ratificada pela Assembleia da República através da Resolução n.º 9/98, de 25 de Agosto, instrumento de harmonia com o qual devem ser interpretados e integrados

os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais, por força do disposto no artigo 43 da Constituição.

BIBLIOGRAFIA

1. Legislação e Jurisprudência

REPÚBLICA DE ANGOLA, *Constituição da República de Angola*, Diário da República I.^a Série, n.º 23 de 5 de Fevereiro de 2010.

REPÚBLICA DE CABO VERDE, *Constituição da República*, Boletim Oficial – Suplemento, I.^a Série n.º 17 de 3 de Maio de 2010 (rectificado pelo Boletim Oficial, I.^a Série, n.º 28 de 26 de Julho de 2010).

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique*, *Imprensa Nacional de Moçambique*, Maputo, 2004.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Assembleia da República, Ante-projecto de Revisão da Constituição*, 1998.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Assembleia da República, Ante-projecto de Revisão da Constituição*, 2013.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Conselho Constitucional, Deliberações e Acórdãos do Conselho Constitucional*, Vol. I, CFJJ, Maputo, 2007.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Conselho Constitucional, Acórdãos e Deliberações do Conselho Constitucional*, Vol. III, 1.^a Edição, CFJJ, Maputo, 2009

2. Doutrina

CANAS, Vitalino, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2.^a Edição, rev., AAFDL, Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2003.

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 2.^a Edição, Livraria Almedina, 2000.

CORREIA, Servúlo, *Direitos Fundamentais Sumários*, AAFDL, Lisboa, 2002.

DE ANDRADE, José Carlos Vieira, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 1998.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Reflexões sobre a próxima revisão da Constituição Moçambicana de 1990*, Minerva Central, Maputo, 1999.

- , *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1998.
- , *O Estado de Excepção Constitucional no Direito Constitucional: entre a eficiência e a normatividade das estruturas de defesa extraordinária da Constituição*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1998.
- , *As Constituições dos Estados Lusófonos*, Notícias Editorial, 2.^a Edição revista, Lisboa, 2000.
- INSTITUTO DE APOIO À GOVERNAÇÃO E DESENVOLVIMENTO, *Proposta de revisão constitucional para boa governação*, CIEDIMA, Maputo, 2011.
- KOSTA, Emílio Kafft, *O Constitucionalismo Guineense e os limites Materiais de Revisão*, AAFDL, Lisboa, 1997.
- MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, WoltersKluwer e Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- , *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- , *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- , *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002,
- SEN, Amartya, *Development as freedom*, Oxford University Press, 2001.

Os Poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo Angolano¹

The Powers of the Prosecutor (Department of Justice) in the Angolan Administrative Contentious

JOSÉ EDUARDO SAMBO²

Sumário: O presente texto realiza um périplo e uma despretensiosa reflexão em torno dos poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo angolano.

A amplitude dos poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo constitui, não só uma questão fulcral, mas também um factor determinante para a aferição da natureza preponderantemente objectivista ou subjectivista do sistema.

Por esta razão, consideramos o presente estudo tão oportuno quanto profícuo, uma vez que permite, não só um enquadramento da justiça administrativa angolana, mas também uma reflexão sobre a eventual necessidade de ajustamento desta aos modelos mais garantísticos dos direitos fundamentais.

Com vista a realizar o enquadramento da matéria, iniciamos por um breve afloramento às origens e ao contexto do surgimento do contencioso administrativo na Inglaterra e na França e passamos em revista os mais importantes actos emergentes das funções do Ministério Público.

Analizamos a legitimidade, a desistência, a competência, a representação, as notificações, os recursos de decisões administrativas e de acórdãos, as vistas, o julgamento, a execução e as custas judiciais.

Palavras chave: *Contencioso Administrativo; Ministério Público; Natureza objectivista; Direito Angolano*

Abstract: This paper provides a tour and an unassuming reflection on the powers of the Prosecutor (Department of Justice) in the Angolan Administrative Contentious.

¹ Entregue: 23.3.2014; aprovado: 5.7.2014.

² Doutorando em Direito da NOVA Direito e da Universidade Agostinho Neto.

The breadth of the powers of the Prosecutor (Department of Justice) in Administrative Contentious is not only a key issue, but also a determinant factor for accessing the nature of the system as predominantly objectivist or subjectivist.

For this reason, we consider this study as opportune, as fulfilling, as it allows not only a framework of Angola's administrative justice, but also a reflection on the possible need to adjust it to the models that better ensure the performance of the fundamental rights.

In order to perform the classification of the subject, we began with a brief outcrop to the origins and context of the beginning of the administrative contentious in England and France, and we review the most important rising acts of the functions of the Prosecutor (Department of Justice).

We analyzed the legitimation, waiver, jurisdiction, attorneyship, notice, appeals of administrative decisions and trial, examination, judgment, execution and court costs.

Key words: Administrative Contentious; Prosecutors; Objectivist Nature; Angolan Law

Introdução

O objectivo fundamental do presente trabalho é o de realizar uma reflexão em torno dos poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo angolano.

O Ministério Público assegura a legalidade no âmbito da função jurisdicional. Todavia, em cada uma das jurisdições ele apresenta formas específicas de intervenção.

A amplitude dos poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo constitui, não só uma questão fulcral, mas também um factor determinante para a aferição da natureza preponderantemente objectivista ou subjectivista do sistema.

Por esta razão, consideramos o presente estudo tão oportuno quanto profícuo, uma vez que permitirá, não só um enquadramento da justiça administrativa angolana, mas também uma reflexão sobre a eventual necessidade de ajustamento desta aos modelos mais garantísticos dos direitos fundamentais.

Com vista a realizar o enquadramento da matéria, começamos por um breve afloramento às origens e ao contexto do surgimento

do contencioso administrativo, pelo que realizamos um périplo pela França e pela Inglaterra.

Tendo em atenção a necessidade de conferir uma maior precisão aos conceitos, ponderamos sobre a origem e a pertinência da expressão “contencioso administrativo” e sobre as premissas necessárias para o surgimento de um sistema de justiça administrativa.

Com vista a melhor entender a evolução do Ministério Público no contexto da sua morfogénese³, fizemos uma incursão até às suas origens no contencioso administrativo francês, numa altura em que a designação que lhe estava reservada era a de “Comissário do Governo”.

Ao longo do presente relatório, fizemos recurso, algumas vezes, à figura do Ministério Público no processo penal com vista a estabelecer os paralelos que reputamos úteis para uma melhor compreensão das suas peculiaridades no contexto do Contencioso Administrativo.

Após o necessário enquadramento, passamos em revista as mais importantes vertentes das funções do Ministério Público no âmbito do Contencioso Administrativo. Analisamos a legitimidade, a desistência, a competência, a representação, as notificações, os recursos de decisões administrativas e de acórdãos, as vistas, o julgamento, a execução e as custas judiciais.

Para o efeito, socorremo-nos da bibliografia que nos foi recomendada, bem como da legislação angolana e de outros países e apoiamo-nos substancialmente nas aulas que nos foram ministradas pelos Professores Doutores João Caupers e Mário Aroso de Almeida na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto em Luanda.

1. O Contencioso Administrativo

a. A Origem e o Contexto

Muitas sociedades não associam o seu aperfeiçoamento com a problemática da protecção dos direitos. A figura do sujeito de direito, como indivíduo a quem assistem direitos, existe apenas desde o século XVIII.

³ Morfogénese é a evolução de um ser em busca da sua forma definitiva.

Existem concepções que analisam os direitos como uma afirmação exclusivamente colectiva e não como uma posição individualmente defensável.

A primeira alusão ao termo “contencioso administrativo” remonta ao século XIX, em França, no período de Napoleão Bonaparte. Sob o ponto de vista do direito administrativo, tratava-se de uma técnica de limitação do poder do Estado, num cenário em que o poder estava extremamente influenciado pela teoria da separação de poderes de *Montesquieu*⁴.

Importa recordar que a Europa encontrava-se, nessa altura, fortemente influenciada pela teoria da divisão dos poderes. Seriam poderes divididos na versão francesa de *Mostesquieu* ou na perspectiva inglesa (como na Constituição Americana) sob a influência de John Locke⁵.

Assim, na lógica de *Mostesquieu*, a aprovação das Leis estava cometida ao Parlamento⁶. O Poder Executivo (administrativo) ou se traduzia numa Monarquia ou numa República⁷. Sendo uma Monarquia, a administração estava cometida ao Rei que tinha uma sucessão hereditária e sendo uma República, incumbia ao Presidente. No que concerne ao Poder Judicial, este estava cometido aos juízes.

Estávamos face a um cenário, no qual uns faziam as leis, outros tomavam as decisões e os últimos confrontavam as aludidas decisões com as leis para as validar ou não. Todas estas funções tinham que ser absolutamente independentes e tituladas por órgãos diferentes.

⁴ *Charles-Louis de Secondat*, Barão de *La Brède et de Montesquieu*; (18/01/1689-10/02/1755), conhecido simplesmente como *Montesquieu*, foi um comentarista social francês e pensador político que viveu durante o Iluminismo. Famoso pela sua articulação da teoria da separação de poderes, tomadas e implementadas em muitas constituições em todo o Mundo.

⁵ John Locke (Wringtown, 29 de Agosto de 1632 – Harlow, 28 de Outubro de 1704) foi um filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social.

⁶ A expressão “Parlamento”, aplicada a um órgão legislativo não era utilizada em França, mas nos países anglo-saxónicos. *Parlement* em França era um tribunal de 2ª Instância a que nós designamos de Relação. Em Portugal e Espanha usava-se a expressão Corte. O termo Parlamento era usado apenas em Inglaterra, mas foi esta designação que foi adoptada para designar o órgão legislativo.

⁷ No século XIX, só emergiram duas Repúblicas: a Suíça e os Estados Unidos da América.

No que concerne à legitimação do poder judicial, os anglo-saxónicos sempre defenderam que os juízes deveriam ser eleitos. Os franceses, paradoxalmente, sempre sustentaram uma determinada ideia de senso de justiça, no sentido de que, nos tribunais, os juízes não precisavam de ser eleitos, uma vez que o problema não radicava na eleição, mas sim na garantia da independência, através da inamovibilidade e da não interferência nas decisões judiciais. Assim, bastaria que os juízes fossem independentes face às demais estruturas, para que se mostrasse garantida a autonomia da função jurisdicional.

Foi esta concepção que prevaleceu em toda a Europa Continental e que se disseminou pelo Mundo inteiro ⁽⁸⁾.

b. O Contencioso Administrativo na Inglaterra e em França

Historicamente, o sistema de Justiça Administrativa nasceu em França no princípio do século XIX, a seguir à Revolução, mas o certo é que já existia justiça sobre a administração (não administrativa) na Inglaterra a partir de 1688 com a aprovação da *Bill of Rights*⁹.

A partir dessa altura, foi implantado na Inglaterra um sistema de garantias dos cidadãos ingleses contra a coroa.

Nesta esteira, encontramos neste país uma forte tradição de unidade de jurisdição, o que significa que todos os conflitos eram julgados nos mesmos tribunais.

Em 1688, com a aprovação da “*Bill of Rights*”, nasceu na Inglaterra um Estado de Direito, cem anos antes da Revolução Francesa.

Na Inglaterra, todos os conflitos eram julgados nos mesmos Tribunais.

⁸ Importa recordar que a totalidade do continente europeu estava sob influência da França, porque toda a Europa foi ocupada pelos franceses. Esta ocupação militar transportou as convicções ideológicas francesas, tais como o liberalismo político, a racionalidade administrativa, a organização do Estado, uma concepção igualitária dos cidadãos e uma determinada ideia de Justiça.

⁹ A *Bill of Rights* ou Declaração de Direitos foi aprovada pelo Parlamento em 16 de Dezembro de 1689. Estabelece limites para os poderes do soberano e estabelece os direitos do Parlamento e as regras para a liberdade de expressão no Parlamento, a exigência de eleições regulares ao Parlamento e o direito de petição ao monarca sem receio de represálias.

Importa recordar que a Inglaterra da altura foi o único País completamente conquistado, tendo sofrido uma rotura constitucional no século XI. Os Normandos derrubaram o último Rei saxão e ocuparam a Inglaterra.

Os Normandos, embora escandinavos, falavam francês e impuseram o Direito Romano, ao contrário dos saxónicos que eram germânicos e falavam uma língua bárbara que era o inglês.

Afirma-se que esta coexistência proporcionou o surgimento do primeiro exemplo de *apartheid* conhecido na história. Isto devido ao facto de se tratar de dois grupos sociais, um dominante e outro dominado, sendo o dominante minoritário. Não apresentavam qualquer intercepção: tinham culturas diferentes, línguas diferentes, direito diferente e os dominados gozavam da prerrogativa de ser julgados nos seus próprios tribunais.

A expressão “*Comum Law*”, direito comum dos povos, corresponde ao direito que os ingleses impuseram, através da Magna Carta, aos invasores normandos, isto é, a João Sem Terra. Posteriormente, ficaram todos sujeitos aos mesmos tribunais.

A Inglaterra tem uma vetusta e multiseccular tradição de unidade de jurisdição.

Assim, quando se levantou a questão da competência para o controlo dos actos administrativos, esta ficou, pura e simplesmente, cometida aos mesmos tribunais. Não será ocioso afirmar que esta solução faz carreira até ao presente momento.

Os conflitos emergentes das relações entre a Coroa e os cidadãos são julgados pelas “*Courts of Law*”.

Esta solução já fazia, obviamente, carreira na Inglaterra ao tempo da Revolução Francesa. Todavia, em França, a questão não era resolvida com a mesma fórmula.

O Estado em França funcionava como uma federação de privilégios e de exclusivos nas relações sociais entre pessoas. Tratava-se de um Estado muito complexo e construído por sucessivos acrescentos à monarquia francesa: o rei de França era também o Conde de Bolonha. Os nobres auferiam de diversos títulos, chegando a acumular títulos que lhes davam estatutos diferentes, em diferentes partes do território. A revolução acabou pondo termo a estas acumulações. A Constituição

pugnou por conferir igualdade a todas as pessoas, considerando-as *citoyens*.

As revoluções processaram de forma diversa nos diferentes países. Nuns, as mudanças foram mais radicais do que noutros. Entretanto, foi característica comum a todos eles, a lentidão com que o direito se foi modificando.

Em França, diferente do que ocorreu na Inglaterra, como a rotura foi muito radical, se se optasse pela solução inglesa de controlo dos actos de administração, os juízes fariam um controlo desfasado, porque eram aristocratas oriundos do regime anterior.

Foi elaborada uma teoria segundo a qual, os tribunais instituídos só poderiam julgar conflitos entre entidades com o mesmo estatuto e nunca diferendos entre a administração e os cidadãos. Haveria que se criar órgãos administrativos que funcionassem como tribunais, para o controlo dos actos de administração.

O primeiro destes órgãos que foi criado não se designou de tribunal, mas sim de conselho de estado o qual integrava uma secção contenciosa. Tratava-se de um órgão para julgar os conflitos entre os Ministros e os cidadãos. O conselho de estado teria assim duas funções diferentes: Julgar os conflitos entre a administração e os cidadãos e aconselhar o governo.

A parte referente à solução de conflitos não se poderia denominar de justiça ou jurisdição, sendo que, etimologicamente, estas expressões provêm do latim: *jus* significa direito. Estes órgãos não estavam vocacionados a aplicar o direito, mas sim a resolver litígios.

Numa primeira fase, estes órgãos não pronunciavam sentenças, mas emitiam pareceres que eram dirigidos ao Ministro que tinha praticado o acto (irregular). Se este pretendesse revogar o acto, promulgava-o no sentido do parecer do Conselho de Estado. Com esta solução, evitava-se a ideia de ingerência nas funções da administração.

Entretanto, foi adoptada a expressão “*contentieux*» (contencioso) que advém de contenda e que ficou atribuída ao órgão que tem por função resolver os conflitos.

Designou-se então de contencioso administrativo, porque, “*juger l’administration c’est encore administrer.*” De facto, aquela actividade não se inscrevia na função judicial, mas sim na administrativa. Estes magistrados tinham outra natureza.

Assim, nasceu o princípio da dualidade de jurisdição: a comum e a administrativa.

Em Portugal, também se utilizou a expressão “contencioso administrativo” até há alguns anos atrás. Apenas em 2002, se começou a utilizar a expressão “justiça administrativa”.

Enquanto a Constituição angolana admite o surgimento da jurisdição administrativa, a portuguesa impõe a criação de tribunais administrativos, o que corresponde a uma dualidade de jurisdições¹⁰.

c. A Origem da Expressão “Contencioso Administrativo”

Não existe hoje nenhuma razão que justifique a utilização da expressão “contencioso administrativo”, porém não encontramos motivos para contestar a sua utilização.

O contencioso é uma designação histórica.

Actualmente, em quase todos os países, a jurisdição administrativa é justiça. Em França, ainda hoje, se designa contencioso administrativo porque essa área do Conselho de Estado não é considerada tribunal, embora os seus titulares sejam considerados juízes.

Em Portugal, há quarenta anos atrás, por consequência da Constituição de 1933, no topo da jurisdição administrativa encontrava-se o Supremo Tribunal Administrativo que não se pautava pelas regras dos outros tribunais. Os magistrados não tinham o mesmo estatuto e eram nomeados pelo governo.

Efectivamente, o contencioso administrativo tinha pouco ou nada a ver com a justiça, pelo que não se aplicavam, em muitos casos, as mesmas regras processuais. Nessa altura, a utilização do termo “contencioso” tinha um contexto dogmático que agora já não se justifica.

¹⁰ O n.º 3 do Art. 176.º da Constituição angolana estatui que “Pode ser criada uma jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira autónoma, encabeçada por um Tribunal Superior. A Constituição Portuguesa estabelece no seu n.º 1 do Art.º209.º que “Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais: a) O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais judiciais de primeira e de segunda instância; b) O Supremo Tribunal Administrativo e os demais tribunais administrativos e fiscais; c) O Tribunal de Contas”.

Todavia, julgamos pertinente transcrever a opinião do Prof. Sérvulo Correia, sobre a evolução da justiça administrativa nos diversos países. “A contemplação do tempo decorrido permite concluir sem esforço que o contencioso administrativo se tem caracterizado pela constante dinâmica evolutiva e pela tendência de ganhar alguns contornos próprios em cada uma dessas ordens jurídicas nacionais que o acolheram. Mas também parece evidente que, não obstante todas as mudanças, o contencioso administrativo continua a representar, em todo o lado onde existe, aquilo que de essencial o marcou logo no primeiro momento. Desde sempre, preencheu uma necessidade que se mantém actual: a conjugação da tutela jurisdicional das posições individuais em face da Administração Pública com o respeito das competências administrativas pelo juiz.”¹¹

d. As Condições de Existência do Sistema de Justiça Administrativa

1. Separação de Poderes

Não existe sistema de justiça administrativa em países que não conheçam o princípio da separação de poderes. A título de exemplo, importa referir que nos países fundamentalistas islâmicos não existe separação de poderes.

2. Poder Administrativo Limitado

É necessário que a sociedade aceite que o poder administrativo tem limitações. Existem sociedades que têm dificuldade em lidar com este conceito.

3. Existência de Estado de Direito

Sem o conceito de Estado de Direito, *Rechtstaat*, não é possível desenvolver-se a justiça administrativa. É importante nutrir a convic-

¹¹ Professor Doutor Sérvulo Correia, Obra, Modernização do Contencioso Administrativo, Conferência sobre Contencioso Administrativo, na Cidade da Praia em Cabo Verde no dia 6.

ção de que qualquer comportamento jurídico-político é susceptível de aferição pelos cidadãos.

Os cidadãos têm mecanismos para se pronunciar sobre os comportamentos dos titulares do poder. Estes mecanismos estão previstos pelo direito e procuram assegurar o respeito pelos direitos fundamentais.

Quando uma sociedade se assume como Estado de Direito, não clama apenas pela constitucionalidade das leis e pela legalidade dos actos administrativos, mas também para que qualquer cidadão se possa pronunciar sobre a validade das normas.

Existe um pequeno espaço na esfera jurídica de cada um de nós, no qual radica o direito de não aceitarmos determinada lei do Estado.

Neste espaço, estão as nossas convicções sobre a liberdade das pessoas, sobre a protecção das minorias, sobre a dignidade da vida humana. É neste contexto que podemos eventualmente discordar com determinada legislação, tal como a da eutanásia, do aborto, etc.

Efectivamente, o Estado de Direito só existe, quando o direito dispõe de mecanismos destinados a servir de escape às convicções individuais. Temos o exemplo dos objectores de consciência que se recusam a cumprir o serviço militar. São exemplos de objecção de consciência, aqueles casos em que a lei afirma uma obrigação geral e apresenta uma excepção para aqueles que tenham uma legítima convicção contrária.

Encontramos o exemplo de objector de consciência naquele indivíduo que não cumpre serviço militar porque não pode empunhar armas, ou naquele médico obstetra que se recusa a fazer interrupções de gravidez.

Isto não é um mecanismo de validação ou afirmação individualista, mas sim o refúgio último da nossa dignidade.

Se uma sociedade não admite esse escape, não é um Estado de Direito.

2. O Ministério Público Nas Jurisdições Administrativas

a. Origem e Contexto

Como afirmamos anteriormente, a rigorosa observância da teoria da separação dos poderes na versão de *Montesquieu*, conduziu a que a

França optasse em 1790, por uma versão que não permitia o controlo da actividade administrativa pelos órgãos judiciais.

Esta solução encontrava-se plasmada na lei que estabelecia que as “funções jurisdicionais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer forma, as operações do corpo administrativo, nem citar perante si os administradores em razão das suas funções.” Lei de 16-24 de Agosto de 1790, Título 2, Art. 13.º.

Recordemo-nos que nessa altura o controlo dos actos administrativos estava cometido a uma secção de conflitos que integrava o Conselho de Estado.

O Chefe de Estado, nestes processos, intervinha em última instância, após parecer do Conselho de Estado.

Em 1948, a secção de conflitos do Conselho de Estado conquista a sua independência e passa a tomar decisões autonomamente.¹²

Em 1953, foram criados em França 35 Tribunais Administrativos e em 1987, surgiram as Cortes Administrativas de 2ª Instância.

Embora o procedimento administrativo tenha surgido no âmbito do Conselho de Estado, hoje, ganhou uma nova configuração jurisdicional no Código Administrativo de 11 de Março de 2000.

O Ministério Público tem no referido contexto um perfil muito particular, tendo em conta as características específicas do contencioso administrativo.

Na jurisdição penal, o Ministério Público representa o interesse da sociedade através da acção pública.

Importa recordar que o Direito Penal visa a defesa de interesses públicos, isto é, do Estado e da sociedade.

No que concerne à jurisdição civil, o Ministério Público também intervém na defesa de interesses públicos, mas no âmbito de litígios entre particulares.

¹² David Capitant, Professor da Universidade de Paris I, França, obra o Ministério Público diante das jurisdições administrativas em França, na Conferência proferida no Seminário “Princípios Fundamentais e Regras Gerais da Jurisdição Administrativa”, realizada nos dias 22 e 23 de Agosto de 2006, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF em Niterói – RJ. Revista CEJ, Brasília n.º 34, p. 56-61, Julho/Setembro 2011.

No Contencioso Administrativo, a intervenção do Ministério Público ganha outro perfil e outros contornos.

Trata-se de um conflito que opõe um órgão administrativo que, por definição busca um interesse geral (razão porque os franceses designam de “serviços públicos”), a um particular que, por qualquer razão, impugna o seu acto.

No caso vertente, o interesse público não é veiculado pelo Ministério Público, porque este interesse já se encontra salvaguardado por uma das partes do conflito.

Entretanto, a analogia com as jurisdições tradicionais conduziu à instituição do Ministério Público, no âmbito do Conselho de Estado.

Assim, na base de dois decretos, respectivamente, de 2 de Fevereiro e 12 de Março de 1831, foi criado o Ministério Público em França, confiado a referendários do Conselho de Estado qualificados, designados inicialmente para preencher as funções de Comissários do Rei no decreto de 18 de Setembro de 1939 e posteriormente com a denominação de “Comissários do Rei encarregados de dar conclusões”, na Lei de 19 de Julho de 1845.

A expressão “comissário do governo” foi utilizada pela 1.^a vez durante a 2.^a República, numa decisão de 1.^o de Junho de 1940. Permaneceu inalterada durante o Segundo Império e foi retomada por um decreto de 20 de Janeiro de 1852 e posteriormente na 3.^a República pela Lei de 24 de Maio de 1872.

O papel do Comissário do Governo correspondia ao do Ministério Público junto aos órgãos jurisdicionais. Tratava-se de um Procurador cuja função era garantir a legalidade e o direito, com a diferença de que, ao invés de se pronunciar no início da audiência, fazia-o no seu termo, depois dos advogados de defesa.

b. O Comissário do Governo como Ministério Público

O Comissário do governo não intervinha em causas administrativas de natureza repressiva, tais como contravenções na via pública. Estas acções eram movidas pelo Prefeito ou por outras entidades responsáveis pela protecção do domínio público em causa.

A Revolução Francesa, norteadada pelo Princípio da Separação de Poderes, tornou-se adversa ao controlo da administração realizado por entidades jurisdicionais.

No contexto da Revolução Francesa, o papel do Comissário do Governo mostrou-se absolutamente fundamental, tanto que foi, posteriormente, adoptado na Corte de Justiça das Comunidades Europeias de Luxemburgo sob a forma de Advogado Geral.

A opinião que a Corte Europeia dos Direitos Humanos tem do papel do Comissário conduziu a que o seu funcionamento tivesse que ser delineado com exactidão e dimensionado à sua importância.

Nos termos do art. 7.º do Código da Justiça Administrativa francês “O Comissário do Governo é membro da jurisdição administrativa da qual está afecto. Exerce as funções de Comissário do Governo durante alguns anos, antes de reassumir as funções judiciais. Existem Comissários junto de todas as jurisdições administrativas.

Eles são nomeados, no Conselho de Estado, mediante decreto do Vice-Presidente do Conselho de Estado, por indicação do Presidente da Secção do Contencioso (art. R.122-5 do Código da Justiça Administrativa).

Nos Tribunais Administrativos e de 1ª e 2ª instância, são nomeados por decreto do Vice-Presidente do Conselho de Estado, por indicação do Presidente do Tribunal Superior e parecer do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e das Cortes Administrativas de 2ª instância (art. 222-23 do mesmo código).

A independência orgânica dos Comissários do Governo fica, portanto, assegurada pela sua designação autónoma no âmbito da jurisdição administrativa. Os Comissários gozam da mesma independência que os restantes membros da jurisdição administrativa. Não devem qualquer subordinação ao Poder Político.

Houve quem propusesse que a sua designação fosse substituída por Comissários da Lei ou Contra Relatores, por corresponder mais exactamente com as funções por eles exercidas.

A função principal do comissário do governo é a de propor uma solução para os casos submetidos a julgamento.

Nos termos do art. 7.º do Código Administrativo, um membro de jurisdição encarregado das funções de comissário do governo expõe

publicamente e de forma absolutamente independente a sua opinião sobre os inquéritos em julgamento e sobre as soluções que estes demandam.

O Comissário do Governo intervém, em princípio, em todas as instâncias administrativas contenciosas, excepto quando as necessidades de celeridade e eficiência levam o legislador ou o poder a determinar domínios, nos quais o juiz administrativo julga com ausência das conclusões do comissário do governo. Isto ocorre, por exemplo, nos contenciosos importantes, tais como o da determinação da recondução à fronteira (Art. L.776-1). O Comissário intervém a partir de um dossier já examinado pelo relator.

Se a solução do Comissário se afasta da proposta apresentada pelo relator, aquele solicita uma nova sessão de instrução, no decorrer da qual a sua proposta de solução irá ser discutida.

No termo desta sessão, a posição do relator será definida e o Comissário poderá redigir as suas conclusões como lhe aprouver.

Na Sessão Pública, o Comissário ocupa um lugar determinante, num processo essencialmente escrito.

O relator limita-se a ler as vistas. Os advogados raramente contra-argumentam, limitando-se aos textos existentes. A instrução é considerada encerrada e concede-se a palavra ao Comissário do Governo que lê publicamente as conclusões.

Estas conclusões são submetidas a julgamento. O Comissário assiste a essa deliberação, mas raramente pede a palavra.

O relator redigirá a solução definitiva. O Comissário não participa na votação, mas participa na função jurisdicional. Os Comissários do Governo distinguem-se dos procuradores tradicionais que exercem o Ministério Público submetidos ao Governo, por não constituírem corpos organizados. Contrariamente, aqueles exercem as suas funções com grande independência.¹³

¹³ David Capitant, Professor da Universidade de Paris I, França, obra o Ministério Público diante das jurisdições administrativas em França, na Conferência proferida no Seminário “Princípios Fundamentais e Regras Gerais da Jurisdição Administrativa”, realizada nos dias 22 e 23 de Agosto de 2006, no auditório da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – UFF em Niterói – RJ. Revista CEJ, Brasília n.º 34, p. 56-61, Julho/Setembro 2011.

3. O Contencioso Administrativo Angolano

A Justiça administrativa angolana caracteriza-se pela adopção de uma dualidade mitigada de jurisdições, idêntica à solução espanhola, porquanto existe um sistema unificado onde no topo se unem as várias jurisdições. Não existem duas jurisdições independentes.

Não será ocioso referir que as únicas jurisdições que se encontram apartadas do sistema, no presente momento, são o Tribunal Constitucional, os Tribunais Militares (art. 5.º, 3.º e 18.º da Lei 5/94) e o Tribunal de Contas.

A jurisdição administrativa integra uma sala no âmbito do Tribunal Provincial, conjuntamente com a jurisdição civil. Ao nível do Tribunal Supremo, existe também uma Câmara do Cível e do Administrativo. (art.º 27.º e 10.º da Lei 18/88).

Importa referir que o sistema de organização e funcionamento dos tribunais compreende duas jurisdições: uma encabeçada pelo Tribunal Supremo e outra encabeçada pelo Supremo Tribunal Militar (art.º 176.º n.º 2 da Constituição da República).

Nos termos do n.º 3 da mesma disposição, pode ser criada uma jurisdição administrativa, fiscal e aduaneira autónoma, encabeçada por um tribunal superior.

Estamos face a um sistema de jurisdição administrativa facultativa e não obrigatória. Não existe jurisdição administrativa autónoma.

A jurisdição administrativa funciona na base do duplo grau de jurisdição, uma vez que para cada causa, apenas funciona uma instância de recurso.

A jurisdição administrativa desenvolve-se em três instâncias distintas: na Sala do Cível e do Administrativo do Tribunal Provincial (art.º 18.º da Lei 2/92), na Câmara do Cível e do Administrativo do Tribunal do Supremo (art.º 17.º da Lei 2/94) e no Plenário do Tribunal Supremo (art.º 17.º da Lei 2/94).

A justiça administrativa caracteriza-se por um Contencioso Impugnatório de inspiração francesa por influência portuguesa.

- a) A base deste contencioso é a impugnação judicial e o seu carácter objectivista, porquanto confere legitimidade ao Ministério Público para intervir quando o acto constitua ilegalidade ou inconstitucionalidade (art.º 3.º DL n.º 4 – A/96).

- b) É reconhecida a distinção entre o recurso contencioso e as acções administrativas (art.º 8.º DL n.º 4 – A/96).¹⁴
- c) O objecto de impugnação judicial é o acto administrativo definitivo e executório, tal como acontecia no direito português anterior. (art.º 40.º do DL n.º 4 – A/96 e art.º 6.º da Lei 2/94).
- d) Não existe contencioso dos regulamentos administrativos.
- e) O modelo impugnatório aplica-se também às omissões administrativas, sendo o conceito de dever legal de agir de âmbito material muito limitado (Art.ºs n.º 4 da Lei n.º 2/94 e 40.º do DL N.º 4-A/96).
- f) Os Fundamentos da impugnação dos actos administrativos são os cinco vícios do acto administrativo (art.º 7 da Lei n.º 2/94). Este preceito aplica-se também às impugnações administrativas, impedindo eventualmente que elas tenham como fundamento a inconveniência.
- g) O objecto da impugnação judicial está delimitado pelos fundamentos invocados na reclamação ou no recurso administrativo, à semelhança da solução tradicional francesa (art.º 10 da Lei n.º 4/94).
- h) Existem reclamações e recursos administrativos necessários, isto é, condicionantes da impugnabilidade contenciosa (art. 12.º da Lei n.º 2/94).¹⁵

4. Os Poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo Angolano

a. A Legitimidade do Ministério Público

O Ministério Público é um órgão da Procuradoria-Geral da República essencial à função jurisdicional do Estado como estatui o n.º 1 do art.º 185.º da Constituição Angolana.

¹⁴ Trata-se de uma dicotomia que resulta da contraposição clássica entre contencioso administrativo por natureza e contencioso administrativo por atribuição.

¹⁵ Trata-se de uma caracterização da Justiça Administrativa inspirada nas aulas ministradas pelo Professor Doutor João Caupers em Luanda na Faculdade de Direito da UAN.

A autonomia do Ministério Público caracteriza-se por critérios de legalidade e objectividade (art. 185.º da Constituição).

Ao Ministério Público, entre outras funções, incumbe representar o Estado junto aos tribunais (art.º 186.º).

O Ministério Público assegura a legalidade no âmbito da função jurisdicional. Todavia, em cada uma das jurisdições ela apresenta formas específicas de intervenção.

Como observámos anteriormente, é no processo penal onde o Ministério Público encontra a sua mais activa participação, não só como sujeito processual, mas também como parte em sentido formal.¹⁶

Entretanto, no processo civil¹⁷ e no contencioso administrativo, ele desempenha também um papel de inestimável importância.

Tendo em conta a natureza semipública do contencioso administrativo, porquanto a iniciativa processual incumbe àqueles que têm legitimidade activa e considerando que esta (legitimidade) é conferida não só aos particulares, mas também ao Ministério Público, tal solução coloca sobre estes órgãos responsabilidades acrescidas.

Assim, nos termos do art. 3.º, o Ministério Público, para além das suas funções de controlo genérico da legalidade, tem legitimidade para demandar no processo de contencioso administrativo quando o acto administrativo impugnado viole a Constituição ou for manifestamente ilegal. (art.º 2.º e 3.º do Dec-Lei n.º 4-A/96)

Trata-se de uma solução que emerge do modelo objectivista da nossa justiça administrativa, porquanto ela, diversamente do que ocorre no direito alemão, está destinada, em primeira linha, a fiscalizar a legalidade e a garantir o interesse público e menos orientada para a protecção judicial plena e efectiva dos administrados¹⁸.

¹⁶ Importa recordar que o Ministério Público no processo penal dirige a instrução ao abrigo do art. 14.º do Decreto-lei 35007, transformando-se em parte apenas na fase judicial com todas as prerrogativas que lhe são inerentes.

¹⁷ De acordo com Carlos Rego, as funções do Ministério Público no âmbito da jurisdição civil podem classificar-se em três modalidades: representação, assistência e fiscalização. Obra, o Ministério Público numa sociedade democrática, 1984.

¹⁸ Enquanto o modelo predominantemente subjectivista que tem como paradigma a Alemanha, tutela direitos e posições jurídicas substantivas individualizadas dos particulares, designadamente no que respeita à limitação dos poderes discricionários, o modelo objectivista limita-se a fiscalizar a legalidade do exercício autoritário de

Na Acção Penal, o Ministério Público investiga e exerce a Acção Pública. Se esta investigação não for realizada adequadamente, não haverá acção penal, nem punição de crimes.

Nos Tribunais Administrativos, a iniciativa de um modo geral, pertence aos particulares. O Ministério Público está presente, unicamente para intervir e opinar em processos não propostos por si. Nem é ele que decide. Pois é uma espécie de assessor ou auxiliar do Juiz.

O Ministério Público, na justiça administrativa angolana, para além de legitimidade activa, dispõe de legitimidade passiva. Isto significa que, sempre que o Ministério Público não for autor da demanda, pode ser demandado (art.º 4.º al. a) (DL n.º 4-A/96).

Trata-se de uma solução que nos parece excessiva e que só ganha acolhimento numa justiça administrativa de modelo predominantemente objectivista.

Esta perspectiva não é sufragada por sistemas mais moderados, como o português, onde o Ministério Público não tem legitimidade passiva, podendo, unicamente, actuar em representação do Estado em processos que tenham por objecto relações contractuais e de responsabilidade.

O Ministério Público, no âmbito do Contencioso Administrativo Angolano, tem um peso muito significativo. Diversamente, na justiça administrativa portuguesa¹⁹, este mesmo peso ficou consideravelmente atenuado com a reforma de 2002.

poderes administrativos, onde os recorrentes particulares desempenham uma função de auxiliares da legalidade porque estão interessados no resultado.

¹⁹ Capítulo II Das partes (CPTA)

Artigo 9.º Legitimidade activa

1 – Sem prejuízo do disposto no número seguinte e do que no artigo 40.º e no âmbito da acção administrativa especial se estabelece neste Código, o autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida.

2 – Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa da valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

Em Portugal, o Ministério Público apenas têm legitimidade para propor e intervir em processos principais e cautelares destinados à defesa da valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

Apesar de tudo, o Ministério Público português ainda dispõe de um grande número de poderes de acção pública. O poder de acção pública e de iniciativa processual foi assaz ampliado com a referida reforma.

b. O Ministério Público, sua Desistência ou da Parte

De acordo com o art.º 11.º do DL n.º 4-A/96, o demandante pode desistir da instância ou do pedido até ser proferida a decisão.

Trata-se de um artigo em torno do qual se podem levantar algumas questões, uma vez que a justiça administrativa angolana reserva amplos poderes de iniciativa e prossecução processual ao Ministério Público.

Recordemos que nos termos do art.º.3.º, dispõem, genericamente, de iniciativa e legitimidade activa para demandar no processo de contencioso administrativo, o titular do direito violado, quem for parte no contrato administrativo, o cidadão ou associação de protecção do interesse protegido e o **Ministério Público**.

Se o demandante for um particular e estiver a pleitear sem coligação, não se colocam quaisquer dificuldades. Todavia, se o particular desistir, poderá o Ministério Público dar continuidade ao processo como demandante?

Se nos socorrermos analogicamente do Direito Processual Penal, constataremos que o interesse público aí subjacente conduz-nos a uma solução peculiar. Pois, regra geral, a desistência das partes não tem qualquer relevância, mormente, quando se trata de crimes públicos. O Ministério Público assume o processo até ao fim, uma vez que, por força do princípio da oficialidade, a iniciativa processual é pública e incumbe ao Ministério Público.

No processo penal, a natureza pública dos interesses ofendidos e o carácter social das penas converteram a perseguição do criminoso num assunto de Estado.

O Contencioso Administrativo comporta algumas diferenças: o demandante actua, na maior parte das vezes, veiculando um interesse particular e não público, e por outro lado, o procedimento administrativo angolano socorreu-se predominantemente das normas do Código de Processo Civil e não do Código de Processo Penal.

Esta Constatação conduz-nos decididamente à conclusão de que, não obstante estejamos assentes num modelo predominantemente objectivista, ele encarou a iniciativa processual no Contencioso Administrativo como um interesse eminentemente particular.

Neste contexto, nunca fará sentido que o Ministério Público dê continuidade ao processo ou à demanda, depois que o particular tenha desistido.

Todavia, este é um princípio que comporta uma excepção, quando se trate de processos em que o Ministério Público constitua parte principal. Assim, à luz do art.º 62.º do CPTA, o Ministério Público pode, no **exercício da acção pública**, assumir a posição de autor, requerendo o seguimento de processo que, por decisão ainda não transitada, tenha terminado por desistência ou outra circunstância própria do autor.

Esta excepção também faz carreira no ordenamento jurídico angolano, porquanto, de acordo com o art.º 11.º do DL n.º 4-A/96, o demandante pode desistir da instância ou do pedido até ser proferida a decisão. O demandante e titular da acção pública é o Ministério Público. Logo, poderá desistir dela se assim o entender.

c. O Ministério Público e a Arguição da Competência

O art.º 19.º estabelece que a questão da competência material pode ser suscitada a todo o tempo, oficiosamente pelo Tribunal ou a requerimento do Ministério Público ou das partes.

Como se sabe, a competência é a capacidade que tem um tribunal para julgar um caso concreto e determinado. É a medida da jurisdição, ou melhor, os seus limites internos. A competência pode ser material, territorial ou funcional.

No processo penal, constatamos que a inobservância das regras da competência material conduz à incompetência absoluta (art.º 139.º e 140.º do CPP).

Declarada a incompetência material, o processo será remetido ao tribunal competente (art.º 145.º CPP).

Encontramos uma grande similitude nas soluções adoptadas pelo Contencioso Administrativo, sobretudo no que concerne à faculdade do Ministério Público de poder requerer ou invocar a incompetência em paridade das partes.

Trata-se de uma solução que tem como esteio a posição do Ministério Público, não como parte, mas como agente fiscalizador da legalidade no âmbito da Justiça Administrativa.

A formulação que encontramos na justiça administrativa portuguesa, não privilegia o Ministério Público, como interveniente processual com a faculdade de suscitar ou arguir a excepção decorrente da ausência deste pressuposto processual.

Assim, presumimos, por omissão da lei processual que qualquer das partes poderá fazê-lo.

Esta é uma faculdade que está cometida também ao Ministério Público na justiça administrativa angolana, mas esta solução não faz carreira em todas as jurisdições.

Na justiça administrativa angolana, o Ministério Público tem amplos poderes de intervenção nos processos em que não é parte. Estes poderes foram muito significativos tradicionalmente.

Com as reformas que se vêm operando na maioria dos estados de direito, constatamos que se verificou uma redução muito significativa dos poderes de intervenção do Ministério Público, mormente, naqueles processos em que não é parte. Este cenário é evidente na Alemanha e em Portugal com a reforma de 2002.

Como afirmou o Professor Mário Aroso "na verdade, o artigo 85.º do CPTA, veio a alterar profundamente o modelo tradicional de intervenção do Ministério Público nos processos em que não figure como parte, e fê-lo quanto ao conteúdo, ao momento e ao modo de intervenção"²⁰.

Quer quanto ao número, quer quanto à natureza, quer quanto ao conteúdo da intervenção, nestes países assistiu-se a uma redução

²⁰ Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, comentário..., p. 427.

substancial do papel do Ministério Público, com fundamento na ideia de que o interesse público se encontra plenamente garantido por uma das partes da relação jurídico-administrativa.

Trata-se de uma intervenção que também faz carreira em Angola e aos olhos de muitos estudiosos vem merecendo algumas críticas.

d. O Ministério Público como Representante do Demandado

O art.º 25 estatui que as partes devem estar obrigatoriamente representadas em juízo por advogado. Todavia, no seu n.º 3 permite que, quando tal não for incompatível com a posição processual assumida, pode a autoridade pública demandada ser representada pelo Ministério Público.

Também aqui verificamos o carácter híbrido e ambíguo do Ministério Público, emergente do facto de, nestes processos, poder figurar tanto como demandante ou como demandado, o que não deixa de constituir um corolário lógico da sua função de garante da legalidade.

Aqui importa recordar Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo os quais, as funções do Ministério Público poder-se-iam agrupar em quatro áreas: representar o Estado nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de Advogado do estado; exercer acção penal, defender a legalidade democrática, intervindo entre outras coisas, no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização da Constitucionalidade; defender os interesses de determinadas pessoas mais carenciadas de protecção, designadamente, verificados certos requisitos, os menores, os ausentes, etc.²¹

Entretanto, uma diferença marcante poderá ser constatada, se confrontarmos a postura do Ministério Público na Justiça administrativa com a sua posição no processo penal. Aí, o Ministério Público pode ser sempre demandante, mas nunca demandado, embora tenha a faculdade de agir em favor do réu e até interpor recursos favoráveis a este.

²¹ Canotilho, J.J. Gomes, Moreira Vital em *A Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.º Volume, 2ª Edição revista. Coimbra Editora.

No Contencioso Administrativo, o Ministério Público pode demandar e ser demandado pela seguinte razão: ele funciona como garante da legalidade num modelo eminentemente objectivista e nessa qualidade ele poderá demandar a entidade administrativa, quando esta pratique um acto ilegal ou viole a Constituição.

Será demandado quando, em defesa da administração, a assista e represente contra um particular que impugne um acto que considere atentatório dos seus direitos.

Trata-se de uma solução que nos parece excessiva e que só ganha acolhimento numa justiça administrativa de modelo predominantemente objectivista. Esta perspectiva não é sufragada por sistemas mais moderados, como o português, onde o Ministério Público não tem legitimidade passiva, podendo, unicamente, actuar em representação do Estado em processos que tenham por objecto relações contractuais e de responsabilidade.

Importa recordar que, não obstante esta ambivalência, a administração é pública tal como o Ministério Público. Desde logo, estará este mais vocacionado à defesa da administração do que à defesa dos particulares no contencioso administrativo. A prova é que, regra geral, apenas a administração pública goza do benefício de ser representada pelo Ministério Público.

e. As notificações ao Ministério Público

As notificações de natureza processual que não importem a prática dum acto de natureza pessoal são efectuadas na pessoa do advogado constituído, do Ministério Público ou do jurista designado para representar a pessoa jurídica demandada.

Notificação é o acto através do qual se dá conhecimento de um facto ou se convoca alguém a Tribunal.

O art.º 31.º do Dec-Lei 4-A/96 estabelece que as notificações que não importem actos de natureza pessoal possam ser dirigidas ao Ministério Público, naturalmente, como representante do demandante.

Esta disposição volta a apresentar o Ministério Público como parte, ou melhor, como demandado.

Na condição de demandado, o Ministério Público tem direitos de parte processual: pode deduzir pretensões ao juiz e contradizer as pretensões contra ele apresentadas sem, para o efeito, se desonerar da sua função de garante da legalidade.

Não será ocioso reiterar que esta solução se enquadra perfeitamente num modelo objectivista de justiça administrativa, onde o Ministério Público é permanentemente solicitado para emitir pareceres, na condição de parte, sobre os mais diversos actos.

Nos modelos mais moderados, o Ministério Público apenas se constitui como parte nas acções de interesse público²².

O art.º 9.º do CPTA português confere ao Ministério Público a faculdade para intervir como parte, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais. Por outro lado, o Ministério Público apenas poderá representar o Estado nos processos que tenham por objecto relações contratuais e de responsabilidade.

Por outro lado, o Artigo 85.º do CPTA português, relativo a Intervenção do Ministério Público, estabelece que “no momento da citação da entidade demandada e dos contra-interessados, é fornecida cópia da petição e dos documentos que a instruem ao Ministério Público, salvo nos processos em que este figure como autor.

No modelo acima referido, são raríssimas as notificações dirigidas ao Ministério Público, por se ter tornado infrequente o Ministério Público intervir como parte em acções de interesse particular.

f. O Ministério Público e a Interposição de Recurso das Decisões Administrativas

O recurso contencioso de impugnação do acto administrativo é interposto pela pessoa ou pelo representante do Ministério Público

²² Joana Sousa, *O Contencioso Administrativo dos direitos, liberdades e garantias*, p. 254, Junho de 2007.

que tenha intervindo no procedimento administrativo de reclamação ou recurso hierárquico que o antecede (art.º 39.º do DL n.º4-A/96).

Não será ocioso recordar que o recurso contencioso é precedido de reclamação, quanto aos actos administrativos de membros do governo, governadores provinciais e administradores municipais.

Quando se trate de actos praticados por órgãos hierarquicamente inferiores aos acima referidos, o recurso contencioso deverá ser antecedido de recurso hierárquico (art.º 12.º da Lei 2/94).

A possibilidade do Ministério Público ter a faculdade de interpor recurso pressupõe que tenha sido ele a reclamar ou a recorrer hierarquicamente. Isto significa que o Ministério Público desempenhou o papel de demandante ou sujeito activo, face a um acto administrativo que considerou ilegal ou ao arrepio da Constituição.

Questão que se pode colocar é a de, se o Ministério Público poderá interpor o recurso se a parte interessada não estiver de acordo.

Embora a lei não responda a esta questão, julgamos que se foi o Ministério Público que interveio nas impugnações anteriores, como garante da legalidade, poderá dar continuidade ao processo.

No processo penal, o recurso pode ser sempre interposto pelo Ministério Público, ainda que este seja interposto no exclusivo interesse do réu.

O réu e a parte acusadora podem sempre recorrer das decisões contra eles proferidas (art.º 647.º do CPP).

É lógico que no contencioso administrativo, a administração (ré) não possa recorrer, porque é o autor que se mostra inconformado com a decisão daquela. Desde logo, é a parte inconformada com o acto que terá interesse no recurso e o Ministério Público como demandante.

Neste mesmo sentido, o art.º 47 estatui que a autoridade recorrida, os interessados e o Ministério Público, quando não seja o autor da demanda, serão pessoalmente notificados para contestar no prazo de 30 dias.

O Ministério Público dispõe de um prazo de 60 dias, quando razões ponderosas o justifiquem.

É natural que as razões que conduzem a que o Ministério Público tenha de interpor recurso, sejam as mesmas que estão na base da contestação, embora em posições diferentes.

Trata-se de uma faculdade que constitui o corolário da assunção pelo Ministério Público da posição de parte processual. Pois, partes são aqueles sujeitos que têm a faculdade de deduzir pretensões ao juiz e impugnar ou contradizer as formuladas pela outra parte.

O que se afirmou sobre a contestação terá pleno acolhimento em relação à faculdade de apresentar as alegações que está prevista no art.º 53, estabelecendo um prazo de 20 dias.

g. A Vista ao Ministério Público

A Vista é um termo formulário, através do qual o funcionário judicial apresenta o processo ao Ministério Público para promover, isto é, requerer ou propor alguma providência.

O art. 54 estatui que o processo vai com vista ao Ministério Público por 10 dias, quando não seja parte na acção, para dar parecer sobre a decisão e suscitar as demais questões que julgue pertinentes e expressar-se em relação ao comportamento das partes na lide.

Parece-nos que o art. 72.º é uma repetição do 54.º. Eles têm precisamente o mesmo conteúdo.

Esta disposição parece veicular uma ideia diferente daquela que desejava.

Não nos parece lógico que o Ministério Público, logo após à realização das alegações das partes, possa estar em condições de dar um parecer sobre uma decisão que ainda não foi proferida.

Tanto que o art. 56.º dispõe que no Plenário e na Câmara do Cível e Administrativo, o prazo para Vista é de 15 dias e o acórdão deve ser proferido no prazo de 30 dias. De onde se conclui que o Visto a Ministério Público antecede a decisão.

Assim, julgamos que o art. 54 pretendia transmitir que o Ministério Público tenha faculdade de prestar o último parecer antes da decisão, o que poderíamos naturalmente equiparar (*mutatis mutandis*) a uma acusação em Processo Penal.

Este parecer será, nada mais, nada menos, que uma proposta de decisão.

É óbvio que não se trata de uma acusação porque a acusação delimita o objecto do julgamento. Neste caso concreto, a intervenção do Ministério Público não vincula minimamente o Tribunal.

O Ministério Público tem direito à Vista do processo, porque não é parte, não é demandado, nem demandante. Isto significa que o Ministério Público intervém no processo como garante da legalidade.

Não faria o mínimo sentido que, sendo o Ministério Público demandado ou demandante, mantivesse a faculdade de emitir o último parecer sobre a conduta e a responsabilidade das partes. Naturalmente que nessa circunstância, o Ministério Público não reuniria condições mínimas de isenção e até objectividade.

As pessoas com legitimidade para recorrer contenciosamente de um acto administrativo podem requerer ao tribunal a suspensão da sua eficácia com o fundamento de que a execução desse acto é susceptível de causar prejuízo irreparável ou de difícil reparação para eles ou para os interesses que ao recurso pretendam acautelar (art. 60.º DL n.º 4-A/96).

Esta suspensão é concedida sempre que o tribunal considere fundadas as razões invocadas pelo requerente e dela não resulte lesão grave para a realização do interesse público.

Juntas as respostas (do autor do acto) ou decorrido o prazo para este efeito concedido, o processo é continuado com Vista ao Ministério Público, por 3 dias, devendo o juiz decidir nos 5 dias seguintes.

Na Câmara do Cível e Administrativo, depois da vista do Ministério Público, o processo segue para Vista dos Juizes Adjuntos, por 3 dias para cada um, e por 5 ao Juiz Relator para elaborar o projecto de Acórdão que é discutido e submetido a julgamento na sessão imediatamente seguinte (n.º 3 e 4 do art. 64.º)

Aqui, interessa-nos fundamentalmente a faculdade do Ministério Público promover, face a um pedido de suspensão da eficácia de determinado acto.

O Ministério Público actua neste caso, como no anterior, como um guardião da legalidade e não como parte. Ele promove, isto é, propõe a solução que julgar mais consonante com a lei.

Este tema volta a chamar à ribalta o excesso de intervenções do Ministério Público no processo administrativo no contexto de um modelo predominantemente objectivista.

Para mais claro enquadramento, atentemos para o direito comparado.

Até à reforma de 2002, em Portugal, o Ministério Público intervinha obrigatoriamente no processo duas vezes. Na primeira intervenção, realizava uma vista inicial, em que analisava a petição e pronunciava-se sobre as questões da admissibilidade, outras questões processuais e substantivas. Na segunda, procedia à vista final em que emitia parecer sobre a decisão e apresentava uma proposta para o tribunal. Podia ainda suscitar questões prévias em que conhecia o mérito da causa.

Havia muitas críticas em torno desta participação excessiva do Ministério Público no âmbito dos processos em que este não era parte e daí resultou uma redução: deixou de haver estas duas vistas ao Ministério Público, tanto inicial como final e passou a existir uma possibilidade de intervenção por requerimento, uma única vez e apenas por questões substantivas ou de mérito e não por questões prévias ou processuais.

b. O Ministério Público e a Interposição de Recurso dos Acórdãos

Nos termos do art. 84.º, podem interpor recurso das decisões ou acórdãos proferidos nos processos de contencioso administrativo, as partes, o Ministério Público e as pessoas directa e efectivamente prejudicadas nos termos do n.º 2 do art.º 68.º do Código do Processo Civil.

Consideramos que a faculdade do Ministério Público de interpor recurso constitui umas das suas principais atribuições em todas as jurisdições.

A interposição de recurso constitui uma das formas, através das quais o Ministério Público exerce o seu papel de garante da legalidade e do interesse público.

No processo penal, o recurso está cometido praticamente às mesmas entidades.

Importa referir que nos recursos interpostos das decisões proferidas em acções derivadas de contratos administrativos são processados e julgados em harmonia com as regras do processo civil aplicáveis ao recurso de agravo, estabelecidas nos art. 734.º e seguintes do Código

do Processo Civil, com as necessárias adaptações e sem prejuízo do disposto no presente diploma (art.º 89.º)

Os prazos de Vista para o Ministério Público, aos juizes adjuntos e ao juiz relator previstos no n.º 1 do art. 752.º do CPC, são alargados para o dobro.

O Ministério Público só tem Vista nos recursos em que não seja recorrente ou recorrido. Trata-se de uma solução já desenvolvida anteriormente.

Importa referir que o art. 98.º estabelece um regime precisamente igual para o julgamento de recursos interpostos das decisões proferidas em processo de impugnação de Actos Administrativos, aplicando-se também as disposições do julgamento de recurso de agravo no Código do Processo Civil.

Não poderíamos terminar o presente tema sem sublinhar que mesmo aqui se encontra subjacente uma perspectiva objectivista da justiça administrativa, porquanto se consultarmos o art. 141.º do CPTA português sobre a legitimidade para a interposição de recurso, concluiremos que “pode interpor recurso ordinário de uma decisão jurisdicional proferida por um tribunal administrativo quem nela tenha ficado vencido e o Ministério Público, se a decisão tiver sido proferida com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais”.

Constatamos que a intervenção do Ministério Público se limita a decisões proferidas com violação de disposições ou princípios constitucionais ou legais.

i. O Ministério Público e o Julgamento do Recurso

Sempre que haja a produção de prova, é designada uma audiência de discussão e julgamento.

Neste julgamento, os depoimentos são orais e o juiz pode ordenar as diligências de prova que entender necessárias à decisão do recurso, não estando vinculado à oferecida ou requerida pelas partes. (Art. 105.º do DL n.º 4/96).

Neste particular, o Contencioso Administrativo afastou-se decididamente do princípio dispositivo, que faz carreira no Direito Civil,

segundo o qual a iniciativa processual pertence às partes. Constatou-se que houve uma decidida opção pelo princípio do inquisitório que enforma o Direito Processual Penal, segundo o qual incumbe ao juiz toda a acção necessária ao apuramento da verdade, independentemente da actividade que, nesse sentido, possam desenvolver as partes processuais.

Por outro lado, nem o recorrente, nem a autoridade recorrida ou o Ministério Público são obrigados a comparecer, podendo, no entanto, fazer-se assistir ou representar, o primeiro por advogado e a parte recorrida pelo Ministério Público ou por licenciado em direito.

Em outras jurisdições, o julgamento do recurso também não exige a comparência das partes.

Entretanto, constata-se que no processo administrativo existe a preocupação de no caso de as partes o desejarem acompanhar, o façam através de representante. Todavia, a parte recorrida só poderá fazer-se representar pelo Ministério Público ou por licenciado em direito.

Esta disposição acaba por enfatizar o papel do Ministério Público na sua posição de baluarte do interesse público, através da representação do Estado nos Tribunais, como ocorre em todas as jurisdições. (Art. 186 da Constituição).

O n.º 5 do Art. 105 do DL n.º 4-A/96 estabelece que não havendo lugar à produção de prova, é notificado o recorrente para se pronunciar sobre os documentos juntos pela autoridade recorrida e, em seguida vão os autos com vista por 5 dias ao Ministério Público para dar parecer sobre a decisão e suscitar as questões que entender pertinentes.

Tradicionalmente, na justiça administrativa portuguesa, o Ministério Público participava da audiência do julgamento, intervindo nas discussões. Esta participação foi considerada inconstitucional pelo que o Ministério Público deixou de ter essa participação.

j. O Ministério Público e a Execução Contra o Estado

Transitada em julgado a decisão judicial, o órgão da administração do Estado ou pessoa colectiva de Direito Público deve executá-la no prazo de 45 dias contados a partir da data da notificação.

No caso de não ser espontaneamente executada, pode qualquer dos demandantes ou o Ministério Público requerer ao Tribunal que notifique o demandado para que execute a decisão judicial. (Art. 107.º)

O Ministério Público pode requerer a execução na qualidade de demandante como representante da Administração, mas importa realçar que tratando-se de reposição da legalidade, o Ministério Público assume aqui a sua proverbial função de garante da legalidade.

No caso de a entidade demandada não executar a decisão judicial, depois de notificada nos termos do art. 107.º, pode o exequente requerer que o processo prossiga como execução para pagamento de quantia certa, de harmonia com as disposições aplicáveis do Código do Processo Civil, quando se trata de decisão que tenha condenado a entidade demandada a pagar esta quantia.

O exequente poderá ainda requerer que se proceda à fixação da indemnização devida pelos prejuízos derivados da falta de execução ou inexecução da decisão judicial e à conversão do pedido inicial em execução por quantia certa e a respectiva liquidação, quando se trate de qualquer outra decisão (Art. 114.º).

A entidade demandada é pessoalmente notificada para se opor à liquidação deduzida pelo exequente, podendo fazê-lo no prazo de 15 dias.

Concluída a instrução ou findo o prazo de oposição, o processo vai com vista por 5 dias ao Ministério Público, quando não for o exequente, para se pronunciar sobre a liquidação. (Art. 116.º).

Esta disposição prevê vista ao Ministério Público, no caso de não ser exequente, o que significa que se trata de um acto praticado na sua veste de representante da Administração ou de garante da legalidade.

Já nos referimos anteriormente ao enquadramento que têm as Vistas ao Ministério Público num modelo objectivista de justiça administrativa. Todavia, importa sublinhar que, no quadro do direito comparado, e numa perspectiva mais moderada, encontramos grandes restrições à intervenção do Ministério Público²³.

²³ Artigo 68.º Legitimidade (CPTA-Portugal)

1 – Tem legitimidade para pedir a condenação à prática de um acto administrativo legalmente devido:

k. O Ministério Público e as Custas Judiciais

Os demandantes e os demandados são obrigados ao pagamento das custas.

Estão isentos de custas os órgãos da Administração Central e Local do Estado, as pessoas colectivas de Direito Público e o Ministério Público.

O não pagamento de custas por parte do Estado é um princípio que faz carreira nas restantes jurisdições. O Ministério Público, como órgão do Estado encontra-se abrangido por esta isenção.

Calculada a conta das custas, é dada ao Ministério Público e notificado o responsável pelo pagamento das mesmas, os quais podem, querendo, deduzir reclamação no prazo de 5 dias.

Trata-se de uma disposição que mais uma vez realça o papel do Ministério Público como garante da legalidade. (Art. 125.º e 138.º).

Na mesma esteira e, na base da mesma lógica, esgotado o prazo para o pagamento voluntário sem que as custas se mostrem pagas, é dada vista ao Ministério Público para requerer a execução por custas, que corre por apenso ao processo principal, considerando-se desde logo devolvido ao exequente o direito de nomeação de bens à penhora. (Art. 141.º).

Como ficou asseverado acima, estas disposições têm pleno enquadramento numa lógica predominantemente objectivista de justiça administrativa.

5. Conclusões

Do périplo realizado pelas mais diversas intervenções do Ministério Público, no âmbito do Contencioso Administrativo Angolano, resulta

-
- a) Quem alegue ser titular de um direito ou interesse legalmente protegido, dirigido à emissão desse acto;
 - b) Pessoas colectivas, públicas ou privadas, em relação aos direitos e interesses que lhes cumpra defender;
 - c) O Ministério Público, quando o dever de praticar o acto resulte directamente da lei e esteja em causa a **ofensa de direitos fundamentais**, de um interesse público especialmente relevante ou de qualquer dos valores e bens referidos no n.º 2 do art.º 9.

a constatação de que o Ministério Público ocupa um importante lugar na referida jurisdição.

Trata-se de uma constatação que nos conduz à convicção de que Angola dispõe de uma Justiça Administrativa com um forte pendor objectivista.

Esta convicção decorre da formulação com que se apresenta a questão da legitimidade processual activa e passiva, nomeadamente, para a impugnação de actos administrativos e dos amplos e significativos poderes que se reconhecem ao Ministério Público, como órgão auxiliar da Justiça, em defesa da legalidade e do interesse público.

A intervenção do Ministério Público na jurisdição administrativa tem como esteio fundamental as genéricas atribuições que lhe estão cometidas pelo art. 186.º da Constituição angolana.

Resulta desta disposição, a faculdade do Ministério público representar o Estado nos Tribunais, defender os interesses colectivos e difusos, promover a execução das decisões judiciais e exercer o patrocínio judiciário de incapazes, menores e ausentes.

Tais atribuições encontram-se concretizadas e densificadas no contexto da Lei n.º 5/90, sobre a Procuradoria-geral da República.

À semelhança do que ocorre no processo civil, também na justiça administrativa, os poderes do Ministério Público são exercidos a título principal ou como parte acessória, uma vez que o Ministério Público tanto poderá actuar movido por uma legitimidade própria, defendendo bens jurídicos sob a sua tutela ou representando o autor ou réu ou apenas como simples garante da legalidade na função jurisdicional.

A Lei em vigor (n.º 4-A/96) confere uma considerável latitude à legitimidade do Ministério Público no Contencioso Administrativo, especialmente no que concerne à impugnação de actos praticados nesse âmbito, embora continuemos a reputar que seja no processo penal onde a intervenção do Ministério Público alcança maior latitude.

Todavia, importa aflorar, em sede da presente reflexão, algumas polémicas que vêm gravitando em torno dos amplos poderes do Ministério Público.

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no Acórdão Lobo Machado, concluiu que a emissão de parecer escrito pelo Ministério Público, sem que fosse assegurado o direito de resposta

do demandante, constitui violação do Art. 6.º n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Trata-se de uma prática que faz carreira no nosso Contenciosos Administrativo. Bastará atentarmos para o Arts. 54.º, 64.º, 72.º e n.º 5 do Art. 105 do DL n.º 4-A/96 que estabelecem a emissão de um parecer do Ministério Público antes da prolação da Sentença, violando o princípio do contraditório.

Por outro lado, o Código Processual dos Tribunais Administrativos português reformulou a intervenção do Ministério Público nas acções administrativas especiais da iniciativa dos particulares (MP não é parte), nomeadamente, nas acções impugnatórias, passando este intervir por requerimento e não por vista (Art. 85.º n.º 2 e 4).

*

* *

Entrando mais concretamente no Direito Comparado, constatamos que o Ministério Público, na tradição do Contencioso Administrativo Português, tinha também um peso muito significativo.

Este peso ficou bastante reduzido com a reforma de 2002. Apesar de tudo, o Ministério Público ainda dispõe de amplos poderes no âmbito das acções de interesse público.

O poder de acção pública e da respectiva iniciativa processual foram assaz ampliados com a reforma de 2002.

O Ministério Público tem poderes de intervenção nos processos em que não é parte. Estes poderes eram muito significativos tradicionalmente. Com a reforma de 2002, houve uma redução muito significativa dos poderes de intervenção do Ministério Público, mormente, naqueles processos em que não é parte.

Até ao ano de 2002, o Ministério Público intervinha, obrigatoriamente, no processo administrativo em dois momentos. Num primeiro momento, realizava uma vista inicial, em que analisava a petição, pronunciava-se sobre as questões da admissibilidade e outras questões processuais e substantivas. Num segundo momento, procedia à vista final em que emitia parecer sobre a decisão do tribunal e apresentava

uma proposta de decisão para o tribunal. Podia ainda suscitar questões prévias em que conhecia o mérito da causa.

Tradicionalmente, o Ministério Público participava da audiência do julgamento, e intervinha nas discussões. Esta participação foi considerada inconstitucional²⁴ pelo que o Ministério Público deixou de ter essa intervenção.

Apresentavam-se muitas críticas em torno da participação excessiva do Ministério Público no âmbito dos processos em que este não era parte e daí resultou uma significativa redução. Baniram-se estas duas vistas ao Ministério Público, tanto a inicial como a final, e passou a vigorar apenas uma oportunidade de intervenção por requerimento, por questões substantivas ou de mérito e não por questões prévias ou processuais.

Quer quanto ao número, quer quanto a natureza, quer quanto ao conteúdo da intervenção, houve uma redução significativa do papel do Ministério Público.

Trata-se de uma intervenção que também faz carreira em Angola e aos olhos de muitos estudiosos vem merecendo algumas críticas.

Na Acção Penal, o Ministério Público é quem investiga e exerce a acção pública e se este não investigar convenientemente, não haverá acção penal, nem punição de crimes.

Nos Tribunais Administrativos, a iniciativa, de um modo geral, pertence aos particulares. O Ministério Público está, basicamente, presente apenas para intervir e opinar em processos não propostos por si. Pois, nem sequer decide, porque é uma espécie de assessor ou auxiliar do Juiz.

Tradicionalmente, estas intervenções do Ministério Público facilitavam muito a actividade do Juiz Administrativo, uma vez que este dispunha, em todos os processos, de um parecer emitido por uma pessoa especializada que lhes indicava tecnicamente como eles haviam de decidir. Só que na prática, isto correspondia a uma duplicação de funções.

²⁴ Jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 345/99, considerou inconstitucional a norma que permitia a intervenção do Ministério Público nas sessões de julgamento do STA, alicerçando-se na existência de violação do processo equitativo.

Portanto, parece-nos que do ponto de vista da racionalidade da gestão de recursos escassos e onerosos, não é a solução mais curial.

Estamos a falar dos vistos nos processos em que o Ministério Público não é parte.

Pelo contrário, na acção pública, o Ministério Público tem um papel muito importante. No Contencioso Administrativo, existe um grande número de violações que são lesivas do interesse público e da comunidade, em que não existe nenhum particular interessado em propor a correspondente acção.

São situações em que os interesses particulares são favorecidos em detrimento dos interesses da colectividade (como é de todos acaba por não ser de ninguém). Referimo-nos, exemplificativamente, a matérias de natureza urbanística, ambientais, etc.

Nestas causas, o Ministério Público pode desempenhar um papel muito importante em prol da comunidade e em defesa da colectividade e do interesse público. Por isso, a ampliação dos poderes do Ministério Público na acção pública faz todo sentido, precisamente, porque estamos num contencioso de carácter público, uma vez que se trata de promover o respeito pela autoridade pública, isto é, a prossecução do interesse público. Portanto, faz todo o sentido que haja uma acção pública.

*

* *

Esta ponderação traz à ribalta uma dimensão que tem que ser considerada neste tema que é a da componente objectiva ou objectivista do sistema.

Na tradição do contencioso administrativo francês, ainda que tenha uma componente subjectiva, ela não se esgota nesta particularidade e a presença do Ministério Público traduz precisamente isto. Assistimos, amiúde, ao desenvolvimento de perspectivas extremadas e maniqueístas²⁵ ante o modelo objectivista e o modelo subjectivista.

²⁵ Seita herética criada por Manes, heresiarca persa (215-275) que se baseava na existência de dois princípios opostos e inconciliáveis: um do bem e outro do mal.

Em bom rigor, estes dois modelos são conciliáveis e conjugáveis. O mesmo modelo pode assegurar uma tutela efectiva dos direitos e interesses de quem se sente lesado e simultaneamente garantir a tutela objectiva da prossecução do interesse público e da legalidade, entrando aí o Ministério Público e eventualmente a acção popular.

No mesmo sistema, nós podemos conjugar a defesa dos interesses individuais, numa perspectiva subjectivista (aí poderemos conceber a condenação da administração para satisfação desses direitos na versão subjectivista Alemã), mas simultânea e paralelamente, poderemos contar com o Ministério Público a propor acções em defesa da legalidade e do interesse público.

Assim, se reconhece a reintegração da legalidade objectiva e a prossecução do interesse público. Porque, efectivamente, quem determina o que é o interesse público é o legislador. A reintegração da legalidade administrativa é a defesa do interesse público, reflexamente, quando a acção é proposta por um particular.

O particular não actua com o propósito de defender a legalidade, mas sim, impulsionado pelos seus interesses. Todavia, com a sua conduta, acaba reintegrando a legalidade.

Porém, não é esta a sua função. Esta função incumbe ao Ministério Público. Um processo desencadeado pelo Ministério Público é um processo estritamente dirigido à reposição da legalidade e à defesa do interesse público.

Num modelo puramente subjectivo, o Ministério Público não teria qualquer função no contencioso administrativo. O contencioso administrativo teria a mesma configuração que o Processo Civil: Litígio entre partes (lide). Aí o Ministério Público não teria qualquer papel, a não ser que uma das partes fosse menor ou incapaz.

O tema sobre os poderes do Ministério Público é indissociável da problemática da componente objectiva.

A reforma do Contencioso Administrativo em 2002 em Portugal tentou precisamente encontrar um ponto de equilíbrio na intervenção do Ministério Público, razão pela qual, esta foi criticada, tanto por objectivistas como por subjectivistas.

Quando uma reforma é criticada por esses dois polos, não está distante do seu ponto de equilíbrio.

A este propósito, recorde-se o Professor Mário Aroso quando afirmava que “o novo modelo configura um equilíbrio entre, por um lado, o recorte constitucional e estatutário dos poderes de iniciativa e intervenção processuais do Ministério Público, e, por outro, do respectivo enquadramento num sistema de justiça administrativa que se apresenta hoje, no plano constitucional, marcadamente subjectivista – desde logo por ser esta a dimensão que surge constitucionalmente configurada como um imperativo²⁶.”

Podemos pois concluir que o Ministério Público, no contexto do Contencioso Administrativo angolano, dispõe de importantes poderes de iniciativa e de intervenção. Impõe-se, efectivamente, a introdução de reformas nesse domínio com vista a lograr uma maior relevância de elementos de natureza subjectivista. Todavia, reputamos que estas modificações não deverão nunca esvaziar o conteúdo das funções do Ministério Público como órgão fiscalizador da legalidade e garante do interesse público nas jurisdições.

BIBLIOGRAFIA

- CARLOS FEIJÓ, *Procedimento e contencioso administrativo – Texto e legislação*, ed. Ministério da Administração Pública, Emprego e Segurança Social, Luanda, 1999.
- CARLOS FERNANDES CADILHA, “Legitimidade plural e relação jurídica administrativa”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 62.
- CASALTA NABAIS (coordenação), *A Reforma da Justiça Administrativa*, Coimbra, 2005.
- CREMILDO PACA, *Direito do Contencioso Administrativo Angolano*, ed. Almedina, Coimbra, 2008.
- DIOGO FREITAS DO AMARAL/MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, 3.ª ed., ed. Almedina, Coimbra, 2004.

²⁶ Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha, *comentário ao Código de Processo nos Tribunais administrativos*, Almedina, 2005, p. 26

- GUILHERME DA FONSECA, “Legitimidade processual singular, contencioso administrativo e associações sindicais”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 43.
- JOÃO CAUPERS, *Introdução ao Direito Administrativo*, 10.ª ed., ed. Âncora, Lisboa, 2009, pp. 387 sgs.
- JORGE MIRANDA, “Os parâmetros constitucionais da reforma do contencioso administrativo”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 24.
- JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 11.ª ed., Coimbra, 2011.
- MARIA DA GLÓRIA GARCIA, *Do Conselho de Estado ao actual Supremo Tribunal Administrativo*, 2.ª ed., Lisboa, 2008.
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Considerações em torno do conceito de acto administrativo impugnável”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano*, vol. II, Coimbra, 2006.
- MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010.
- SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, vol. I, Lisboa, 2005, pp. 439 ss.

A Desconcentração e a Descentralização em Angola¹

The Deconcentration and decentralization in Angola

OVÍDIO PAHULA²

Resumo: A institucionalização do poder local representa para Angola, depois da implantação do multipartidarismo e da economia de mercado, um desafio prioritário, premente e seguro para a consolidação do Estado democrático, de Direito. As autarquias locais como pilar central do poder local (embora em Angola – o Poder Local – seja, também, constituído pelas instituições do poder tradicional e outras formas de participação dos cidadãos) deve merecer por parte dos estudiosos Angolanos (académicos, políticos, e t. c.) uma atenção especial. Estando prevista, para breve, a institucionalização do poder local em Angola, entendemos escolher o tema «A Desconcentração e a Descentralização em Angola», pelo facto da desconcentração, no nosso pensamento, constituir uma base segura para a institucionalização do poder local em Angola.

Palavras chaves: *Desconcentração, Descentralização, Poder Local.*

Summary: The institutionalization of local power represents for Angola after the introduction of multiparty politics and the market economy a priority challenge, urgent and safe for the consolidation of the democratic State of law. Local authorities as the central pillar of local power (although in Angola – Local power– be also comprises by institutions of traditional power and other forms of citizen participation) must earn it by the Angolan scholars (academics, politicians, and e.t.c) a special attention. Because of expecting soon the institutionalization of local power in Angola, we have found to choose the theme «The Deconcentration decentralization in Angola» because of devolution in our thinking constitute a secure base for the institutionalization of local power in Angola.

Key words: *Devolution, Decentralization, Local Power.*

¹ Entregue: 31.8.2014; aprovado: 10.10.2014.

² Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da Faculdade de Direito da Universidade «Mandume-ya-Ndemufayo» – Lubango.

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I – A DESCONCENTRAÇÃO E A DESCENTRALIZAÇÃO EM ANGOLA

1. Generalidades

1.1. *Razão de Ordem*

O Estado tem como missão primordial a satisfação, com eficiência, das necessidades dos administrados, actuando sempre na base do **interesse público**.

Nesta senda, ele (o Estado) quando actua, deve sempre o fazer no âmbito do interesse da colectividade e como um servidor público.

Para Hely Lopes Meirelles³: “serviço público – é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da colectividade ou simples convivência do Estado”.

Na mesma banda, José dos Santos Carvalho Filho⁴ – entende por **serviço público** – “como toda actividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vista a satisfação de necessidades essenciais e secundárias da colectividade”.

Com efeito, a actuação estadual pode ser feita de forma **directa** – quando os diversos órgãos do Estado, dentro da sua estrutura administrativa (Ministérios, Secretarias de Estado, Governos Provinciais, Administrações Municipais e Comunais) fazem-no directamente; Dito de outro modo, quando os mesmos órgãos do Estado forem os executores das tarefas preconizadas.

³ Meirelles, Hely Lopes – Direito Administrativo Brasileiro – São Paulo, Ed. Malheiros, 1997, 22.^a Ed. Página 297.

⁴ Filho, José dos Santos Carvalho – Manual de Direito Administrativo – Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 3.^a edição – 1999 – página 217).

Perante tal situação, estamos diante de uma administração centralizada; porquanto, o próprio Estado chama junto de si a execução da sua actividade – **centralizando-a**.

Por outro lado, quando os serviços do Estado são executados por outras pessoas colectivas públicas, isto é, por órgãos diferentes do Estado – embora sob tutela deste (Estado), estamos perante uma administração que pode desembocar numa **descentralização** cujo conceito e suas modalidades veremos adiante.

CAPÍTULO II

2. Desconcentração

2.1. *Questões gerais*

A **desconcentração** compreende a transferência, em maior ou menor grau, de alguns poderes e/ou competências dentro dos órgãos do estado; por outras palavras, “é uma questão que se põe apenas dentro de qualquer outra entidade pública”⁵. Para que haja **desconcentração** é necessário que dentro de uma mesma pessoa colectiva pública sejam repartidas as competências por distintos órgãos⁶. Porquanto, “a desconcentração não implica o surgimento de outras entidades.”⁷ Concluindo, **desconcentração** – “é o sistema em que o poder decisório se reparte entre o superior e um ou vários órgãos subalternos, os quais, todavia, permanecem, em regra, sujeitos a direcção e supervisão daquele”.⁸

⁵ Amaral, Diogo Freitas – curso de Direito Administrativo – 2.ª edição – vol. I – Almedina – Janeiro de 2004 – página 657.

⁶ Sousa, Marcello Rebelo; Matos, André Salgado – Direito Administrativo geral – Introdução e princípios Fundamentais – Tomo I – 2.ª Edição – Dom Quixote – Novembro – 2006 – página 147.

⁷ Poulson, Lazarino – As Autarquias Locais e as Autoridades Tradicionais no Direito Angolano – Esboço de uma teoria subjectiva do poder Local – Casa das ideias – 1.ª edição – Janeiro de 2009 – Página 28.

⁸ Amaral, Diogo Freitas – Curso de Direito Administrativo – 2.ª edição – vol. I Almedina – Janeiro de 2004 – página 658.

2.2. *Espécies de desconcentração*⁹

2.2.1. *Níveis de desconcentração*

Os níveis de desconcentração podem ser:

- Central – quando a desconcentração é feita a nível central, isto é, dentro dos órgãos centrais do aparelho do Estado.
- Local – quando a desconcentração é feita a nível local, isto é, dentro dos órgãos locais do aparelho do Estado.

2.2.2. *Graus de desconcentração*

No que tange aos graus, a desconcentração pode ser:

- **Absoluta** – “quando é tão intensa e é levada tão longe que os órgãos por ela atingidos se transformam de órgãos subalternos em órgãos independentes.”¹⁰
- **Relativa** – “é menos intensa e, embora atribuindo certas competências próprias a órgãos subalternos, mantém a subordinação destes ao poder superior.”¹¹

2.2.3. *Formas de desconcentração*

Quanto a sua forma, a desconcentração pode ser:

- **Originária** – quando decorre da lei que fixa as competências dos superiores e dos subalternos.
- **Derivada** – quando não se efectiva, expressamente de forma legal, isto é, quando a mesma ocorre mediante um “acto específico praticado para o efeito pelo superior”.¹²

⁹ Sobre as espécies de Desconcentração, ver:

– Feijó, Carlos; Paca, Cremildo – Direito Administrativo vol. I – INTRODUÇÃO e organização Administrativa – 2.ª edição – Março de 2008 – vislis – Editores, Lda. página 175 e seguintes.

– Amaral, Diogo Freitas – ob. cit. – páginas 660 e seguintes.

¹⁰ Amaral, Diogo Freitas – ob. cit. Página 661.

¹¹ Amaral, Diogo Freitas – ob. cit. Página 661.

¹² Amaral, Diogo Freitas – ob. cit. Página 661.

2.3. A desconcentração em Angola¹³

Em Angola, tal como em Moçambique¹⁴, quando nos referimos sobre a **desconcentração**, embora a mesma se verifique, também, a nível central (Ministérios por exemplo); o assunto coloca-se, com maior ênfase, no âmbito dos “**órgãos da administração local do Estado**,” que são, em regra, (os Governos Provinciais, Distritais¹⁵ e Postos Administrativos¹⁶).¹⁷

A constituição angolana¹⁸ prevê a **desconcentração**¹⁹ que, para além daquela que se verifica dentro dos Ministérios, compreende:

- Órgãos de Províncias (Governador Provincial e Governos Provinciais²⁰), Administradores Municipais (Administrações Muni-

¹³ Sobre a Desconcentração em Angola, entre vários autores Angolanos, ver:

– **Poulson, Lazarino** – As Autarquias Locais e as Autoridades Tradicionais no Direito Angolano – Esboço de uma Teoria subjectiva do poder Local – casa das ideias – 1.ª edição – Janeiro de 2009.

– **Feijó, Carlos; Paca, Cremildo** – Direito Administrativo – Introdução e organização Administrativa – vol. I – 2.ª edição – Vilis Editores – Leda – Viseu (Portugal) – Março de 2008.

– **Pahula, Ovídio** – Estudos sobre o sistema Jurídico – Económico Angolano – 1.ª edição – Principia – Portugal – Janeiro de 2008.

– **AAVV** – A Descentralização em Angola – Textos de Análise e Legislação de Base – Edição do PENUD – Março de 2002.

– **Feijó, Carlos** – Problemas Actuais de direito Público Angolano – Contributos para a sua Compreensão – Principia – 1.ª edição – Outubro de 2001.

– **Pereira, Virgílio Fontes** – O Poder Local: da imprecisão do seu conceito á certeza da sua Evolução – Dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – 1997.

¹⁴ Descentralização, Planeamento e sistema orçamental em Moçambique – Ministério do Plano e Finanças (República de Moçambique) – Principia – Junho de 2004.

¹⁵ Em Angola, são as Administrações Municipais.

¹⁶ Em Angola são as Administrações Comunaes.

¹⁷ Descentralização, Planeamento e sistema Orçamental em Moçambique – Ministério – do Plano e Finanças (República de Moçambique) – Principia – Junho de 2004 – página 31.

¹⁸ Publicada no diário da República n.º 23 1.ª série de 5 /02/2010.

¹⁹ Artigo 201.º e outros da constituição Angolana.

²⁰ A nível das Provinciais, existem três Delegações (**Interior, Finanças e Justiça**) – Como serviços desconcentrados do Órgão central de especialidade, cuja nomeação

cupais), Administradores Comuns (Administrações Comuns), nomeados pelo Governo (Poder Central)²¹ e Desconcentrados do mesmo, isto é, são seus representantes numa determinada parcela territorial²².

CAPÍTULO III

3. A descentralização²³

3.1. *Questões gerais*

Antes de me debruçar, concretamente, sobre o conceito de **descentralização**, é importante reter que “uma forma possível de reduzir os problemas associados às votações por maioria e ao processo político (sem, no entanto, os eliminar) consiste em descentralizar todas as competências que possam ser exercidas a nível local”²⁴ Dito de outro modo,

dos seus titulares, depende dos respectivos Ministros, embora o Governador Provincial seja Ouvido, (na prática – em relação a nomeação dos Delegados do Interior, os Governadores Provinciais são, raramente, ouvidos) – ver sobre este assunto: artigos 38,39,40 e 41 da Lei n.º 17/10 de 29 de Julho.

²¹ Ver artigos 17.º, 50.ª – e 73.º – da Lei n.º 17/10 de 29 de Julho.

²² **Pahula, Ovídio** – Estudos sobre o sistema Jurídico – Económico Angolano – Principia – 1.ª edição – Janeiro de 2008 – página 85.

²³ Sobre a Descentralização, em geral, entre vários autores, ver:

– **Caetano, Marcello** – Manual de Direito Administrativo – vol. I – Almedina – Coimbra – 10.ª edição (7.ª reimpressão) – Junho de 2001 – página 148 e seguintes.

– **Sousa, Marcelo Rebelo; Matos, André Salgado** – Direito Administrativo Geral – Introdução e Princípios Fundamentais – Tomo I – 2.ª edição – Dom Quixote – Novembro de 2006 – Páginas 143 e seguintes.

– **Amaral, Diogo Freitas** – Curso de Direito Administrativo – 2.ª edição vol. I – Almedina – Janeiro de 2004 – páginas 694 á 712.

– **Feijó, Carlos; Paca, Cremildo** – Direito Administrativo vol. I – 2.ª edição – Vislis Editores – Março de 2008 – páginas 183 á 197.

– **Miranda, Jorge** – Manual de Direito Constitucional Tomo III – Estrutura constitucional do Estado – 5.ª edição – Coimbra – Editora – Março de 2004 – página 277 e seguintes.

²⁴ **Alves, André Azevedo; Moreira, José Manuel** – O que é a Escolha Pública – para uma análise Económica da Política – Principia – 2004 – Página 105.

a transferência de funções, eminentemente, locais para os Municípios, Comunas e Povoações onde reside a maior parte das populações (por exemplo em Angola), em vez do centro, constitui tal pensamento a pedra angular do princípio da **descentralização** e do **poder local**. O nosso pensamento propugna a transferência de poderes e funções do centro (sem prejuízo de fortes actividades económicas e estatais, como por exemplo, a **Defesa** e a **Segurança Nacionais**) para os **órgãos descentralizados locais (Municípios e/ou Comunas)**²⁵ tendo como esteio o princípio da subsidiariedade, que defende que “variadíssimas actividades governamentais não requerem uma política a nível nacional”.²⁶

Chegados até aqui, é importante saber, então, o que é a **Descentralização**?

Descentralização – é o acto pelo qual o Estado deixa que determinados interesses e actividades **administrativas**²⁷, e até **políticas**²⁸, sejam realizadas por outras pessoas colectivas de direito público. Significa que as populações residentes num determinado território (por exemplo Município e/ou Comuna em Angola) elegem os seus órgãos representativos para realizarem actividades próprias no âmbito dos seus interesses comuns e específicos, sem qualquer dependência hierárquica²⁹.

A **descentralização** – “existe quando o Estado cria pessoas – colectivas de direito público (**institutos públicos** ou **autarquias institucionais**) e a cada uma delas comete o exercício de uma atribuição ou de um feixe de atribuições que lhe caberiam”.³⁰ Todavia, há que inferir

²⁵ Pahula, Ovídio – Estudos sobre o sistema Jurídico – Económico Angolano – Princípios – 1.ª Edição – Janeiro de 2008 – página 83.

²⁶ Alves, André Azevedo; Moreira, José Manuel – op. cit. Página 106.

²⁷ Por exemplo: saneamento básico, transportes públicos locais, abastecimento de água, regularização de feiras e mercados, ordenamento do território e urbanismo.

²⁸ Quando a **descentralização**, quanto ao seu grau, ganha um órgão legislativo de natureza Parlamentar e um Governo, então, estamos em presença de uma **descentralização Política** que dá origem a Regiões autónomas.

²⁹ Sem prejuízo dos limites impostos por lei (tutela administrativa) de modo a se evitar atropelos á legalidade, a administração e aos direitos dos cidadãos bem como a unicidade e coesão do Estado.

³⁰ Neves, Maria José L. Castanheira – Governo e Administração Local – Coimbra – Editora – 2004 – página 29.

que a **descentralização** pode tomar um sentido **jurídico** (quando a lei³¹ prevê a existência de **autarquias locais**);³² e um sentido **político**³³ e **administrativo**³⁴ – quando “os órgãos das **autarquias locais** são livremente eleitos pelas respectivas populações, quando a lei os considera independentes na órbita das suas atribuições e competências, e quando estiverem sujeitos a formas atenuadas de tutela administrativa, em regra restritas ao controlo da legalidade”.³⁵

Para Carlos Feijó e Cremildo Paca³⁶ – o sistema é descentralizado – “quando o exercício da actividade administrativa não é apenas prosseguido pelo Estado mas também a outras pessoas colectivas Públicas”.

3.2. Formas de descentralização

Quanto as formas de descentralização, este assunto não tem sido pacífico;³⁷ porquanto, determinamos autores³⁸ defendem que só existe uma forma de descentralização, isto é, a descentralização territorial;

³¹ Geralmente a constituição.

³² **Amaral, Diogo Freitas** – Curso de Direito Administrativo – vol. I – 2.^a edição – Almedina – Janeiro de 2004 – página 693.

³³ Sobre a Descentralização política (voltaremos a este assunto no ponto n.º 3.2.5. deste trabalho).

³⁴ **Diogo Freitas do Amaral** – Também defende que a **Descentralização** em sentido **Administrativo** equivale a **auto – administração**.

³⁵ **Amaral, Diogo Freitas** – ob. Cit. Página 694.

³⁶ **Feijó, Carlos; Paca, Cremildo** – Direito Administrativo – Introdução e organização Administrativa – vol. I 2.^a edição – Visilis – Lisboa – Março – 2008 – página 184.

³⁷ Em França, por exemplo, determinados autores defendem que são contra a inclusão de outras formas de Descentralização no conceito original – dizem os mesmos – que é impensável ter no estabelecimento Público, só por si, um fenómeno de Descentralização.

Sustentam, ainda, que numa verdadeira descentralização existe uma autonomia na respectiva direcção eleita pela respectiva Comunidade local. Este pensamento também é partilhado por muitos autores Espanhóis.

Na Itália, por exemplo, não se distingue a conceptualização da descentralização da desconcentração.

Em África (Botswana, Lesoto, Ilhas Maurícias, Namíbia, Zimbabué, Suazilândia) todos são favoráveis a Descentralização; só que dentro de um estilo empírico.

³⁸ **Correia, Sérvulo; Amaral, Diogo Freitas** e outros.

remetendo as outras formas de descentralização ao instituto de devolução de poderes.³⁹ A **devolução de poderes** consiste no descongestionamento do Estado (no âmbito na sua ampla e múltipla actividade) de modo a permitir uma gestão mais simples, eficiente e versátil de determinados interesses da colectividade⁴⁰.

Com efeito, a **devolução de poderes** se apresenta em diversas formas em distintos Países,⁴¹ tais como:

- **Estabelecimentos Públicos** (França).
- **Autarquias Institucionais** (Itália).
- **Autarquias administrativas** (Brasil).
- **Institutos Públicos** (Portugal).

3.2.1. *Descentralização institucional*

A descentralização institucional é responsável pelo aparecimento de institutos públicos.

Ex.: O instituto nacional de estradas de Angola (INEA).

3.2.2. *Descentralização empresarial*

A descentralização empresarial dá origem a empresas públicas⁴².

Ex.: TAAG

³⁹ Para Freitas do Amaral – **Devolução de Poderes** – é “o sistema em que alguns interesses Públicos do Estado ou de pessoas colectivas da população e território, são postos por lei a cargo de pessoas colectivas Públicas de fins singulares”:

⁴⁰ **Caetano, Marcello** –Manual de Direito Administrativo-vol.I-Almedina-Coimbra-10.^a edição (7.^a reimpressão) –Junho de 2001-página 188.

⁴¹ *ibidem*.

⁴² sobre o sector empresarial público angolano actual, ver:

– Pahula, Ovidio

– A evolução da constituição económica angolana (tese de mestrado) – casa das ideias – 1.^a edição Novembro de 2010 – paginas 164 e seguintes e bibliografia aí citada.

3.2.3. *Descentralização associativa*

A descentralização Associativa dá lugar a associações locais e/ou mesmo a ONG'S locais.

3.2.4. *Descentralização administrativa*

A descentralização administrativa⁴³ – ocorre quando a função administrativa é exercida por entidades colectivas públicas (autarquias locais) eleitas pelas comunidades dos respectivos territórios, em vez do Estado – administração.

Com efeito, é importante reter que não basta que a descentralização administrativa seja consagrada por lei; porquanto, «é necessário que essas pessoas colectivas públicas (autarquias locais) e os seus órgãos sejam investidos pela lei de atribuições e competências que permitam efectivamente a aproximação da administração relativamente as populações e que lhes sejam afectados os recursos humanos e financeiros necessários suficientes para que possam prosseguir aquelas atribuições e exercer aquelas competências».⁴⁴

Aqui é importante reter que a **descentralização administrativa** deve obedecer, rigorosamente, os seguintes requisitos:

- Reconhecimento pelo Estado de colectividades humanas baseadas numa solidariedade de interesses.
- Gestão desses interesses por órgãos eleitos, emanados das colectividades.
- O controlo administrativo sobre esses órgãos, exercido pelo Estado».⁴⁵

⁴³ Não confundir com a **descentralização Política** que veremos mais adiante.

⁴⁴ De Sousa, Marcelo Rebelo; De Matos, André Salgado – Direito Administrativo geral – Introdução e Princípios fundamentais – Tomo I – 2.^a edição – Dom Quixote – Nov. – 2006 – páginas 143 á 144.

⁴⁵ **Machado, João Baptista** – participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na constituição de 1976, Coimbra, 1982, página 27.

- **Autonomia financeira** dos órgãos eleitos por essas comunidades, isto é, as **autarquias locais** devem dispor de um “poder autónomo no domínio do **planeamento financeiro e contabilidade autárquica**, ou seja, poder de elaborar, aprovar e alterar os orçamentos próprios e os planos de actividades; e, bem assim, para elaborar e aprovar os respectivos balanços e contas;”⁴⁶ sem olvidar a **autonomia tributária**, da qual avultam a **autonomia fiscal e creditícia**; e por último, a autonomia **patrimonial, orçamental e de tesouraria**.⁴⁷

3.2.5. *Descentralização Política (regiões Autónomas)*

Ficou dito atrás que a **descentralização**, quanto ao seu grau, pode ganhar um **órgão legislativo de natureza parlamentar** e um **governo**, então, estamos em presença de uma **descentralização política** que dá origem a **regiões autónomas**.

Porquanto, aqui, “Para além da **descentralização administrativa**, está-se já perante a **descentralização política**.”⁴⁸ Todavia, a **descentralização política** não implica **federalismo** como alguns círculos, por vezes, no meu País (Angola), procuram confundir as nossas populações; porquanto, as atribuições legislativas e governativas que são concedidas as regiões (Províncias, Municípios, etc. isto é, conforme o País e o caso) em maior e/ou menor grau, nunca atingem uma verdadeira forma estadual; visto que a **descentralização política** “equivale, não a soberania, mas apenas a autonomia **político – administrativa** ou a **autonomia com integração**.”⁴⁹

⁴⁶ Nadais, José Casalta – A Autonomia Financeira das Autarquias Locais – Almédina – Outubro de 2007 – página 33.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Feijó, Carlos; Paca, Cremildo – Direito Administrativo Vilis Ed. – vol. I – 2.^a edição – 2008 – página 191.

⁴⁹ Miranda, Jorge – Teoria do Estado e da constituição – Coimbra – editora – 2002 – página 334

Finalmente, neste ponto, importa sublinhar que a **descentralização** não significa **autonomia absoluta** dos entes públicos diferentes do Estado (**autarquias e/ou órgãos de regiões autónomas**) em relação a **tutela estadual**, sob pena de se mergulhar no **arbítrio, descontrolo** e até, na pior das hipóteses, no **desmembramento do território**.⁵⁰

Aqui, é importante que se estabeleçam mecanismos jurídico-legais multiformes que permitam um exercício da **tutela administrativa**⁵¹ do Estado em relação as **autarquias locais e/ou os órgãos das regiões autónomas**; isto é, é necessário definir, a luz de uma legislação específica e concreta, a esfera e os limites de actuação dos entes públicos diferentes do Estado (**autarquias locais e os órgãos das regiões autónomas**), de modo a que se estabeleça uma boa governação conducente ao desenvolvimento harmonioso e equilibrado de todas as parcelas do território nacional. Quando falamos dos **limites de autonomia das autarquias locais e/ou dos órgãos das regiões autónomas**, estamos a nos referir, concretamente, a **tutela do Estado** em relação as mesmas (**autarquias locais e órgãos das regiões autónomas**).

Na verdade, a **tutela estadual** divide-se:

A) – Quanto ao **fim**:

- De **legalidade**
- De **mérito**

B) – Quanto ao **conteúdo**:

- **Integrativa**
- **Inspectiva**

⁵⁰ Para Carlos Feijó – in “plano de Investigação da Dissertação de Doutoramento em Direito, apresentado ao conselho científico da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa: «A ausência de tutela administrativa do Estado, no âmbito de um estudo unitário, sobre o poder local autónomo é um meio – caminho para a federalização do País. Por, isso apesar da tutela administrativa não constituir um elemento constitutivo do poder local autónomo não deixa de ser no plano das relações inter subjectivas um elemento axiológico – valorativo do Estado unitário Angolano».”

⁵¹ Para **Diogo Freitas do Amaral** – Curso de Direito Administrativo – 2.ª edição – vol. I – Almedina – 2004 – página 699 – **Tutela Administrativa** – “consiste no conjunto dos poderes de intervenção de uma pessoa colectiva pública na gestação de outra pessoa colectiva, a fim de assegurar a legalidade ou o mérito da sua actuação”.

- Sancionatória
- Revogatória
- Substitutiva.⁵²

Nos nossos dias, a **tutela administrativa** usual e frequente é a de **legalidade**, isto é, aquela que consiste na verificação de uma decisão se é conforme ou não com a lei. Angola, no nosso entender, na fase inicial, deverá estabelecer juridicamente as tutelas de **mérito** e de **legalidade** tendo em conta a **capacidade e qualidade dos recursos humanos**⁵³ das futuras **autarquias locais** e os aspectos **administrativos, técnicos, financeiros, etc.** das mesmas.

3.3. A descentralização em Angola⁵⁴

O texto constitucional Angolano prevê o princípio da descentralização político-administrativa no seu n.º 1 do artigo 213.º; o que nos

⁵² Sobre a tutela administrativa ver: **Amaral, Diogo Freitas** – ob. cit. Página 699 á 712.

⁵³ Sobre os recursos humanos que prestam serviços na administração local do Estado, o Presidente da República de Angola, Eng.º **José Eduardo dos Santos**, na sua Intervenção do dia 30/08/2004 no primeiro Encontro nacional sobre A Administração local Em Angola, disse: “... Os dados Estatísticos disponíveis dão-nos conta que 87% dos recursos humanos ao serviço da Administração Pública prestam serviço a nível das Províncias, dos quais cerca de 50% estão concentrados em apenas três Províncias, designadamente Luanda, Benguela e Huíla.

Desde total, 79% prestam serviço nos Governos Províncias, 19% nas Administrações Municipais e apenas 1% nas Administrações Comunsais.

Para além desse aspecto quantitativo, os dados dizem que no plano qualitativo apenas 3% dos efectivos da Administração local do Estado são **técnicos superiores** e, desses, 97% prestam serviços nos governos Provinciais”.

⁵⁴ Sobre a Descentralização em Angola, entre vários autores angolanos, ver:

– **Feijó, Carlos** – Problemas Actuais de Direito Público Angolano – Contributos para a sua Compreensão – principia – 1ª edição – Outubro de 2001.

– **Feijó, Carlos; Paca, Cremildo** – Direito Administrativo – Introdução e organização Administrativa – Vol. I – 2ª edição – vilis Editores, Lda. – 2008.

– **Poulson, Lazarino** –

==> As Autarquias Locais E As Autoridades Tradicionais No Direito Angolano – Esboço de uma teoria subjectiva do poder Local – casa das ideias – Janeiro de 2009.

Pensar Direito III – casa das ideias – Dezembro de 2009.

leva a inferir, desde já, que a actual constituição de Angola permite o surgimento, no território angolano, de regiões autónomas. Quanto a descentralização administrativa, em Angola, a mesma compreende a institucionalização de autarquias locais, o reconhecimento das instituições do poder tradicional e outras modalidades específicas de participação dos cidadãos⁵⁵.

As autarquias locais, em Angola, terão direito a programas de desenvolvimento, a recursos financeiros próprios provenientes, em parte, de rendimentos e de impostos locais⁵⁶.

No quadro do asseguramento do livre exercício das suas atribuições e princípios da autonomia local, as autarquias locais terão regulamentos próprios e podem recorrer, quando necessário, ao poder judicial quando os seus direitos estiverem ameaçados⁵⁷.

Quanto as categorias, as autarquias locais, em Angola, compreenderão os municípios; sem prejuízo da institucionalização de autarquias de nível supra-municipal tendo em atenção as especificidades culturais, históricas e o grau de desenvolvimento⁵⁸.

No mesmo sentido, a legislação ordinária pode estabelecer outros escalões infra-municipais da organização territorial da administração local autónoma⁵⁹.

No âmbito da sua organização, as autarquias locais compreenderão:

- Uma assembleia com poderes deliberativos.
- Um órgão executivo colegial constituído pelo seu presidente e por secretários por si nomeados, todos responsáveis perante a assembleia da autarquia.
- O presidente do órgão executivo da autarquia, por imperativo legal, é o cabeça da lista mais votada para a assembleia⁶⁰.

⁵⁵ N.º 2 do artigo 213.º da Constituição de Angola.

⁵⁶ N.ºs 1 e 2 do artigo 215.º da Constituição Angolana.

⁵⁷ Artigo 216.º da Constituição Angolana.

⁵⁸ N.ºs 1 e 2 do Artigo 218.º da Constituição Angolana.

⁵⁹ N.º 3 do Artigo 218.º da Constituição Angolana.

⁶⁰ N.ºs 1, 2, 3, 4 e 5 do Artigo 220.º da Constituição Angolana.

No que tange a tutela **administrativa do executivo** sobre as autarquias locais, o texto constitucional prevê:

- A tutela **administrativa do executivo** sobre as autarquias locais consiste na verificação do cumprimento da lei por parte dos órgãos autárquicos⁶¹.
- A dissolução dos órgãos autárquicos, pelo facto de emanarem de eleições, só pode ter lugar quando, no exercício das suas funções, se verificarem acções ou omissões ilegais graves; sem prejuízo das mesmas autarquias locais impugnarem contenciosamente as ilegalidades, através dos tribunais, que possam ser infringidas pela entidade utente do exercício dos poderes de tutela⁶².

4. Conclusões

Ao longo da nossa intervenção fomos adiantando algumas conclusões que, aqui e agora, devem ser a floradas nos seguintes termos:

- A **desconcentração** é um processo que ocorre dentro dos órgãos do Estado cujo fito assenta na transferência de algumas funções de um órgão superior para outro inferior com o objectivo de tornar mais **célere, versátil e eficaz** a acção estadual, aos diversos níveis, no âmbito da resolução dos problemas da colectividade.
- A **desconcentração** consagrada no artigo 201.º e outros da constituição Angolana de 05/02/2010 é um facto evidente que constitui uma base segura rumo a **descentralização**, embora, no nosso entender, é urgente e imperativa a revisão da divisão político – administrativa do País (criação de mais Províncias e Municípios), devido a enorme extensão territorial do País que não permite a aproximação, com eficiência e eficácia, dos serviços públicos junto das populações que vivem em regiões mais recônditas.

⁶¹ N.ºs 1 e 2 do Artigo 221.º da Constituição Angolana.

⁶² N.ºs 3 e 4 do Artigo 221.º da Constituição Angolana.

- Não obstante que a **desconcentração** se verifique, também, dentro dos Ministérios; o assunto ganha maior ênfase no âmbito daquela (**desconcentração**) que se verifica a nível dos órgãos da administração local do Estado, devido a importância dos factores de **contiguidade territorial** e dos **interesses comuns** das comunidades (Municípios, Comunas, Bairros, Mucundas, Quimbos, etc).
- A **desconcentração**, a nível local, compreende:
 - Governadores
 - Governos Provinciais
 - Administradores Municipais
 - Administrações Municipais
 - Administradores Comunais
 - Administrações Comunais
- A **descentralização** é um processo em que o Estado permite que determinados interesses e actividades **administrativas** e, até, **políticas** sejam realizadas por outras pessoas colectivas públicas, distintas dele, – por exemplo as **autarquias locais** e/ou as **regiões autónomas**.
- A **descentralização** é consagrada pelo artigo 213.º da constituição Angolana de 05/02/2010.
- O processo de **desconcentração** que está decorrer em Angola, constitui o pedestal seguro para a implementação, com êxito, da **descentralização** que processar-se-á, na base do **gradualismo**, conforme estipula o artigo 242.º da constituição.
- O espírito e a letra do artigo 213.º da constituição Angolana nos leva a inferir que Angola poderá ser, no futuro, um Estado **uni-tário parcialmente regional**, concretamente, em relação a região de Cabinda tendo em atenção as suas especificidades geográficas, económicas e históricas.⁶³

⁶³ **Waty, Teodoro Andrade** – contributo para uma Teoria de descentralização Financeira em Moçambique – Almedina – Fevereiro de 2010 – paginas 24 e 25.

- O texto constitucional Angolano⁶⁴ reconhece, pela primeira vez, do ponto de vista do direito constitutivo, o **poder tradicional** – que é aquele que se funda numa cultura milenar; porquanto, o mesmo (poder tradicional) existiu antes do Estado.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AAVV – Encontro Nacional sobre A Administração Local em Angola – MAT E PNUD – 1.^a edição: Luanda – Março – de 2005.
- AAVV – A Descentralização em Angola. Texto de análise. Legislação de base – Ministério da Administração do Território – Março 2002.
- Alves, André Azevedo; Moreira, José Manuel – O que é a escolha pública? – Para uma análise económica da política – Principia – 1.^a edição – Janeiro de 2004.
- Amaral, Diogo Freitas – curso de Direito Administrativo – 8.^a reimpressão – 2.^a edição – Almedina – Volume I – Janeiro de 2004.
- Caupers, João – Introdução ao Direito Administrativo – 8.^a Edição – Ancora Editora – Setembro de 2005.
- Caetano, Marcello – Manual de Direito Administrativo – vol. I – Almedina – Coimbra – Junho de 2001.
- Canotilho, J. J. Gomes – Direito Constitucional e Teoria da Constituição – Almedina – 2.^a edição – 1998.
- Feijó, Carlos – Problemas Actuais de Direito Público Angolano – Contributos para a sua compreensão – Principia – 1.^a edição – Outubro – 2001.
- Feijó, Carlos; Paca, Cremildo – Introdução e Organização Administrativa – Vislis Editores – Lda. Lisboa – Março – 2008.
- Filho, José dos Santos Carvalho – Manual de Direito Administrativo – Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 3.^a edição – 1999.
- Ministério do Plano e Finanças (República de Moçambique) – Descentralização, Planeamento e Sistema orçamental em Moçambique – principia – 2004.
- Miranda, Jorge – Manual de Direito Constitucional – Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado – 5.^a Edição – Coimbra Editora – Março de 2004.

⁶⁴ Publicado no diário da República n.º 23 – 1.^a série de 5/02/2010.

- Machado, João Baptista – participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade Na constituição de 1976, Coimbra, 1982.
- Maffini, Rafael – Direito administrativo – 2.^a edição Revista, actualizada e ampliada – Editora – Revista dos Tribunais 2008.
- Neves, Maria José L. Castanheira – Governo e Administração Local – Coimbra – Editora – 2004.
- Nabais, José Casalta – A Autonomia Financeira das Autarquias Locais – Almedina – Outubro de 2007.
- Pahula, Ovidio – Estudos sobre o sistema Jurídico – Económico Angolano – Principia – 1.^a edição – Janeiro de 2008.
- A Evolução da Constituição Económica Angolana (Tese de Mestrado) – Casa das Ideias – 1.^a edição – Novembro de 2010.
- Poulson, Lazarino – Pensar Direito I – casa das ideias Luanda – Novembro de 2007.
- Pensar direito III – Casa das ideias – 1.^a edição – Dezembro de 2009.
- Sousa, Marcelo Rebelo de; Matos, André Salgado de Direito Administrativo geral – Introdução e Princípios Fundamentais – Tomo I – 2.^a edição – Dom Quixote – Nov. – 2006.

Legislação Angolana Consultada

- Constituição da República de Angola de 5/02/2010.
- Lei n.º17/2010/de 29 de Julho 2010.

Direitos de Utilização das Terras: um breve percurso de Direito Comparado¹

Rights of land use: a brief comparative law approach

PAULO CARDINAL²

Resumo: O artigo, depois de uma introdução contextualizante do tema e do roteiro que seguirá e, bem assim, dos propósitos originais do texto que arrancam de Macau e da sua recente reforma da Lei de Terras, procede a uma identificação da matriz ultramarina lusófona, depois prossegue-se numa inventariação necessariamente resumida dos direitos de utilização das terras nos ordenamentos jurídicos da juslusofonia. Posteriormente, procede-se a similar exercício no que toca a alguns ordenamentos jurídicos da Ásia. Com particular ênfase procura-se descortinar, de entre os direitos de utilização das terras, aqueles que revestem a natureza de direitos reais.

Palavras chave: *direitos de utilização das terras, direito comparado, direitos reais*

Summary: The paper, after a context introduction and an identification of its original purposes, that were anchored in the recent reform in Macau of its Land law, identifies the lusophone ultramarine matrix, followed by a necessarily brief identification of the several land law use rights in force in juslusophone legal systems after which it proceed with a similar exercise regarding several Asian legal systems. With a particular emphasis the paper identifies, among those rights, the ones that have the nature of real rights or rights *in rem*.

Key words: *rights of land use, comparative law, rights in rem.*

¹ Entregue: 1.8.2014; aprovado: 8.9.2014.

² Jurista, Doutorando, Faculdade de Direito de Coimbra. As opiniões expostas vinculam apenas o seu Autor e não podem, de modo algum, ser entendidas como expressando opiniões de entidades às quais se acha profissionalmente ligado.

I – INTRODUÇÃO

Este texto, na sua génese³, era enformado por um propósito muito específico e central: o de contribuir para uma melhor compreensão de determinadas questões jurídicas, de grande relevo, que de uma forma mais imediata ou mediata, mais focal ou mais instrumental, se relacionavam, influenciavam ou determinavam soluções para a então futura Lei de Terras de Macau, hoje Lei n.º 10/2013.

Outros temas teriam também de ser analisados como, por exemplo, a irradiação imperativa da Lei Básica relativamente à Lei de Terras, uma dogmática *nutshell* dos direitos reais, uma mirada histórica aos direitos fundiários, etc.. Tudo isto foi feito e integrado num estudo mais amplo. Todavia, o presente artigo corresponde tão só, e parcialmente, à secção relativa ao percurso de direito comparado integrada no referido trabalho mais amplo por nós levado a cabo e que se acha publicado em anexo ao Parecer N.º 3/IV/2013, da 1.ª Comissão Permanente, «Lei de terras»⁴. Concluído este breve intróito explicativo, avance-se então.

Um breve exercício panorâmico de direito comparado⁵, pode revelar-se um elemento auxiliar interpretativo e de ponderação de soluções

³ Texto intitulado «*Subsídios para a análise da proposta de lei de revisão da «Lei de Terras» – História, Direito Comparado, Jurisprudência, Dogmática dos Direitos Reais e Lei Básica*», e elaborado no âmbito e no decurso do exercício de funções profissionais, que se encontra disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-10/po.htm>. Aí se dizia, «*Este texto surge e é delineado e densificado com um propósito bem identificado: auxiliar da análise e elaboração do Parecer da Comissão competente relativo à revisão da Lei de Terras. Esta legislação, escusado será de sublinhar, representa um dos expoentes de máxima influência no tecido jurídico, económico e social da RAEM. Daí, um especial cuidado, profundidade e detalhe que é colocado neste processo legislativo.*».

⁴ O já mencionado «*Subsídios para a análise da proposta de lei de revisão da «Lei de Terras» – História, Direito Comparado, Jurisprudência, Dogmática dos Direitos Reais e Lei Básica*».

⁵ E é isto, não mais, que se pretende com este texto, ou seja, uma apresentação sobretudo descritiva, apenas aqui e ali problematizada, esparsa, por vezes desequilibrada no tratamento que é dado a uma certa ordem jurídica por comparação com outra. Isto é, pretende-se apenas carrear informação, disponibilizar instrumentos e,

a adoptar aquando de revisões da disciplina legal de dada matéria, como foi o caso da revisão da Lei de Terras de Macau. E, conforme pré-avisa OLIVEIRA ASCENSÃO, «*A estrutura dos direitos sobre a terra, com a dialéctica do público e do privado, é um problema básico em todas as civilizações.*»⁶.

Ademais, quando há claramente uma identificação de uma certa matriz da Lei de Terras de Macau anteriormente vigente⁷ (e, por consequência, da que vigora agora): os regimes jurídicos nascidos das leis de terras do período colonial português. Com efeito, ainda hoje, as similitudes das leis de terras de Macau, Angola, Moçambique ou Guiné-Bissau são bem patentes. Assim, será prestada uma especial atenção a estes ordenamentos jurídicos. Acresce ainda a circunstância de aí, por regra, não se admitir a propriedade privada da terra ou tão-somente de a admitir apenas excepcionalmente, imperando o princípio de que as terras vão continuar a ser atribuídas preferencialmente por meio de concessão.

Com efeito, «*Se é vero que o contributo do direito comparado, na justa e adequada medida, é uma ferramenta de grande importância para a compreensão de dada solução jurídica vigente e, naturalmente, ainda mais relevante na ponderação e concretização de nova legislação, também deverá o seu utilizador saber, no imenso oceano de ordens jurídicas que proliferam no Globo, graduar e depois escolher as ordens jurídicas que por determinadas razões, se impõem porque de mais utilidade e adequação. Algumas dessas razões são óbvias e imediatas: antecedentes históricos em geral, comunhão de matriz jurídica em especial, pertença a uma mesma família jurídica, pertença passada*

a comparação jurídica *próprio sensu* apenas é feita em alguns casos. Considera-se, ainda assim, poder este texto deter algumas virtualidades sobretudo informativas e, como se disse, visava, num primeiro momento, habilitar os legisladores de Macau com alguma informação adicional e aberta ao exterior.

⁶ *Direitos de Utilização da Terra*, <http://www.fd.ulisboa.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/>.

⁷ «*O regime jurídico de Macau é de matriz portuguesa.*», afirma-se no *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008. Veja-se ainda, por exemplo, CLÁUDIO MONTEIRO, *Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau*, Revista Jurídica de Macau, 1997, página 346 e seguintes.

a uma mesma ordenação jurídica de escalão superior, identidade de princípio super-estruturantes da matéria em apreciação, identidade de problemas e de objetivos, proximidade geopolítica e sociocultural»⁸.

Ora, no caso dos direitos fundiários de Macau de que nos ocupamos afigura-se cristalina a seguinte composição de pólos de estudo de direito comparado segundo os princípios acima enunciado:

- O estudo do regime fundiário na RPC, porquanto não apenas é o Estado soberano, detendo propriedade sobre solos da RAEM – ainda que configurado em *nudem jus* – como também detém uma enorme proximidade geopolítica e aposta, como princípio super-estruturante na propriedade pública da terra. Por virtude da suma política «um País, Dois Sistemas», o seu estudo é mesmo de direito comparado, no sentido de confronto entre ordens jurídicas distintas.
- O estudo do regime fundiário daquelas ordens jurídicas que, não obstante a sua distância geográfica e social, possuem, no entanto, e com grande vigor, antecedentes históricos gerais comuns, partilham a mesma matriz jurídica de onde então irradiaram para ordens jurídicas independentes, pertencem à família romano-germânica, outrora achavam-se abrigados sob o mesmo ordenamento constitucional do colonizador metropolitano, comungando, muitas vezes, da mesma legislação geral de enquadramento do regime das terras, apresentam, no essencial, uma identidade no princípio, mais ou menos condensado e concretizado nomeadamente com as Constituições da independência, da propriedade pública da terra, deparam-se com uma certa identidade de problemas, tais como o uso e aproveitamento da terras por parte dos particulares, pretendem a atribuição de direitos firmes sobre as terras sem, no entanto, abrir mão do direito de propriedade, optando, nomeadamente, por contratos administrativos de concessão para esse fim. Estas são, como se flui com naturalidade e descomplexadamente, as ordens jurídi-

⁸ PAULO CARDINAL, *Direitos fundiários em Macau – algumas questões a propósito da revisão da Lei de Terras*, inédito.

cas dos Estados de língua oficial portuguesa que compuseram o Ultramar Português, do século XIX em diante: Angola, Moçambique, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste⁹. Aliás, uma leitura *prima facie* de algumas dessas leis imediatamente nos convoca para a Lei de Terras de Macau, na sua estrutura, nos seus princípios, em várias das suas soluções.

Estas assunções ilustram, pois, a relevância deste nosso percurso pelos caminhos do direito comparado em geral, e, em especial, pelo estudo dos regimes jurídicos fundiários dos países de língua oficial portuguesa.

Mas não apenas aqueles ordenamentos jurídicos serão abordados. Com efeito, a legislação de Hong Kong, não obstante se inserir nos domínios da *Common Law* (onde muitas abordagens técnicas são profundamente distintas, nomeadamente ao nível dos direitos reais), também será passada em revista.

E, pela sua contextualização geográfica, serão referenciados alguns ordenamentos jurídicos asiáticos, em particular quanto a algumas questões mais primaciais.

Serão ainda dispensadas algumas palavras ao ordenamento jurídico de Portugal, não obstante aí se admitir plenamente a propriedade privada sobre a terra, porquanto também são previstos mecanismos de utilização e desenvolvimento de terras públicas por parte de entidades privadas.

Ao jeito de introdução comparatista, caberá sumariar o seguinte, em palavras emprestadas sobre um quadro comparativo das formas de exploração da terra:

«A dialéctica da titularidade e do gozo é universal. Toda a terra apropriada, por definição, é de alguém. Em última análise, tem de estar atribuída a um sujeito, no Estado contemporâneo. Há-de haver algum direito que subsista, mesmo que todas as outras faculdades relativas àquela terra, sejam direitos reais de gozo sejam formas de

⁹ Por razões várias infelizmente não nos é possível apresentar um estudo, brevíssimo que fosse, relativamente a Cabo Verde.

aproveitamento mais precárias, desapareçam. Quem fica nessas condições? Há três respostas possíveis:

- 1) *o Estado ou outras entidades públicas,*
- 2) *ou particulares,*
- 3) *ou ainda comunidades(...)*¹⁰.

II – A MATRIZ ULTRAMARINA

Conforme se referiu anteriormente, a matriz do direito das terras de Macau é a portuguesa¹¹, *rectius*, a do *direito ultramarino*¹² posteriormente vazado na anterior lei de terras, como aliás, resulta dos trabalhos preparatórios desta lei de terras vigente e do seu Preâmbulo e, por consequência, ainda na nova Lei de Terras. Ou seja, a legislação específica de Macau no domínio do *direito das terras* acha-se profundamente influenciada pelos sucessivos diplomas que regularam o regime de terras no Ultramar¹³. Como afirma TONG IO CHENG, no caso concreto da «Lei de Terras» de Macau, há uma íntima relação que a sua elaboração tem com a política e as orientações legislativas adoptadas por Portugal para as suas colónias, durante centenas de anos¹⁴.

¹⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos de Utilização da Terra*, cit..

¹¹ Por exemplo, *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008, página 5, e TONG IO CHENG, *Os Direitos Patrimoniais na Lei Básica de Macau – Análise dos Regimes sobre a Protecção do Direito de propriedade, a sua Origem e Legitimidade*, Segundas Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau, 2008, CLÁUDIO MONTEIRO, *Regime jurídico dos solos e da construção urbana em Macau*, cit. páginas 346 e seguintes.

¹² Como se afirmou «*Apesar de algum avanço na matéria fundiária em Portugal e no Brasil, Angola, Guiné Bissau e Moçambique têm algo de comum e a experiência de cada um servirá de suporte para o outro. Timor-Leste poderá evitar muitos erros na matéria fundiária se tiver em conta as lições do passado destes países*», BRAIMA BIAI, *Guiné-Bissau aprova novo Regulamento da Lei de Terras*.

¹³ Parecer do Ministério Público (PGA), de 18 de Setembro de 1990.

¹⁴ *Dos Direitos sobre o Aproveitamento dos Solos em Macau – perspectivas histórica, estrutural e comparativa*, Terceiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa, 2011.

Nos vários países africanos de língua oficial portuguesa as constituições consagram o direito de propriedade privada¹⁵. Iniciaremos por estas ordens jurídicas o nosso percurso.

Sendo ponto assente nestas ordens jurídicas o reconhecimento geral da propriedade privada é também verdadeiro que «*Onde nascem as diferenças é no objecto possível do direito de propriedade privada. Também aqui a técnica não é totalmente coincidente, mas no essencial todos os Estados determinam objectos insusceptíveis de titularidade privada (veja-se o n.º 2 do art. 202.º que considera fora do comércio, logo insusceptíveis de apropriação individual, as coisas que se integram no domínio público). As Constituições reservam um conjunto de bens para o domínio público do Estado, que podem depois ser ou não ampliados pela lei ordinária e em termos também eles mais ou menos amplos. O caso mais marcante é porventura o angolano: a lei das terras de Angola determina na al. j) do n.º 1 do seu art. 29.º que se integram no domínio público do Estado “outras coisas afectadas, por lei ou por acto administrativo”. O ponto central de distanciamento num modelo que, na letra, é muito parecido, reside na admissibilidade ou não de constituição de direitos de propriedade privada sobre prédios rústicos ou urbanos (...). Normalmente a questão vem colocado, tal como no título deste painel, sob a designação de propriedade da terra*»¹⁶.

Com efeito, acompanhando o mesmo texto, «*Enquanto que em Portugal, Cabo-Verde ou São Tomé e Príncipe, a terra qua tale não está integrada no domínio público, porque se reconhece originariamente o direito de propriedade dos privados, em Angola, Moçambique ou Guiné Bissau, as Constituições são muito claras em determinar que a propriedade pertence, na sua totalidade, originariamente ao Estado. Depois, o Estado poderá ou não, dentro de certas condições, alienar essa propriedade.*

¹⁵ Vide, para mais desenvolvimentos, RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 600. O mesmo ocorre na RAEM e, naturalmente, em Portugal.

¹⁶ ASSUNÇÃO CRISTAS, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada: entre a lei a prática*, I Congresso Do Direito De Língua Portuguesa, Jorge Bacelar Gouveia (Coordenação), Lisboa, 2010, páginas 37 e 38.

Assim:

– o n.º 3 do art. 12.º da Constituição angolana dispõe que:

“A terra, que constitui propriedade originária do Estado, pode ser transmitida para pessoas singulares ou colectivas, tendo em vista o seu racional e integral aproveitamento, nos termos da lei”;

– o art. 109.º da Constituição moçambicana determina que *“A terra é propriedade do Estado”*(n.º 1) e que *“A terra não deve ser vendida, ou por qualquer outra forma alienada, nem hipotecada ou penhorada”* (n.º 2);

– o n.º 2 do art. 12.º da Constituição da Guiné-Bissau determina que o solo é propriedade do Estado e o art. 13.º prevê apenas a possibilidade de o Estado concessionar a exploração da propriedade estatal.

Destas disposições podemos retirar dois modelos essenciais quanto à titularidade originária da terra:

– o que entende que a toda a terra pertence originariamente ao Estado;

– e o que apenas procede à reserva de certas coisas para o domínio público do Estado.

Por seu turno, quanto aos direitos que é possível constituir sobre a terra, seja ou não considerada originariamente do Estado, há também dois modelos:

– o que considera possível a constituição de direito de propriedade sobre a terra;

– o que apenas admite outros modelos de uso e exploração da terra, assentes noutra tipo de direitos reais ou na mera concessão da exploração da terra»¹⁷.

¹⁷ ASSUNÇÃO CRISTAS, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada: entre a lei a prática*, cit., páginas 38 e seguintes.

Ou seja, de um lado existem ordenamentos que consagram um regime de objecto universal; do outro, ordenamentos que excluem a propriedade privada sobre certos bens. Assim, Cabo Verde e São Tomé quando prevêm a propriedade privada fazem-no de modo geral, sem nenhuma exclusão objectiva. E, portanto, as pessoas privadas podem constituir domínio sobre qualquer coisa passível de ser objecto de direitos reais: bens móveis, construções, solo. Ao contrário, tanto a Guiné-Bissau, quanto Angola, como Moçambique, declaram que a *terra* é do domínio público do Estado. Assim, em Angola “*A terra (...) constitui propriedade originária do Estado*” (art. 15.º, n.º 1 CRA). Na Guiné-Bissau, dita o art. 12.º n.º 2 CRGB que “*são propriedade do Estado o solo, o subsolo, as águas, as riquezas minerais, as principais fontes de energia, a riqueza florestal e as infra-estruturas sociais*”. Por seu turno, em Moçambique, o art. 109.º CRM declara que “*A terra é propriedade do Estado*” e que *está fora do comércio jurídico da transmissibilidade, não devendo ser “vendida, ou por qualquer outra forma alienada, nem hipotecada ou penhorada”*. Todavia, nestes últimos ordenamentos jurídicos prevêm-se instrumentos de domínio privado limitado¹⁸.

Como se afirma, «*Por estes, o Estado permite que um sujeito individualmente considerado, de direito privado, afecte a terra aos seus interesses, de modo exclusivo, mas não pleno e por tempo limitado. Por outro lado, os interesses passíveis de serem prosseguidos por esses direitos são fixados pelo Estado*»¹⁹.

Uma pequena nota intercalar para alertar que, em vários destes ordenamentos jurídicos, ao lado do sistema legislado, ocorre um sistema costumeiro – com ou sem reconhecimento expresso – que, em várias situações, se distingue daqueloutro²⁰.

Prosseguindo na síntese dos regimes jurídicos agora em apreciação pode-se sumariamente descrever o seguinte cenário: a terra pertence ao Estado e é a este a quem compete, caso entenda que tal traz benefícios para a comunidade, assegurar a melhor forma da sua gestão,

¹⁸ RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, páginas 600 e 601.

¹⁹ RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 600.

²⁰ Um certo paralelismo poderá aqui ser trazido no direito de Macau ancestral não escrito e a questão dos *sai chi kai*.

que pode ou não passar pela constituição de direitos de propriedade sobre a mesma. Destarte, em Angola admite-se em casos bastante circunscritos, a constituição de propriedade privada, enquanto que em Moçambique tal não é admissível. Neste domínio há claramente o predomínio do público sobre o privado. É o Estado que decide como e quando os particulares podem usar a terra. Esta construção estrutural é bem visível nos regimes legais relativos à propriedade e ao uso da terra que extravasam do Código Civil – leia-se, as leis de terras²¹.

A nova Lei de Terras de Macau, mantendo-se embora, segundo julgamos, nessa mesma matriz, ainda que com naturais diferenciações, poderia ter aproveitado o ensejo de reforma e colhido alguns ensinamentos da legislação de, por exemplo, Angola e Moçambique, desde logo numa mais firme caracterização da sua principal figura – a concessão por arrendamento – enquanto direito real. Entre outros pontos.

Avance-se então para o estudo de cada uma das ordens jurídicas agora particularmente consideradas.

III – OS REGIMES JURÍDICOS DAS TERRAS NA JUSLUSOFONIA²²

Angola

O artigo 14.º da nova Constituição de Angola, de 2010²³, estabelece que o Estado respeita e protege a propriedade privada das pessoas

²¹ ASSUNÇÃO CRISTAS, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada: entre a lei a prática*, página 42.

²² Sobre a questão de uma família ou subfamília da juslusofonia, por exemplo, PAULO CARDINAL, *Fundamental rights in Macau: From territory under Portuguese Administration to Special Administrative Region of the PRC*, em *Studies on Macau civil, commercial, constitutional and criminal law*, Jorge Godinho (editor), Lexisnexis, 2010, páginas 10 e 11.

²³ Para uma súmula do regime constitucional anterior, de similitude, nos aspectos essenciais, CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, I Congresso Do Direito De Língua Portuguesa, Jorge Bacelar Gouveia (Coordenação), Lisboa, 2010, páginas 88 e seguintes.

singulares ou colectivas e a livre iniciativa económica e empresarial exercida nos termos da Constituição e da lei.

Por seu turno, o artigo 15.º, simbolicamente epigrafiado *Terra*, estabelece:

«1. A terra, que constitui propriedade originária do Estado, pode ser transmitida para pessoas singulares ou colectivas, tendo em vista o seu racional e efectivo aproveitamento, nos termos da Constituição e da lei.

2. São reconhecidos às comunidades locais o acesso e o uso das terras, nos termos da lei.

3. O disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de expropriação por utilidade pública, mediante justa indemnização, nos termos da lei.»²⁴.

O seu artigo 95.º determina quais são os bens do domínio público e, nos n.ºs 2 e 3 afirma-se que os bens do domínio público são inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis, e, que a lei regula o regime jurídico dos bens do domínio público e define os que integram o do Estado e o das pessoas colectivas de direito público, o regime e formas de concessão, bem como o regime de desafecção dos referidos bens.

Já o seu artigo 96.º, intitulado, *Domínio privado*, estabelece que os bens que não estejam expressamente previstos na Constituição e na lei, como fazendo parte do domínio público do Estado e demais pessoas colectivas de direito público, integram o domínio privado do Estado e encontram-se sujeitos ao regime de direito privado ou a regime especial, sendo a sua administração regulada por lei.

O seu artigo 98.º sob epígrafe *Direitos fundiários* prescreve:

«1. A terra é propriedade originária do Estado e integra o seu domínio privado, com vista à concessão e protecção de direitos fun-

²⁴ Por seu turno, o artigo 16.º (Recursos naturais) determina que, «Os recursos naturais, sólidos, líquidos ou gasosos existentes no solo, subsolo, no mar territorial, na zona económica exclusiva e na plataforma continental sob jurisdição de Angola são propriedade do Estado, que determina as condições para a sua concessão, pesquisa e exploração, nos termos da Constituição, da lei e do Direito Internacional.». O artigo 95.º Constituição de Angola estabelece os bens do domínio público

diários a pessoas singulares ou colectivas e a comunidades rurais, nos termos da Constituição e da lei, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do presente artigo.

2. O Estado reconhece e garante o direito de propriedade privada sobre a terra, constituído nos termos da lei.

3. A concessão pelo Estado de propriedade fundiária privada, bem como a sua transmissão, apenas são permitidas a cidadãos nacionais, nos termos da lei.».

Passada em revista breve a *constituição fundiária* angolana²⁵, importa agora avançar para o regime da Lei de Terras.

A *Lei de Terras de Angola*, aprovada pela Lei n.º 9/04, de 9 de Novembro, dá corpo aos princípios constitucionais²⁶, e contém a regulação de uma particular categoria de coisas imóveis, justamente as terras, que vêm definidas como a *parte delimitada do solo, incluindo o subsolo, e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica, a que corresponda ou possa corresponder um número próprio na matriz predial respectiva e no registo predial*²⁷. E, na medida em que esta lei contém a disciplina de uma dada categoria de coisas corpóreas, regulando o seu aproveitamento através de direitos sobre as mesmas, ela integra, nessa parte, o sistema jurídico de Direito Reais, sendo considerada uma lei excepcional face ao Código Civil, e encerra um subsistema autónomo de Direitos Reais relativamente às terras que permaneçam na propriedade originária do Estado angolano, sendo que esse subsistema apresenta autonomia e especialmente relativamente ao Direito Civil vigente. Desde logo, por força dos princípios de natureza excepcional, que consagra, face ao regime geral do referido Código Civil²⁸.

²⁵ Esta pode ser encarada da seguinte forma: «A *Constituição Fundiária* pode ser entendida como “o núcleo de normas e princípios fundamentais que regem o uso da terra estruturados em razão dos múltiplos fins que ela serve, ou das múltiplas actividades que nela são exercidas”.», CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, página 88.

²⁶ PEDRO SÁRAGGA LEAL et all, *Legislação Angolana de direito imobiliário e direito público Anotada*, vol. I, 2013, página 185.

²⁷ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 729.

²⁸ Idem, páginas 729 e seguintes.

Como se afirmou, «Com efeito, na Lei das Terras encontram-se direitos reais que não estão previstos no Código Civil: o domínio útil consuetudinário e o direito de ocupação precária (art. 34.º). Inversamente, figuras reais que podem incidir sobre imóveis no regime jurídico do Código Civil estão omissas na Lei das Terras, o que significa que não podem ser outorgados sobre esses bens, dada a taxatividade legal: o direito de usufruto, o direito de uso e as servidões prediais. Uma protecção dirigida a uma particular categoria de coisas corpóreas, princípios jurídicos próprios de natureza excepcional e um catálogo diverso de direitos reais, fazem da Lei das Terras um subsistema autónomo dentro do sistema jurídico geral de Direitos Reais de Angola»²⁹.

Com efeito, atente-se no artigo 4.º intitulado *princípios fundamentais da Lei de Terras*:

«A transmissão, constituição e exercício de direitos fundiários sobre os terrenos concedíveis do Estado está sujeita aos seguintes princípios fundamentais:

- a) Princípio da propriedade originária da terra pelo Estado.
- b) Princípio da transmissibilidade dos terrenos integrados no domínio privado do Estado.
- c) Princípio do aproveitamento útil e efectivo da terra.³⁰
- d) Princípio da taxatividade.
- e) Princípio do respeito pelos direitos fundiários das comunidades rurais.
- f) Princípio da propriedade dos recursos naturais pelo Estado.

²⁹ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 732.

³⁰ «Este princípio completa o núcleo definidor do regime das terras do Estado, isto é, das terras transmissíveis, e marca o regime de transmissibilidade da propriedade fundiária do Estado bem como a estrutura, o conteúdo e tipo(s) de direito(s) fundiário(s) transmissíveis maxime o direito de uso e aproveitamento.», CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, página 96. Ou ainda, «constitui um dos pilares da presente LT [Lei de Terras] e baseia-se na necessidade de que não só os terrenos sejam aproveitados de forma útil e racional, mas também de forma efectiva», PEDRO SÁRAGGA LEAL et al, *Legislação Angolana de direito imobiliário e direito público Anotada*, vol. I, 2013, página 188.

- g) *Princípio da não reversibilidade das nacionalizações e dos confiscos.*».

Alguns destes princípios são comuns à disciplina civil dos direitos reais, outros são princípios excepcionais dos direitos reais, os das alíneas a) e c), e outros ainda são princípios de outra incidência.

A Lei de Terras enumera cinco direitos reais³¹ (art. 34.º, n.º 1), todos eles direitos reais de gozo:

- a) Direito de propriedade;
- b) Domínio útil consuetudinário;
- c) Domínio útil civil;
- d) Direito de superfície;
- e) Direito de ocupação precária.

A Lei de Terras estabelece quais são os direitos que podem ter as terras por objecto sendo estes direitos denominados «*direitos fundiários*». «*Ora, os direitos subjectivos que têm coisas corpóreas por objecto são direitos reais. Não outra categoria de direitos subjectivos que tenha coisas corpóreas por objecto e todos os direitos que têm estas coisas por objecto constituem direitos reais: O que permite dizer, sem lugar a hesitação ou dúvida, que os direitos fundiários contemplados na Lei das Terras são verdadeiros direitos reais.*»³².

Deste modo, na ordem jurídica angolana, «*aos direitos reais previstos e regulados no Direito Civil, em particular, no Código Civil, acresce uma outra categoria que tem por objecto as terras que estejam no domínio privado do Estado e que são denominados como “direitos fundiários”*. A natureza real dos direitos fundiários sujeita-os ao regime civil dos direitos reais em tudo aquilo que não seja contrariado pela Lei das Terras. E é isto que leva a que se fale com propriedade de um subsistema autónomo de Direitos Reais envolvendo as terras dentro do sistema geral angolano de Direitos Reais.»³³.

³¹ Assim, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 734. Cfr. ainda, CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, páginas 96 e 107.º e seguintes.

³² JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 737.

³³ Idem, páginas 737 e 738.

O regime geral dos direitos reais fundiários de Angola pode ser resumido do seguinte modo:

O princípio estruturante da Lei de Terras reside na reserva ao Estado angolano da propriedade desses imóveis. E isto quer as terras se integrem no domínio público, quer se integrem no domínio privado. Ao Estado surgem equiparadas as autarquias locais, se as terras lhes forem cometidas nos termos da lei. O princípio, de grande alcance ideológico, sofre depois uma considerável redução no seu impacto pela afirmação simultânea da transmissibilidade das terras concedíveis do domínio privado do Estado. Isto quer dizer, em primeiro lugar, que as terras cuja propriedade foi transmitida no passado a terceiro (nacional angolano) estão definitivamente de fora da esfera de propriedade do Estado angolano. Do mesmo modo, em segundo lugar, as terras que vierem a ser transmitidas pelo Estado sairão do seu domínio privado para integrar a esfera jurídica do adquirente, ou a quem este transmitir, por sua vez. O Estado angolano tem a propriedade das terras incluídas quer no domínio público quer no domínio privado. Porém, com excepção da propriedade, os demais direitos reais fundiários apenas podem recair sobre terras que façam parte do denominado domínio privado do Estado, porquanto apenas neste existem terras concedíveis. Os direitos fundiários previstos na Lei de Terras podem ter por objecto unicamente as denominadas terras ou terrenos concedíveis e as terras que, tendo sido propriedade originária do Estado Angolano, já tenham visto a propriedade transmitida a terceiro estão igualmente fora do âmbito das terras concedíveis. A constituição e a transmissão de direitos reais fundiários, originariamente na titularidade do Estado, está, naturalmente, na dependência deste. Seja como for, tanto a transmissão da propriedade como a oneração desta não constituem actos livres do Estado angolano, ou das autarquias locais se a propriedade das terras lhes pertencer, uma vez que a Lei de Terras submete esses actos ao princípio do aproveitamento útil e efectivo³⁴.

³⁴ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, páginas 740 e seguintes, CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, páginas 93 e seguintes.

Quanto ao exercício de direitos reais fundiários pode-se afirmar que é matéria que se encontra dominada pelo princípio afirmado do aproveitamento útil e efectivo das terras. Este princípio, de cariz excepcional no confronto com o regime jurídico constante do Código Civil, vincula o titular do direito real fundiário, incluindo o proprietário, no aproveitamento da coisa, retirando-lhe o arbítrio na decisão sobre ele. Essa vinculação começa pelo fim do aproveitamento, o qual pode ser fixado logo no próprio acto de constituição ou transmissão do direito fundiário ou posteriormente, por medida administrativa de planeamento e continua pela medida do mesmo. Note-se que a vinculação do titular do direito fundiário a deveres de aproveitamento gera consequências em caso de violação deste dever legal. Assim, a responsabilidade civil pelos danos causados pelo titular do direito real fundiário, que não cumpriu os deveres referidos, não briga com a posição real do mesmo. Há, porém, consequências da violação da vinculação legal a um dado aproveitamento, portanto, de um exercício pelo titular que não respeita os deveres legais, que se repercutem na posição do titular e, no limite, pode mesmo ocorrer a extinção do direito fundiário³⁵.

No que respeita à extinção dos direitos reais da Lei de Terras, o art. 64.º contém um elenco de factos extintivos dos direitos fundiários menores. São eles:

- O decurso do prazo se não houver renovação do mesmo pela entidade concedente;
- Pelo seu não exercício ou pela inobservância dos índices de aproveitamento útil e efectivo durante três anos consecutivos ou seis anos interpolados, qualquer que seja o motivo;
- Pela aplicação do terreno a fim diverso daquele a que ele se destina;
- Pelo exercício do direito fundiário em contravenção do disposto no art.º 18.º, isto é o fim económico e social que justificou a sua atribuição;
- Pela expropriação por utilidade pública;
- Pelo desaparecimento ou inutilização do terreno.

³⁵ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, páginas 747 e 748.

Refira-se que há quem defenda expressamente a tese de que pode existir uma posse nos termos de qualquer um dos direitos fundiários previstos na Lei de Terras. Isto implica a aplicação do regime da posse previsto no Código Civil, com excepção do regime da usucapião, em tudo aquilo que não seja contraditado pela Lei de Terras³⁶.

Importa agora traçar uma breve panorâmica do regime especial dos direitos reais fundiários na lei de terras de Angola. No regime jurídico das terras encontram-se direitos reais que são comuns ao do Direito Civil (propriedade, enfiteuse, superfície) e outros que são criados de novo (domínio útil consuetudinário e direito de ocupação temporária). Mesmo neste último caso, porém, a novidade respeita essencialmente ao direito de ocupação temporária, uma vez que o domínio útil consuetudinário surge decalcado do domínio útil civil, excepto quanto à sua fonte (o costume). Isto quer dizer, que o regime jurídico da Lei de Terras é tributário numa larga parte do Código Civil³⁷.

- Assim, e em primeiro lugar, surge a **propriedade**, a qual é, pois, a propriedade do Código Civil, o que significa, sem lugar a dúvidas, que a propriedade da Lei de Terras é a propriedade privada do Direito Civil, não existindo outra a considerar³⁸. É um direito fundamental e é o direito fundiário por excelência, havendo, no entanto, restrições legais várias³⁹.
- O **domínio útil consuetudinário**, o qual não tem a sua conformação típica na lei, dado que esta se limita a remeter para o costume, sem concretizar o conteúdo de aproveitamento das terras que cabe ao titular. O aproveitamento das terras em concreto nos termos deste direito depende do que o costume estipular. Seja como for, este direito admite o uso e a fruição da coisa em toda a plenitude, deixando ao titular quer o aproveitamento

³⁶ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 750.

³⁷ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 751.

³⁸ Para mais desenvolvimentos, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, páginas 752 e seguintes, CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, página 107.

³⁹ PEDRO SÁRAGGA LEAL et al, *Legislação Angolana de direito imobiliário e direito público Anotada*, vol. I, 2013, página 217.

das utilidades da terra quer os frutos e créditos que a mesma for susceptível. E, embora a denominação seja muito semelhante, o domínio útil consuetudinário não se confunde com o domínio útil civil⁴⁰.

- O **domínio útil civil**, o qual é visto como tipo real do Código Civil, dado que a Lei de Terras não consagra um tipo novo de domínio útil, remetendo quanto ao conteúdo deste direito para o regime do Código Civil⁴¹. «O *domínio útil (enfiteutico)* é um conjunto de poderes mais fortes que os do direito de superfície enquanto se comportam como se tratasse da propriedade.»⁴². O domínio útil civil constitui-se como direito perpétuo, sem prejuízo do direito de remissão⁴³. Mas, saliente-se, o elenco de poderes que integra o conteúdo típico do domínio útil no Código Civil não pode ser transposto integralmente para o domínio da Lei de Terras, apesar da remissão aparentemente sem ressalvas que é feita naquela, porquanto o desenho típico do domínio útil civil da Lei de Terras acaba, assim, inevitavelmente por apresentar matizes diversas do tipo regulado no Código Civil, embora o direito seja o mesmo⁴⁴.
- O **direito de superfície** previsto na Lei de Terras como direito fundiário é o mesmo tipo de direito real que se encontra regulado no Direito Civil, nomeadamente, no Código Civil. O art. 39.º, n.º 2, da Lei de Terras remete para a disciplina normativa

⁴⁰ Para mais desenvolvimentos, JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, páginas 757 e seguintes, CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, página 107.

⁴¹ Aqui, no Código Civil, o enfiteuta tem direito a usar e fruir o prédio como coisa sua; a constituir ou extinguir servidões ou o direito de superfície; alienar ou onerar o seu domínio por acto entre vivos ou por morte; preferir na venda ou dação em cumprimento do domínio directo, ficando graduado em último lugar entre os preferentes legais; a obter a redução do foro ou a encampar o prazo; e ainda a remir o foro.

⁴² CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, página 108.

⁴³ O poder de remissão pode ser exercido a partir de 20 anos de duração do direito e tem o custo de 10 foros. A remissão causa a extinção do domínio útil civil, adquirindo o enfiteuta a propriedade da terra. Cessa, pois, a oneração da propriedade, que passa para a esfera jurídica do até aí titular do domínio útil civil.

⁴⁴ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 761.

do Código Civil, o que envolve a delimitação positiva e negativa do conteúdo de aproveitamento das terras que o direito de superfície permite, confirmando justamente que a superfície da Lei de Terras é a mesma do Direito Civil. Mas, e com interesse para Macau, diferentemente do que sucede no regime geral do Código Civil, o direito de superfície relativa a terras não pode ser constituído com carácter perpétuo e, com prazo, não pode exceder os sessenta anos. A superfície pode ser constituída a título oneroso (a regra) ou a título gratuito. No primeiro caso, as partes podem convencionar um preço pela constituição do direito ou acordar que o superficiário ficará obrigado a pagar uma prestação anual (cânon superficiário)⁴⁵.

- O **direito de ocupação temporária** é a última figura prevista na Lei de Terras. Parece moldar-se na sua aparência na figura do arrendamento. A Lei de Terras alude várias vezes a ele, nomeadamente, através da referência ao facto constitutivo, o contrato de arrendamento, e à renda. «*Trata-se, no entanto, de um tipo novo de direito real, que não deve confundir-se com a locação, em particular, com o arrendamento, visto que este não tem natureza de direito real. Isto percebe-se bem atentando-se no regime jurídico instituído para este direito na Lei das Terras.*»⁴⁶. Ou seja, não deve o intérprete deixar iludir-se pelo *nomen juris* de dado instituto devendo outrossim guiar-se pelo concreto regime legal desse mesmo instituto, como não se deve manter amarrado a possíveis concepções tradicionais quando é a lei que com elas rompe. Este instituto tem como fim permitir que alguém use o terreno para construir instalações provisórias de apoio a determinadas actividades⁴⁷. Este direito surge da necessidade

⁴⁵ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, páginas 764 e seguintes.

⁴⁶ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 766. RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 603, refere-se, no entanto, a esta ocupação como «*uma oneração preparatória e acessória de outros direitos*».

⁴⁷ Note-se que «*O desenho legal desta figura torna difícil justificar a criação da mesma, visto que o direito de superfície abrange potencialmente o conteúdo de aproveitamento previsto para a ocupação temporária e está disponível no catálogo de direitos fundiários previstos na Lei das Terras.*», JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 767.

de se consagrar uma forma expedita de ocupação licenciada de terrenos do Estado ou dos órgãos locais e ao mesmo tempo de disciplinar a ocupação desregrada e gratuita, como é o caso dos mercados ao ar livre⁴⁸. O direito de ocupação temporária oferece a particularidade de poder incidir não apenas sobre os terrenos concedíveis do domínio privado do Estado mas igualmente sobre bens do domínio público, havendo, assim, uma diferença substancial quanto ao âmbito objectivo deste direito quando comparado com os demais direitos reais fundiários, que só podem recair sobre terras do domínio privado do Estado ou de autarquia local. A Lei de Terras prevê que o direito de ocupação temporária só possa ser atribuído com a duração máxima de um ano mas a renovação sucessiva é, no entanto, um efeito automático da lei, caso nenhuma das partes tenha exercido a denúncia do contrato para o final do prazo ou não haja ocorrido um qualquer outro facto extintivo do direito. Quando, para evitar o detrimento do terreno, o ocupante não possa levantar as instalações recebe uma indemnização calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa⁴⁹. Finalmente, refira-se que pela constituição do direito de ocupação temporária é devida uma renda, que configura, assim, um ónus real que recai sobre o titular do direito⁵⁰.

Moçambique

A Constituição da República Popular de Moçambique de 2004 guarda os princípios directores do direito patrimonial privado, e desse modo, também dos direitos reais: as garantias de estado de Direito (art. 3.º), liberdade (Preâmbulo, art. 11.º, al. f)), igualdade (arts. 11.º,

⁴⁸ CARLOS FEIJÓ, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada em Angola: entre a lei e a realidade*, página 109.

⁴⁹ Cfr., PEDRO SÁRAGGA LEAL et al, *Legislação Angolana de direito imobiliário e direito público Anotada*, vol. I, 2013, página 224.

⁵⁰ JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais de Angola*, 2013, página 767 e seguintes.

al. e), 35.º) e de propriedade privada (art. 82.º, n.º 1) e a regra da excepcionalidade das expropriações⁵¹.

Vejamos então:

*«Artigo 82.º
(Direito de propriedade)*

1. *O Estado reconhece e garante o direito de propriedade.*
2. *A expropriação só pode ter lugar por causa de necessidade, utilidade ou interesse públicos, definidos nos termos da lei e dá lugar a justa indemnização.».*

Todavia, estabelecem outros preceitos constitucionais o seguinte:

*«Artigo 109.º
(Terra)*

1. *A terra é propriedade do Estado.*
2. *A terra não deve ser vendida, ou por qualquer outra forma alienada, nem hipotecada ou penhorada.*
3. *Como meio universal de criação da riqueza e do bem-estar social, o uso e aproveitamento da terra é direito de todo o povo moçambicano.».*

*«Artigo 110.º
(Uso e aproveitamento da terra)*

1. *O Estado determina as condições de uso e aproveitamento da terra.*
2. *O direito de uso e aproveitamento da terra é conferido às pessoas singulares ou colectivas tendo em conta o seu fim social ou económico.».*

⁵¹ RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, I Congresso do Direito de Língua Portuguesa, Jorge Bacelar Gouveia (Coordenação), Lisboa, 2010, página 51.

«Artigo 111.º

(Direitos adquiridos por herança ou ocupação da terra)

Na titularização do direito de uso e aproveitamento da terra, o Estado reconhece e protege os direitos adquiridos por herança ou ocupação, salvo havendo reserva legal ou se a terra tiver sido legalmente atribuída à outra pessoa ou entidade.».

Ou seja, O artigo 82.º estatui que “O Estado reconhece e garante o direito de propriedade”. Portanto, à partida dir-se-ia que pode, em abstracto, existir apropriação jurídico-privada de coisas em Moçambique. Sim, mas, como visto, importa distinguir consoante o objecto da afectação. A terra não pode ser afectada nos termos do direito de propriedade, i.e., de um direito subjectivo de exclusivo no aproveitamento e na disposição e oneração da coisa. O art. 109.º da CRM declara que “A terra é propriedade do Estado” e que está fora do comércio jurídico da transmissibilidade, não devendo ser “vendida, ou por qualquer outra forma alienada, nem hipotecada ou penhorada”. No entanto, admite-se uma afectação privada da terra que seja um “meio universal de criação da riqueza e do bem-estar social” de “todo o povo moçambicano” no dizer do art. 110.º da CRM: o direito de uso e aproveitamento da terra. Cabe ao Estado determinar as condições de uso e aproveitamento da terra (art. 110.º, n.º 2, CRM)⁵².

O uso da terra está regulado pela *Lei de Terra* (Lei n.º 19/97, de 7 de Outubro) e pelos respectivos *Regulamento de Terras* para o solo não urbano (Decreto n.º 66/98, de 8 de Dezembro) e *Regulamento do Solo Urbano* (Decreto n.º 60/2006, de 26 de Dezembro). De salientar que a Lei de Terra de Moçambique tem sido apontada como um modelo, em sede de direito comparado, para África⁵³.

⁵² RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, páginas 51 e 52 e, RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, páginas 607 e 608.

⁵³ EDUARDO MEDEIROS, *Contribuição para o Estado da Arte das continuidades e mudanças em Moçambique Vinte e cinco anos de Estudos Moçambicanos*, 2008, página 33.

O art. 1.º da Lei de Terra define o direito de uso aproveitamento da terra⁵⁴ (doravante, DUAT) como o “*direito que as pessoas singulares ou colectivas e as comunidades locais adquirem sobre a terra, com as exigências e limitações da presente Lei*”. Antecipando o núcleo do respectivo regime, no quadro geral dos direitos reais e dos direitos subjectivos, podemos nós mesmos defini-lo como a afectação, eventualmente temporária, em termos reais de uma parcela de superfície de solo ao gozo de uma pessoa individualmente considerada dentro dos limites da propriedade que o Estado tem sobre a mesma, sendo que o seu objecto imediato é o gozo, pelo uso e aproveitamento. O objecto *mediato* é a terra⁵⁵.

É um direito real⁵⁶. Há quem afirme que, «*consolidou-se em Moçambique a ideia de que o direito de uso e aproveitamento da terra constitui um novo direito real sui generis.*»⁵⁷. Ou ainda, «*O direito de uso é um direito real de gozo sobre imóvel que é da propriedade do Estado, sujeito, por isso a limites. Efectivamente, o DUAT confere ao seu titular poderes que são, no essencial, semelhante aos do direito de superfície.*»⁵⁸.

Todavia, assinale-se que, dada a não declaração legal expressa da natureza real do DUAT – que não a sua tipificação, entenda-se – há quem defenda a clarificação da natureza jurídica do *Direito de Uso e Aproveitamento da Terra* porquanto se poderão apresentar dificulda-

⁵⁴ As semelhanças com a expressão da Lei Básica, artigo 7.º, são óbvias: «*uso e desenvolvimento*».

⁵⁵ RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 609. Veja-se também PAULO DANIEL COMOANE, *O conteúdo do direito de propriedade do Estado sobre a terra à luz da Constituição da República de Moçambique*, e MANUEL GUILHERME JÚNIOR, *Protecção jurídica do direito de uso e aproveitamento da terra em Moçambique*, páginas 155 e seguintes e 195 e seguintes, respectivamente, ambos em Contribuições jurídicas sobre a união de facto e direitos sobre a terra em Macau e Moçambique, Wei Dan e Orquídea Massarongo Jona (coordenação), 2011.

⁵⁶ RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, página 54, MANUEL GUILHERME JÚNIOR, *Protecção jurídica do direito de uso e aproveitamento da terra em Moçambique*, página 196.

⁵⁷ PAULO DANIEL COMOANE, *O conteúdo do direito de propriedade do Estado sobre a terra à luz da Constituição da República de Moçambique*, página 155.

⁵⁸ RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 615.

des de determinar a essência, o conteúdo do DUAT e dificuldade para os particulares e os órgãos da Administração da justiça de escolher o meio certo para a defesa do DUAT⁵⁹. Ou seja, uma preocupação que, no essencial, bem poderia ecoar na RAEM e na sua lei de terras.

Ou seja, a terra é usada e aproveitada através da *implantação* ou da *manutenção* de uma plantação ou obra e ao, mesmo tempo, o titular do DUAT *tem o direito de propriedade sobre as coisas que plantar ou construir sobre o solo*. Essas infra-estruturas, construções e benfeitorias podem ser objecto de transmissão autónoma entre os vivos⁶⁰. E deve fazer-se uma leitura estrutural daquela designação: ela aponta para o direito de manter o solo *como é recebido* (uso) ou de nele se *incorporar plantação ou construção* (aproveitamento), i.e., uma benfeitoria. Deste modo, o direito de uso e aproveitamento tem como conteúdo positivo o *uso e fruição do solo como é recebido ou após benfeitorias*. O sentido funcional desse uso e fruição serão ditados pela finalidade. O conteúdo concreto desse uso ou dessa fruição dependerá do modo pelo qual o direito se constituiu: será nos termos da posse nos casos de constituição por ocupação ou por usucapião (cf. art. 12.º, als. a) e b), Lei de Terra); será nos termos do plano de exploração no caso de concessão administrativa (cf. arts. 12.º, al. c), e 19.º Lei de Terra)⁶¹.

O DUAT é temporário se for para actividade económica, conhecendo um prazo máximo de 50 anos, renovável por igual período a pedido do interessado. Após o período de renovação, um novo pedido deve ser apresentado. Já se for para habitação própria ou para exploração familiar por pessoa singular nacional não tem prazo, sendo perpétuo. Também não está sujeito a prazo o DUAT adquirido por ocupação pelas comunidades locais. Todavia acaba por ser, na prática, uma situação jurídica que até pode ser perpétua⁶².

Note-se que o *direito de uso e aproveitamento* está imbuído fortemente pela ideia de função social: o direito de uso e aproveitamento é

⁵⁹ EDUARDO CHIZIANE, *Implicações jurídicas do debate sobre a implementação da legislação de terras*, 2007.

⁶⁰ RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, ob. e loc. cit..

⁶¹ RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, página 59.

⁶² RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 642.

concedido “*tendo em conta o seu fim social ou económico*” conforme declara o art. 110.º, n.º 2 da CRM. E, em especial, a autorização de uso e aproveitamento de uma parcela de solo está dependente da apresentação de um plano de exploração ou de um projecto de investimento, com um calendário. O seu não cumprimento acarreta a extinção do direito de uso e aproveitamento, nos termos do art. 18.º, n.º 1, al. a) da Lei de Terra, conforme sublinha RUI PINTO⁶³.

A Lei de Terras prevê no seu art. 12.º os modos ditos de aquisição da titularidade do direito. Na verdade, são modos de constituição originária de uma situação jurídica que não pré-existia. Em primeiro lugar, o direito de uso e aproveitamento pode ser concedido *mediante autorização de pedido apresentado por pessoas singulares ou colectiva* na forma estabelecida na Lei de Terras (art. 12.º al. c) da Lei de Terra). Trata-se de um acto jurídico-administrativo⁶⁴. Um segundo modo de aquisição da titularidade do DUAT é a aquisição por *ocupação por pessoas singulares e pelas comunidades locais, segundo as normas e práticas costumeiras que não contrariem a Constituição* (art. 12.º al. a) da Lei de Terra). E também o art. 111.º da CRM reconhece e protege *no momento da titularização do direito de uso e aproveitamento* “os direitos adquiridos por herança ou ocupação, salvo havendo reserva legal ou se a terra tiver sido legalmente concedida à outra pessoa ou entidade”, e trata-se de uma *aquisição por apossamento feito nos termos de um costume*. O art. 12.º, al. b) da Lei de Terra prevê ainda como uma causa de aquisição do direito de uso e aproveitamento a “ocupação por pessoas singulares nacionais que, de boa fé, estejam a utilizar a terra há pelo menos dez anos”. Saliente-se que esses sujeitos não podem adquirir o direito de propriedade nos termos gerais do Código Civil, mas um direito real de gozo menor⁶⁵.

A prova dos direitos de uso e aproveitamento – *i. e.*, o que faz fé pública – é feita por meio de um título emitido pelos serviços de Cadastro, conforme o art. 13.º, n.º 1, e 15.º, al. a) da Lei de Terra:

⁶³ O *Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, páginas 61 e 62.

⁶⁴ Sobre esta questão e o seu procedimento, RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, páginas 67 e seguintes.

⁶⁵ Idem.

a “certidão de extracto do registo”, no dizer do art. 21.º, n.º 1, al. a) do Regulamento da Lei de Terras (cf. ainda art. 13.º da Lei de Terra). No entanto, segundo al. b) deste art. 15.º da Lei de Terra a respectiva prova pode ainda ser feita por via prova testemunhal apresentada por membros, homens e mulheres, das comunidades locais e peritagem e outros meios permitidos por lei.

Já no que toca à transmissão e oneração, e com evidentes paralelismos com a legislação de Macau, o art. 16.º, n.ºs 1 e 4 da Lei de Terra e, bem assim, os arts. 13.º, n.º 5 da Lei de Terra e 15.º, n.º 1 do Regulamento da Lei de Terras prevêm os seguintes factos transmissivos do solo: a) *herança*, nos termos gerais, sem prejuízo da necessidade de autorização em matéria mineira (cf. art. 43.º da Lei de Minas e 104.º do Regulamento da Lei de Minas); b) no caso de prédio urbano, *a transmissão inter vivos como resultado da transmissão inter vivos do respectivo imóvel*; c) por divisão ou desmembramento do uso e aproveitamento na titularidade de uma comunidade local. Por outro lado, seja qual for o tipo de prédio, se o solo em si não pode ser onerado, já o podem essas mesmas construções e benfeitorias, desde que, naturalmente, constituam coisas autónomas, admitindo a lei a hipoteca (cf. art. 16.º n.º 5 da Lei de Terra) sobre elas. Ora, claramente isso significa uma transmissibilidade plena a terceiros, nomeadamente por via judicial, em sede de execução de hipoteca e de garantias patrimoniais. Portanto, também o arresto e a penhora são possíveis. Esta abertura legal à transmissibilidade do direito de uso e aproveitamento reveste a maior importância pois abre porta ao efectivo tráfego jurídico do direito de uso e aproveitamento⁶⁶.

No que se refere à extinção do DUAT, nomeadamente quanto às causas especiais de extinção, a Lei de Terras prevê os seguintes factos extintivos do direito de uso e aproveitamento, segundo o seu art. 18.º:

- a) *o não cumprimento do plano de exploração ou do projecto de investimento, sem motivo justificado, no calendário estabelecido na aprovação do pedido;*

⁶⁶ RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, páginas 77 e seguintes.

- b) a revogação por motivos de interesse público;
- c) o termo do prazo ou renovação;
- d) a renúncia do titular.

Há aqui, uma vez mais, alguma similitude com o direito de superfície⁶⁷. E, de novo, com o regime anterior e actual da Lei de Terras de Macau.

Quanto à importante tónica da violação e tutela do DUAT, sendo um direito real de gozo o uso e aproveitamento, este pode ser objecto das respectivas vias de tutela. Aliás, o art. 13.º n.º 1 al. a) do Regulamento da Lei de Terras prevê, em termos muito genéricos, que os titulares do DUAT têm direito a “*defender-se contra qualquer intrusão de uma segunda parte, nos termos da lei*”. Destarte, os meios de tutela serão de direito privado, salvo, naturalmente, o uso das vias administrativas em sede de concessão do direito e publicidade registal⁶⁸.

Guiné-Bissau

A Constituição da Guiné-Bissau estabelece:

«Artigo 12.º

1 – Na República da Guiné-Bissau são reconhecidas as seguintes formas de propriedade:

- a) A propriedade do Estado, património comum de todo o povo;
- b) A propriedade cooperativa que, organizada sob a base do livre consentimento, incide sobre a exploração agrícola, a produção de bens de consumo, o artesanato e outras actividades fixadas por lei;
- c) A propriedade privada, que incide sobre bens distintos do Estado.

⁶⁷ RUI PINTO, *O Direito de Uso e Aproveitamento da Terra de Moçambique: uma introdução*, página 79.

⁶⁸ Idem, páginas 84 e seguintes.

2 – São propriedade do Estado o solo, o subsolo, as águas, as riquezas minerais, as principais fontes de energia, a riqueza florestal e as infra-estruturas sociais.».

«Artigo 13.º

1 – O Estado pode dar, por concessão, às cooperativas e outras pessoas jurídicas singulares ou colectivas a exploração da propriedade estatal desde que sirva o interesse geral e aumente as riquezas sociais.».

Há quem note a excepcionalidade desta Constituição ao apenas se cingir com o mero reconhecimento da propriedade privada sobre bens distintos do Estado⁶⁹. E é muito clara em determinar que a propriedade pertence, na sua totalidade, originariamente ao Estado. Ou seja, não reconhece a propriedade privada sobre terras, admitindo a possibilidade de concessão, dada a cooperativas e outras pessoas jurídicas singulares ou colectivas, da exploração da propriedade estatal “*desde que sirva o interesse geral e aumente as riquezas sociais*” (art. 13.º). Portanto, na Guiné-Bissau podem ceder-se, temporariamente, as faculdades de uso e fruição do solo, permanecendo a propriedade no Estado⁷⁰. Contudo, a evolução pode levar subtilmente a que o reconhecimento dos direitos privados seja na prática e na consciência social bastante mais amplo do que a letra da lei parece admitir⁷¹.

A Lei da Terra da Guiné-Bissau é a Lei n.º 5/98, de 23 de Abril⁷², a qual regulamenta o regime jurídico do uso privativo da terra, integrada no domínio público do Estado. E, da sua conjugação com a Constituição, resulta que «*Alguma indefinição se verifica também na Guiné-Bissau. Embora o art. 12/2 da Constituição (1993) declare pro-*

⁶⁹ ASSUNÇÃO CRISTAS, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada* cit. página 37.

⁷⁰ RUI PINTO, *Direitos Reais de Moçambique*, 2012, página 601.

⁷¹ ASSUNÇÃO CRISTAS, *A Propriedade Pública da Terra e a Actividade Económica Privada*: cit. página 39.

⁷² Assinale-se ainda o Regulamento da Lei das Terras, de 2008.

priedade do Estado o solo, os textos vigentes já têm sido entendidos no sentido de abertura à propriedade privada da terra»⁷³.

O artigo 4.º da Lei da Terra, intitulado *Do Uso da Terra*, estabelece:

«1. A todos os cidadãos é reconhecido, nos termos da presente lei, o direito de uso privativo da terra, sem discriminações de sexo, de origem social ou de proveniência dentro do território.

2. Para fins de exploração económica, habitacional, de utilidade social e outras actividades produtivas e sociais, o Estado pode conferir direitos de uso privativo das terras a entidades nacionais ou estrangeiras, individuais ou colectivas, tendo em conta o interesse nacional superiormente definido nos planos e nos objectivos de desenvolvimento económico e social.

3. Os referidos direitos de uso privativo serão conferidos mediante:

- a) Uso consuetudinário;*
- b) Concessão.».*

Na mesma Lei da Terra se estabelece, artigo 9.º, que poderão ser objecto de uso privativo dos terrenos dominiais, rurais ou urbanos, livres de ocupação, com exclusão das zonas de protecção integral e das ocupadas pelo Estado para fins de utilidade pública. E que o direito de uso privativo de terrenos dominiais só pode ser atribuído mediante uso consuetudinário e concessão.

Na Lei da Terra define-se ainda a concessão rural enquanto contrato administrativo, oneroso ou gratuito, pelo qual o Estado transfere para uma entidade particular o uso privativo da terra, para fins agrícolas, pecuários, agro-pecuários, agro-industriais, silvícolas e turísticos, em zonas localizadas fora dos limites das áreas urbanas; e a concessão de superfície, a qual é o contrato administrativo, oneroso ou gratuito, pelo qual o Estado transfere para uma entidade particular a faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra para

⁷³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos de Utilização da Terra*, cit. e ANABELA ROSA GOMES, *Comentários ao Projecto da Lei da Terra*, Direito e Cidadania, 1998.

fins habitacionais, comerciais, industriais ou culturais, entre outros, em terrenos localizados dentro dos limites das cidades ou povoações e respectivas zonas de expansão.

Quanto ao conteúdo do direito de uso privativo, afirma o artigo 12.º da Lei da Terra, que qualquer título de uso privativo em vigor, confere aos respectivos titulares o direito de utilização, de exploração e de fruição, em exclusivo, das terras dominais a que respeitam, para os fins e com os limites consignados no respectivo contrato. E, se a utilização permitida envolver a realização de obras ou alterações, o direito de uso privativo abrange poderes de construção e de transformação, entendendo-se que tantas as construções efectuadas como as instalações desmontáveis e as benfeitorias se mantêm na propriedade dos titulares do direito de uso privativo, até expirar o prazo da respectiva concessão. Por outro lado, o titular do direito do uso privativo pode constituir hipoteca sobre bens imóveis e as benfeitorias que, devidamente autorizado, edificou no terreno ou sobre quais legalmente tenha adquirido o direito de propriedade.

Ou seja, estamos novamente a navegar em águas muito próximas do direito de Macau, onde também se admite um uso livre da terra concessionada, em termos similares, e, conforme resulta do preceituado, este direito de uso privativo configura-se como um direito real.

O processo de concessão, mesmo que iniciado a requerimento de interessado prevê a consulta pública. Refira-se ainda o processo especial transitório de conversão dos títulos em vigor que estabelece que o título de concessão anterior à entrada em vigor da lei deverá ser convertido em novos títulos, no prazo de dois anos, ao requerimento de conversão bastará apenas juntar o título de concessão anterior ou a licença de uso e ocupação, cabendo ao requerente suportar apenas os encargos administrativos e, as licenças de uso e de ocupação que são equiparadas a títulos de concessão para os fins de conversão.

Uma última nota para assinalar que, nos termos do artigo 17.º da Lei da Terra, se procede a um reconhecimento/estatuição formal de um direito de gestão e de exploração comunitária das terras às populações residentes, de acordo com os costumes e práticas locais, ao abrigo do denominado regime do uso consuetudinário da terra, direito este que se configurará como um direito real de gestão.

São Tomé e Príncipe

O artigo 9.º da Constituição, aprovada pela Lei n.º 1/2003, estabelece «*É garantida, nos termos da lei, a coexistência da propriedade pública, da propriedade cooperativa e da propriedade privada de meios de produção.*».

O artigo 47.º da Constituição afirma:

«Artigo 47.º

Propriedade privada

1. *A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da lei.*
2. *A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei.*».

Donde, a terra *qua tale* não está integrada no domínio público, porquanto se reconhece originariamente o direito de propriedade dos privados. Aliás, já perante a Lei n.º 4/79, de 14 de Fevereiro, de São Tomé e Príncipe, que mesmo nessa altura dava, embora ambigualmente, abertura à propriedade privada⁷⁴.

Refira-se que o art. 5.º da Constituição admitiu a concessão, trespasse ou venda de terrenos, embora sujeitos a autorização, isto, note-se, ainda no âmbito da Constituição anterior, de 1982, que estabeleceu, no seu art. 5.º, n.º 2, que a terra é propriedade do Estado. O art. 6.º da Lei n.º 4/79 prevê a concessão gratuita de terrenos para a instalação de obras sociais ou outros fins de interesse nacional.

Terminado o breve roteiro por países africanos de língua portuguesa avancemos para outras ordens jurídicas juslusófonas.

Timor-Leste

Estabelece-se na Constituição de Timor-Leste:

⁷⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos de Utilização da Terra*, cit..

«Artigo 54.º

(Direito à propriedade privada)

1. *Todo o indivíduo tem direito à propriedade privada, podendo transmiti-la em vida e por morte, nos termos da lei.*

2. *A propriedade privada não deve ser usada em prejuízo da sua função social.*

3. *A requisição e a expropriação por utilidade pública só têm lugar mediante justa indemnização, nos termos da lei.*

4. *Só os cidadãos nacionais têm direito à propriedade privada da terra.».*

E ainda:

«Artigo 139.º

(Recursos naturais)

1. *Os recursos do solo, do subsolo, das águas territoriais, da plataforma continental e da zona económica exclusiva, que são vitais para a economia, são propriedade do Estado e devem ser utilizados de uma forma justa e igualitária, de acordo com o interesse nacional.»*

«Artigo 141.º

(Terras)

São regulados por lei a propriedade, o uso e a posse útil das terras, como um dos factores de produção económica.»

Está em curso, com alguns percalços, de apreciação uma reforma legislativa onde se inclui um projecto de lei relativo à propriedade dos imóveis⁷⁵, vulgo Lei de Terras⁷⁶.

⁷⁵ Sobre este projecto, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O projecto de lei relativo à propriedade dos imóveis em Timor-Leste*.

⁷⁶ *Relatório Final da Consulta Pública para a Revisão do Pacote de Lei de Terras*, Ministério da Justiça do V Governo Constitucional de Timor-Leste. Em vigor estava a Lei n.º 1/2003, de 10 de Março, Regime jurídico dos bens imóveis, VI Capítulo: titularidade de bens imóveis.

Com essa futura lei pretende-se «O pleno exercício deste direito depende da resolução do actual estado de indefinição quanto à titularidade dos bens imóveis. Com o objectivo de regularizar a situação jurídica dos bens imóveis em Timor-Leste, promover a distribuição da propriedade aos cidadãos e garantir o acesso de todos à terra, a presente lei estabelece o Regime Especial para a Definição da Titularidade dos Bens Imóveis e cria mecanismos que permitem identificar os legítimos proprietários e reconhecer e atribuir os primeiros direitos de propriedade da República Democrática de Timor-Leste.»⁷⁷.

São denominados direitos anteriores primários os direitos informais de propriedade, o direito de propriedade perfeita e o *hak milik*, e secundários, o aforamento, o *hak guna bangunan* e o *hak guna usaha*. Os direitos anteriores secundários de aforamento, cuja caducidade seja posterior a 28 de Novembro de 1975, são considerados válidos. Os direitos anteriores secundários de *hak guna bangunan* e *hak guna usaha*, cuja caducidade seja posterior a 30 de Agosto de 1999, são considerados válidos.

Consagram-se os seguintes tipos de direitos: Direitos informais de propriedade, os direitos sobre bens imóveis, costumeiros e decorrentes da posse duradoura, que tenham as características essenciais do direito de propriedade. A propriedade perfeita, o direito de gozo de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição de bens imóveis, reconhecido como tal na lei aplicável durante a administração portuguesa. O aforamento, o direito do foreiro ao uso e fruição de um bem imóvel, mediante o pagamento de um foro, com possível direito de remição, reconhecido como tal na lei aplicável durante a administração portuguesa. O *Hak milik*, o direito de gozo de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição de bens imóveis, reconhecido como tal na lei aplicável durante a administração indonésia; O *Hak guna-bangunan*, o direito a construir ou manter, temporariamente, uma obra em terreno alheio, reconhecido como tal na lei aplicável durante a administração indonésia; O *Hak guna-usaha*, o direito ao aproveitamento económico da terra do Estado por um determinado período de tempo, reconhecido como tal na lei aplicável

⁷⁷ Relatório Final da Consulta Pública para a Revisão do Pacote de Lei de Terras.

durante a administração indonésia. Estes direitos detêm a natureza de direitos reais de gozo.

De sublinhar a previsão de processos de despejo de ocupante arbitrário de bem imóvel do Estado mas, de outra banda, consagra-se uma protecção especial quando em causa esteja a casa de morada de família, com vista a evitar evidentes dramas sociais e familiares e, assim, procurar soluções de equilíbrio, proporcionalidade e justiça⁷⁸.

Macau

Na Região Administrativa Especial de Macau, a sua constituição *lato sensu*, a Lei Básica, estabelece importantes princípios rectores nestas matérias. Desde logo os artigos 6.º, 7.º, 103.º, 120.º da Constituição *lato sensu* de Macau⁷⁹.

A nova Lei de Terras de Macau, Lei n.º 11/2013, que veio substituir a Lei de Terras de 1980, largamente tributária do direito ultramarino das terras português e, adaptando-se a novos contextos constitucionais, actualizando institutos, a verdade é que é uma lei que ainda se enfileira na família das leis que permanecem com um fundo comum, um caldo próximo de soluções e doutrina lusófonas. Havendo embora propriedade privada sobre o solo, esta é diminuta, ainda mais com

⁷⁸ Vide, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES, *O projecto de lei relativo à propriedade dos imóveis em Timor-Leste*, página 503.

⁷⁹ Com efeito atente-se, e sem exaurir, ao regime constitucional contido na Lei Básica: princípio geral da protecção da propriedade privada (art. 6.º), protecção do direito das pessoas singulares e colectivas à aquisição, uso, disposição e sucessão por herança da propriedade e o direito à sua compensação em caso de expropriação legal, (art. 103.º) densificação do princípio da compensação em caso de expropriação a qual deve corresponder ao valor real da propriedade no momento, deve ser livremente convertível e paga sem demora injustificada (art. 103.º), consagração expressa do direito à propriedade de empresas (art. 103.º), princípio da protecção dos legítimos direitos e interesses dos proprietários de património cultural (art. 125.º), a garantia de que as organizações religiosas gozam, nos termos da lei, do direito de adquirir, usar, dispor e herdar património (art. 128.º) e, sublinhe-se, todas estas garantias aparecem expressamente sob o manto protector da reserva de lei.

a aplicação do novo regime instituído pela Lei Básica de Macau⁸⁰, a concessão por aforamento desaparece (mas mantendo-se as situações de pretérito), e a opção claramente mais significativa quanto ao aproveitamento, uso e desenvolvimento da terra opera-se por via da concessão por arrendamento.

A nova Lei de Terras, muito sumariamente dizendo, é um diploma bastante complexo e longo, mais se assemelhando a uma espécie de *Código das Terras*, contendo mais de 220 artigos⁸¹.

Afirmava-se na Nota Justificativa da nova Lei de Terras que, «*Nos termos do artigo 7.º da Lei Básica da RAEM, “os solos e os recursos naturais na RAEM são propriedade do Estado, salvo os terrenos que sejam reconhecidos, de acordo com a lei, como propriedade privada, antes do estabelecimento da RAEM. O Governo da RAEM é responsável pela sua gestão, uso e desenvolvimento, bem como pelo seu arrendamento ou concessão a pessoas singulares ou colectivas para uso ou desenvolvimento. Os rendimentos daí resultantes ficam exclusivamente à disposição do Governo da RAEM.”*. Neste contexto, a presente proposta da lei introduz alterações sobre a classificação dos terrenos e a sua disposição, no sentido de cumprir o princípio de que a propriedade de terrenos cabe ao Estado, e ao mesmo tempo, observa rigorosamente o disposto nos artigos 6.º e 120.º da Lei Básica da RAEM, respeitando o direito à propriedade privada e os direitos adquiridos referentes aos terrenos concedidos.».

A nova Lei de Terras contém, nomeadamente, disposições sobre o domínio público, domínio privado e propriedade privada, a instituição de reservas (solução claramente tributária da influência do direito ultramarino pretérito), normas sobre expropriação por utilidade pública de direitos resultantes da concessão de terrenos e constituição de servidão

⁸⁰ Constituição *lato sensu* de Macau. Sobre isto, PAULO CARDINAL, *Fragments em torno da constituição processual penal de Macau – do princípio da continuidade ao princípio da dignidade humana*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, org. Manuel da Costa Andrade *et all*, Coimbra Editora, 2010, páginas 741-778.

⁸¹ Vide, para mais desenvolvimentos, Parecer n.º 3/IV/2013, da 1.ª Comissão Permanente, «Lei de terras» e seus anexos, que se encontra disponível em <http://www.al.gov.mo/lei/leis/2013/2013-10/po.htm>.

administrativa, classificação e condições de uso e aproveitamento dos terrenos disponíveis, disposição de terrenos, concessão e ocupação, procedimento de concessão e de ocupação, termo do procedimento e da concessão de direitos e deveres dos concessionários, cadastro, registo predial e órgãos de execução, sanções.

A forma de utilização e desenvolvimento da terra pública mais comum é a da **concessão por arrendamento** cujo regime vem estipulado no artigo 42.º da Lei de Terras⁸². O direito resultante desta concessão por arrendamento é, não obstante o silêncio da lei quanto à identificação da sua natureza, um direito real⁸³. Pode ser dada

⁸² Artigo 42.º Conteúdo – «1. O direito resultante da concessão por arrendamento ou subarrendamento de terrenos urbanos ou de interesse urbano abrange poderes de construção, transformação ou manutenção de obra, para os fins e com os limites consignados no respectivo título constitutivo, entendendo-se que as construções efectuadas ou mantidas permanecem na propriedade do concessionário ou subconcessionário até à extinção da concessão por qualquer das causas previstas na presente lei ou no contrato. 2. A propriedade das construções referidas no número anterior pode ser transmitida, designadamente no regime da propriedade horizontal, observados os condicionamentos da presente lei sobre a transmissão de situações resultantes da concessão ou subconcessão. 3. Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, os direitos referidos no n.º 1 podem ser objecto de hipoteca. 4. Em caso de concessão provisória, a constituição de hipoteca dos direitos referidos no n.º 1 só pode destinar-se a garantir o financiamento para a concretização do aproveitamento do terreno. 5. Em caso de concessão provisória ou de concessão definitiva cuja transmissão das situações dela resultantes esteja sujeita a autorização prévia do Chefe do Executivo, a hipoteca dos direitos referidos no n.º 1 só pode ser constituída a favor de instituições de crédito legalmente autorizadas a exercer actividade na RAEM. 6. No contrato de concessão pode ser proibida a constituição de hipoteca dos direitos referidos no n.º 1 ou impostas restrições na sua constituição, por motivo da natureza especial da concessão. 7. A hipoteca constituída em violação do presente artigo é nula.».

⁸³ Isto significa não uma violação ao princípio da taxatividade dos direitos reais mas, uma mera ausência declarativa legal da existência de um dado direito real. Tal em nada vem bulir com a natureza real do direito, sem embargo, e.g. por razões de clareza jurídica, de afigurar mais adequado apresentar uma denominação legal, a qual poderia inclusive apresentar o carácter real em si mesma. Vide, defendendo expressamente a natureza real deste direito, JOSÉ GONÇALVES MARQUES, *Direitos Reais*, 2004, página.66, JOSÉ GONÇALVES MARQUES, *A propriedade imobiliária em Macau – Terrenos de propriedade privada e terrenos do domínio privado do Estado*, VICENTE MONTEIRO, *Noções elementares do Registo Predial de Macau*, 1997, página. 100, FERNANDO ALVES CORREIA, *Tendências Actuais do Direito do Urbanismo Português*, cit., DUARTE SANTOS, *A revisão da Lei de Terras: problemas e perspectivas de evolução*,

concessão por arrendamento quer terrenos urbanos ou de interesse urbano, quer terrenos rústicos. Pela concessão é devido o pagamento de uma renda, havendo também lugar ao pagamento de um prémio de concessão. Prevê-se a possibilidade de subarrendamento, nos termos do artigo 43.º da Lei de Terras, mas não quanto aos terrenos rústicos concessionados. Os prazos da concessão de arrendamento não devem ultrapassar 25 anos e as suas renovações 10 anos, cada uma, mas nos arrendamentos de terrenos rústicos os prazos são, respectivamente, de 10 e 2 anos. Admite-se a possibilidade de concessões gratuitas, nos termos dos artigos 64.º e seguintes da Lei de Terras.

A nova Lei de Terras cria uma nova figura: a concessão de uso privativo, com o regime previsto nos artigos 68.º e seguintes da Lei de Terras. Pode ser objecto desta concessão o uso privativo de terrenos do domínio público que exijam a realização de investimentos em instalações fixas e indismontáveis e sejam considerados de utilidade pública, considerando-se de utilidade pública o uso privativo, designadamente para qualquer dos seguintes fins: 1) Instalações de postos para venda de combustíveis; 2) Instalações de estações de serviço para apoio à circulação rodoviária; 3) Instalações de equipamentos indispensáveis para assegurar a prestação do serviço público de telecomunicações, de fornecimento de energia eléctrica ou de gás natural, ou de abastecimento de água, como se refere no artigo 69.º da Lei de Terras.

DUARTE SANTOS, *Tópicos para uma reforma do regime jurídico das terras em Macau*, in *Contribuições Jurídicas sobre a União de Facto e Direitos sobre a Terra em Macau e Moçambique*, 2011, PAULO CARDINAL, *Direitos fundiários em Macau*, cit., PAULO CARDINAL, *Contributo para a delimitação conceptual e inventário dos direitos reais em Macau – da Lei básica à Lei de Terras*, inédito, Parecer n.º 1/91, da Comissão de Assuntos Económicos, Finanças e Concessões, de 14 de Junho de 1991, a páginas. 18, Parecer n.º 4/94, da Comissão de Administração e Finanças Públicas, de 20 de Maio de 1994, DAL, n.º 19, II Série, página.889, aí se falando, na esteira daqueloutro Parecer na «*natureza de direito real que terá este tipo de concessão, de conteúdo semelhante ao direito de superfície regulado no Código Civil.*», e também no mais recente Parecer da Assembleia Legislativa sobre o assunto, o Parecer n.º 3/IV/2013 da 1.ª Comissão Permanente, onde se pode ler, designadamente, a referência à «*evidente natureza de direito real*», «*Este direito, na actual lei de terras (e Decreto-Lei n.º 51/83/M) e na futura lei apresenta-se, pois, como um direito «complexo como a superfície» e, «por uma razão de clarificação, não pudesse ou não devesse o legislador expressamente declarar que este direito – arrendamento concessionado – é um direito real.*».

O artigo 70.º da Lei de Terras define o conteúdo da concessão de uso privativo, a qual confere aos seus titulares o direito de utilização exclusiva, para as finalidades e com os limites consignados no respectivo título constitutivo, do terreno a que respeita. O direito de uso privativo abrange poderes de construção, transformação e manutenção de obra, mantendo-se esta na propriedade do titular até à extinção da respectiva concessão. O subarrendamento é proibido. A duração do arrendamento tem um prazo máximo de 15 anos, renovável por períodos máximos de cinco anos. Pela concessão de uso privativo é devida uma taxa anual. O direito resultante desta concessão de uso privativo parecer ser, não obstante o silêncio da lei, um direito real de gozo.

A ocupação a título precário, nos termos dos artigos 76.º e seguintes da Lei de Terras. A ocupação por licença é destinada a terrenos a utilizar temporariamente e àqueles em relação aos quais se revele inconveniente a criação de direitos duradouros. Note-se que nos terrenos ocupados mediante licença podem fazer-se apenas construções ou instalações de carácter precário.

Uma referência aos às **concessões por aforamento** constituídas antes da entrada em vigor da nova lei, as quais regem-se pelas disposições da presente lei e diplomas complementares, pelas cláusulas dos respectivos contratos e, subsidiariamente, pelas normas civis aplicáveis, e não é permitido o subaforamento, nem consentida a remição do foro. Isto significa que não é possível fazer novas concessões por aforamento – em virtude da Lei Básica, segundo se julga – mas respeitam-se as anteriormente constituídas, nos termos dos artigos 87.º e seguintes da Lei de Terras.

Portugal

Em Portugal há pleno reconhecimento do direito de propriedade privada⁸⁴, incluindo sobre a terra; por conseguinte, é muito reduzida a importância das formas de utilização e concessão da terra pública

⁸⁴ Veja-se, desde logo e sem exaurir, ao nível constitucional, o Artigo 62.º (Direito de propriedade privada), da Constituição Portuguesa: «1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos

por particulares. Mas, de qualquer modo, este mecanismo existe e está regido legalmente.

Assinale-se a *Lei dos Solos*, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 794/76, de 5 de Novembro, e o Decreto-Lei n.º 280/2007, de 7 de Agosto, que estabelece o *Regime Jurídico dos bens imóveis do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais*.

A Lei dos Solos, destinou-se a substituir o Decreto-Lei n.º 576/70, de 24 de Novembro, na parte em que se definem os princípios e normas fundamentais sobre a política de solos, e concentra e sistematiza dispositivos dispersos por leis avulsas, tendo havido a preocupação de dotar a Administração de instrumentos eficazes para, por um lado, evitar a especulação imobiliária e, por outro lado, permitida a rápida solução do problema habitacional. No artigo 5.º da Lei dos Solos estabelece-se que nos terrenos já pertencentes à Administração ou que por ela venham a ser adquiridos, desde que destinados a determinados fins, sempre que a realização dos correspondentes empreendimentos não venha a ser efectuada pela Administração, só poderá ser cedido o direito à utilização mediante a constituição do direito de superfície. Salvo se as transmissões forem feitas a pessoas colectivas de direito público ou a empresas públicas. Poderá ainda ser autorizada a cedência dos terrenos, em propriedade plena, a entidades de direito privado.

O prazo do direito de superfície é determinado em função da natureza mas é, pelo menos, de cinquenta anos. O terreno destinado à construção de prédios para uso próprio tem um prazo de, pelo menos, setenta anos, renováveis por idênticos períodos, salvo casos em que a renovação é expressamente interdita. Na constituição do direito de superfície, serão sempre fixados prazos para o início e a conclusão das construções a erigir e serão adoptadas as providências que se mostrem adequadas para evitar especulação na alienação do direito. O direito de superfície pode ser cedido contra o pagamento de uma quantia determinada ou de prestações periódicas. Os superficiários terão direito a indemnização pela extinção do direito de superfície, quando assim for

da Constituição. 2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização.».

convencionado no título de constituição, nos termos dos artigos 20.º e seguintes da Lei dos Solos.

O Decreto-Lei 280/2007, de 7 de Agosto, que estabelece o *Regime Jurídico dos bens imóveis do Estado, das Regiões Autónomas e das Autarquias Locais*, afirma que podem ser constituídos direitos de superfície sobre imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos, designadamente por não serem necessários à prossecução de fins de interesse público e não ser conveniente a sua alienação. Na constituição do direito de superfície devem ser fixados: o prazo do direito de superfície; a quantia devida pelo superficiário e os termos do pagamento; o início e a conclusão de eventuais construções a erigir nos imóveis (artigo 67.º). A designação do superficiário é realizada através dos procedimentos de hasta pública, de negociação, com publicação prévia de anúncio, ou de ajuste directo (artigo 69.º). O prazo estabelecido no acto de constituição não pode ser prorrogado, salvo convenção em contrário (artigo 70.º). A transmissão do direito de superfície fica sujeita a autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças (artigo 71.º). E o superficiário tem direito a indemnização pela extinção do direito de superfície quando e nos termos convencionados no título de constituição (artigo 72.º).

IV – OS REGIMES JURÍDICOS DAS TERRAS EM OUTRAS ORDENS JURÍDICAS

Conforme se referiu na introdução do presente texto, para além da análise de ordens jurídicas lusófonas, seria importante incluir o estudo do regime fundiário na RPC, porquanto não apenas este é o Estado soberano, detendo propriedade sobre solos da RAEM – ainda que configurado em *nudem jus* – como também detém uma inegável e enorme proximidade geopolítica e aposta, como princípio super-estruturante na propriedade pública da terra. Por virtude da suma política «um País, Dois Sistemas», o seu estudo é mesmo de direito comparado, no sentido de confronto entre ordens jurídicas distintas.

Por outro lado, a legislação de Hong Kong, não obstante se inserir nos domínios da *Common Law* (onde muitas abordagens técnicas são profundamente distintas, nomeadamente ao nível dos direitos reais), também será passada em revista por naturais razões, e, bem assim, pela sua contextualização geográfica, serão referenciados alguns ordenamentos jurídicos asiáticos, em particular quanto a algumas questões mais primaciais.

Interior da China

O Artigo 10.º da Constituição da RPC estabelece o seguinte:

«Os terrenos nas cidades são propriedade do Estado. Os terrenos, nas zonas rurais e suburbanas são propriedade de unidades colectivas, com excepção das parcelas que, de acordo com a lei, pertencem ao Estado; os terrenos para construção, as parcelas de terra cultivadas por particulares e as terras montanhosas também são propriedade de unidades colectivas.

O Estado pode, nos termos da lei e por motivos de interesse público, expropriar terras a fim de as pôr ao seu uso.

Nenhuma organização ou indivíduo pode apropriar-se de terras, comprá-las, vendê-las ou arrendá-las ou, de qualquer outra forma, transferir ilegalmente a sua propriedade.

Todas as organizações e indivíduos que se servem da terra devem usá-la de modo racional.».

Como esclarece SUN XIANZHONG⁸⁵, a legislação sobre *Direito das Coisas*, da China, de 2007, «estabelece o direito (concessionado) como direito de superfície no Código Civil⁸⁶ e torna-se um direito real típico e sujeito às regras normais de direito real».

⁸⁵ Em, *O estudo comparado dos regime jurídicos dos solos em China continental e RAEM*, em Tong Io Cheng (ed.), *As Tendências de Reforma de Lei de Terras*, 34-35.

⁸⁶ Note-se que inexistente Código Civil na RPC pelo que esta referência assim feita se deverá a questões de tradução. Deveria antes ser denominada «Lei das Coisas da China» ou «Lei dos direitos de propriedade da China», de 2007.

Aliás, como informa ALBERT CHEN, «*the three main types of “yongyi wuquan” (Nutzungsrechte in German) provided for in the LP [Law of Property] are to varying degrees private property rights, and “collective ownership” in respect of rural land also contains elements of private property*»⁸⁷.

Note-se pois que, neste particular e central aspecto da natureza real do direito resultante da concessão, a legislação do primeiro sistema chinês se acha mais avançada e clarificada do que na RAEM, mesmo após a aprovação da nova Lei de Terras.

Mas, refira-se, no âmbito do direito chinês, na *Regulations for the Implementation of the Land Administration Law of the People’s Republic of China*, há a coexistência do direito real de uso – com características de direito de superfície – e o arrendamento⁸⁸.

O artigo 29.º daquelas *Regulations* estabelece os modos de utilização de terras do Estado, nomeadamente: 1) a transferência do direito de uso (direito real) de terra propriedade do Estado e, 2) o arrendamento. Permite-se a transferência do direito em certas condições e a sua hipoteca devendo estes actos ser registados.

Refira-se que para os terrenos sobre os quais são erguidas construções e são utilizados por períodos prolongados, são dados de arrendamento por longo prazo:

- «i. 70 anos para terrenos com finalidade habitacional;
- ii. 50 anos para terrenos com finalidade industrial;
- iii. 50 anos para terrenos com finalidade educacional, científica, cultural, de saúde e desportiva;
- iv. 40 anos para terrenos com finalidade comercial, turística e de entretenimento;
- v. 50 anos para terrenos com finalidades múltiplas ou outras.»⁸⁹.

⁸⁷ Que nos explica que a legislação é baseada no sistema alemão e refere-se ao direito real de uso, *The Law of Property and the Evolving System of Property Rights in China*, 2010.

⁸⁸ Veja-se, por exemplo, *Several Opinions on Regulating Lease of State-owned Land*, Ministry of Land and Resources, 1999.

⁸⁹ *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008, página 20.

Já na lei do Direito das Coisas, prescreve-se, por exemplo, no artigo 149.º que «*Terminado o prazo do direito de uso do terreno destinado ao fim habitacional, [este] é renovado automaticamente. Terminado o prazo do direito de uso do terreno que não se destina ao fim habitacional, a respectiva renovação efectuar-se-á de acordo com a lei.*».

Quanto à transmissão do direito de utilização do terreno, os direitos e obrigações constantes do contrato de alienação do direito de utilização do terreno e documento de registo são também transmitidos sendo que quando o direito de utilização do terreno for adquirido pelo utilizador do terreno através da forma de transmissão, o prazo de utilização é o remanescente obtido depois da subtracção do prazo constante do contrato de alienação do direito de utilização e do período que o utilizador original tenha completado. As formas de transmissão do direito de utilização do terreno compreendem, entre outras, a venda, troca e doação. Quando o direito de utilização do terreno for adquirido por forma de alienação, se o transmitente, no caso de transmissão de imobiliário, não tiver investido para desenvolvimento ou aproveitamento, em conformidade com o prazo e condições constantes do contrato de alienação do direito de utilização do terreno, o mesmo direito não poderá ser transmitido⁹⁰.

No que respeita ao procedimento de concessão, assinala-se que o regime de alienação de terrenos no interior da China consiste principalmente em hasta pública e concurso público. Note-se que o processo compreende a divulgação das informações sobre abertura do processo, apresentação da proposta de preço pelos concorrentes, confirmação dos preços apresentados, o fim do período da colocação em hasta pública, licitação em hasta pública, assinatura do “*termo de confirmação da transacção*”, assinatura do contrato de alienação, divulgação do resultado de alienação e arquivamento.

Hong Kong

Em Hong Kong vigora, no patamar constitucional, uma disciplina basicamente idêntica – mas não totalmente – à de Macau, mormente

⁹⁰ *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008, página 32.

no que respeita ao princípio da protecção da propriedade privada e quanto ao princípio da propriedade dos solos recair sobre o Estado (artigos 6.º e 7.º).⁹¹

Esta Região irmã de Macau está igualmente a enfrentar o problema da escassez de solos, a alta densidade populacional e a economia com desenvolvimento sustentável. A Região Administrativa Especial de Hong Kong tem um conjunto completo de legislação que rege o planeamento e controlo da finalidade dos terrenos, com vista a aproveitá-los de forma eficiente e otimizada. Além disso, para assegurar o cresci-

⁹¹ Vide ainda, por exemplo, o Artigo 105: «*The Hong Kong Special Administrative Region shall, in accordance with law, protect the right of individuals and legal persons to the acquisition, use, disposal and inheritance of property and their right to compensation for lawful deprivation of their property. Such compensation shall correspond to the real value of the property concerned at the time and shall be freely convertible and paid without undue delay. The ownership of enterprises and the investments from outside the Region shall be protected by law.*», artigo 141, (2) «*Religious organizations shall, in accordance with law, enjoy the rights to acquire, use, dispose of and inherit property and the right to receive financial assistance. Their previous property rights and interests shall be maintained and protected.*»,. Diversamente, note-se que se dedica uma secção inteira à questão das concessões (na LB de Macau o artigo 120.º), «*Article 120, All leases of land granted, decided upon or renewed before the establishment of the Hong Kong Special Administrative Region which extend beyond 30 June 1997, and all rights in relation to such leases, shall continue to be recognized and protected under the law of the Region. Article 121, As regards all leases of land granted or renewed where the original leases contain no right of renewal, during the period from 27 May 1985 to 30 June 1997, which extend beyond 30 June 1997 and expire not later than 30 June 2047, the lessee is not required to pay an additional premium as from 1 July 1997, but an annual rent equivalent to 3 per cent of the rateable value of the property at that date, adjusted in step with any changes in the rateable value thereafter, shall be charged. Article 122.*

In the case of old schedule lots, village lots, small houses and similar rural holdings, where the property was on 30 June 1984 held by, or, in the case of small houses granted after that date, where the property is granted to, a lessee descended through the male line from a person who was in 1898 a resident of an established village in Hong Kong, the previous rent shall remain unchanged so long as the property is held by that lessee or by one of his lawful successors in the male line., Article 123, Where leases of land without a right of renewal expire after the establishment of the Hong Kong Special Administrative Region, they shall be dealt with in accordance with laws and policies formulated by the Region on its own.». Como se nota a ausência constitucional de preceito equivalente ao artigo 125.º da LB de Macau no que respeita à protecção da propriedade privada no contexto do património cultural.

mento económico a longo prazo, foi elaborada uma nova e simplificada classificação do aproveitamento dos terrenos com vista a aumentar a flexibilidade da estimativa sobre a sua futura procura, em articulação com as características das actividades económicas modernas⁹².

Os terrenos são concedidos por arrendamento, através de hasta pública, concurso público e adjudicação directa. Regra geral, os terrenos do Estado são concedidos por hasta pública, depois de obtida a lista de terrenos disponíveis para concessão por requerimento. Os interessados em adquirir o direito de concessão do respectivo terreno, incluindo os promotores imobiliários, podem requerer a concessão de terrenos inscritos na lista. Deferido o requerimento, se o preço proposto corresponder a 80% do valor de mercado, estimado pelo Governo, é levado a cabo o processo de hasta pública. Caso o preço oferecido esteja aquém da base de licitação, o Governo terá direito de retomar o terreno e a caução paga pelo requerente inicial será perdida a favor do Governo⁹³.

Actualmente, o prazo das novas locações de terreno (*land leases*), regra geral, é de 50 anos; terminado o direito do uso de terreno, as locações de terreno, dum modo geral, podem ser renovadas por cinquenta anos sem taxa adicional. Sublinhe-se que o concessionário tem que proceder ao aproveitamento do terreno no prazo de três anos a contar da sua concessão, sob pena de assistir ao Governo o direito de recuperar a respectiva concessão⁹⁴.

Taiwan

Os terrenos em Taiwan podem ser objecto da propriedade privada. Os terrenos da propriedade nacional estão regulados no *Land Act*⁹⁵ e no *National Property Act*⁹⁶, podendo esses terrenos ser classificados como de uso público ou de uso não público. Quanto aos terrenos de uso

⁹² *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008, página 5.

⁹³ *Idem*, páginas 11 e 12.

⁹⁴ *Idem*, *passim*.

⁹⁵ <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0060001>

⁹⁶ <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=G0370001>

não público, o *National Property Act* estabelece que o Governo pode arrendar e alienar nos limites da lei (nomeadamente os artigos 42.º e 49.º), ao passo que os terrenos públicos podem ser destinados ao uso público ou uso particular. Regra geral, neste último caso, os terrenos são concedidos por arrendamento, através de concurso público ou da constituição do direito de superfície, ou seja, um direito real tipificado no artigo 832.º do Código Civil de Taiwan.

A maioria dos contratos de concessão de terreno por arrendamento são de 30 a 50 anos, no entanto, existem casos pontuais que podem prolongar-se até aos 70 anos. De acordo com os contratos de concessão por arrendamento, os concessionários podem ter direito à renovação do contrato.

Na constituição do direito real de superfície do terreno da propriedade pública, por concurso público, o preço-base do direito que se cobra é 50% do valor de mercado do terreno e é calculado conforme o preço que venha a ser obtido efectivamente. No entanto, se o terreno não for adjudicado nesse concurso público, poderá ser, uma única vez, aberto um novo concurso público com uma redução de 10% do preço-base original. Os terrenos públicos que não se destinam a uso público são, regra geral, arrendados aos adjudicatários por meio de concurso público ou mediante constituição do direito de superfície do terreno⁹⁷.

Japão

Os terrenos no Japão estão em princípio todos sujeitos ao Direito Privado e podem, desde logo por isso, ser objecto do direito real de propriedade privada, do direito real de superfície e do direito obrigacional de arrendamento.

Em 2006, cerca de 25%, em termos da área, dos terrenos pertencem à propriedade do Estado⁹⁸. Sobre esses terrenos da propriedade estadual, há uma lei de gestão e disposição chamado *National Property*

⁹⁷ *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008, *passim*.

⁹⁸ CHEN WEN LONG/ZHUANG CUI YUN, *Introdução ao Sistema de Gestão sobre os Terrenos do Estado no Japão*, http://report.nat.gov.tw/ReportFront/report_detail.aspx?sysId=C09501045

Act (Act No. 73 of 1948). E segundo o artigo 3.º desta lei, a propriedade nacional pode ser classificada em administrativa ou em simples. É administrativa a propriedade que se serve para uso do Governo, do público, da casa real ou dos empresários públicos. O resto é de propriedade simples. Enquanto administrativos, os terrenos em princípio não podem ser objecto de venda, troca, nem arrendamento (artigos 18.º e 19.º do *National Property Act*). Já quanto aos terrenos de propriedade simples, o Estado pode, nos limites da lei, vender, alienar, trocar, arrendar, constituir um *trust* ou outros direitos privados (artigos 20.º a 31.º da mesma lei). O uso do direito real de superfície pelo Estado Japonês é admissível embora excepcional⁹⁹. O arrendamento sobre terreno e a construção em cima erigida são registáveis e oponíveis a terceiros com o registo (Cfr. Artigo 605.º do Código Civil e Artigo 10.º do *Act on Land and Building Leases*). E em certas condições a transmissão dos direitos e o subarrendamento podem ser feitos sem o consento do proprietário do terreno (Artigo 19.º do *Act on Land and Building Leases*), o que apontará, nestes casos, para um direito de natureza real.

Coreia do Sul

Na Coreia do Sul, que admite a propriedade privada plena dos solos, existe um direito real de raiz tradicional denominado *Chonse-gwon*¹⁰⁰. O âmbito de aplicação deste direito não está isento de algumas dúvidas. Refira-se que, na sua evolução histórica, nem sempre foi considerado pela lei como um direito real. Assinale-se ainda uma maior protecção que é conferida ao arrendamento dos solos, que se aproxima ao direito real, embora pareça que não o seja¹⁰¹.

⁹⁹ CHEN WEN LONG e ZHUANG CUI YUN, *Idem*.

¹⁰⁰ Civil Act, Act No. 471, arts. 303–319. Veja-se, YOUNGJOON KWON/YONG-SHIK LEE, *Legal Analysis Of Traditional Leasehold In Korea (Chonsegwon) From A Comparative Legal Perspective*, «*Chonse is sometimes protected as a property right unique to Korea Chonsegwon. Chonsegwon refers to a registered Chonse arrangement, which creates a leasehold interest in property (a right in rem) for the Chonse-lessee*», página 264.

¹⁰¹ Vide, *Introduction to Korean Law*, Korea Legislation Research Institute, Springer, 2013.

Singapura

Os terrenos do Estado são alienados por concurso público e hasta pública. Quanto aos terrenos residuais, recorre-se à venda directa e a concurso públicos limitados. Entendem-se por terrenos residuais as parcelas de terreno que restam depois do desenvolvimento e apresentam forma irregular, e embora não possam ser aproveitados independentemente, por causa da sua forma e área, oferecem potencialidades para aumentar a utilização e o valor económico dos terrenos contíguos. Nos termos do Regulamento dos Terrenos do Estado de Singapura, o prazo de concessão do terreno, regra geral, não ultrapassa 99 anos; os terrenos que não possam ser aproveitados de modo independente devem ser concedidos aos titulares dos terrenos contíguos para aproveitamento conjunto, sendo o prazo de concessão coincidente com o do terreno contíguo já concedido. Regra geral, o prazo de concessão dos terrenos varia conforme a finalidade habitacional e comercial, educacional ou agrícola, em prol do aproveitamento dos solos. A alteração das finalidades dos terrenos e das edificações é apreciada e avaliada com base no seu plano principal¹⁰².

Tailândia

A Tailândia reconhece, em determinadas situações, a propriedade privada e reconhece ainda um (vero) direito de posse sobre terras. Sendo que se considera propriedade do Estado qualquer terra que não seja objecto de propriedade privada, nos termos do *Land Code Act*. Por outro lado, os titulares daquele direito de posse e ocupação tiveram de fazer prova desse direito e de real uso e aproveitamento da terra. O Estado poderá, em certas circunstâncias, fazer o reapossamento das terras. O departamento de terras (e, em alguns casos, outras entidades), emitem um determinado certificado constitutivo de titulação de terras. Há uma variedade grande que vai da estatuição de propriedade a

¹⁰² *Textos para Consulta das Proposta de Revisão Preliminar da Lei de Terras e dos Diplomas Complementares*, 2008, *passim*.

meras licenças de ocupação altamente limitativas, passando por títulos que permitem os direitos de uso, posse, e mesmo, transferência desses direitos. O *Chanote* ou *Nor Sor 4 Jor* é o único título conferidor de propriedade neste contexto. O *Sor Kor 1* permite o direito de posse e ocupação da terra e pode, em certas circunstâncias, ser transmitido, pode ainda ser adquirido por sucessão *mortis causa*, e não terá limite temporal. Será, pois, um direito real superficiário não temporário. O *Nor Sor 3* permite apenas a mera detenção mas sem direito de posse.

V – BREVES CONCLUSÕES

E assim se dá por concluído este breve percurso de direito comparado assente em dois eixos fundamentais: lusofonia e Ásia. Muitas são as diferenças detectadas várias são as similitudes apontadas. E daqui várias ilações poderão ser retiradas para futuro. Afinal, este é o desiderato fundamental do Direito Comparado enquanto instrumento acessório de análise, compreensão e descoberta de soluções.

E, no que toca a Macau, foi possível ver que muitos dos seus problemas nestes domínios fundiários existem noutras paragens e que teria sido deveras útil procurar soluções nesses outros ordenamentos jurídicos e ajustá-las à RAEM com sucesso e eficácia, algo que, todavia, não foi possível de concretizar.

Os Acordos Parassociais em Moçambique: análise de algumas questões práticas¹

RITA CASTRO²
FÁBIO CASTRO RUSSO³
PAULA DUARTE ROCHA⁴

Resumo: O presente artigo analisa o regime jurídico dos acordos parassociais à luz da lei comercial moçambicana e algumas questões práticas que os autores entenderam mais pertinentes em face da prática societária moçambicana..

Palavras chave: *acordo parassocial; acordo entre acionistas; contrato de sociedade; deliberações; direito de voto; organização da sociedade.*

Abstract: This article is an analysis of the shareholders' agreements legal regime under Mozambican commercial law and its purpose is to comment, even briefly, some issues that authors considered of particular interest in view of the Mozambican practice reality.

Key words: *shareholders' agreement; company's articles of association; resolutions; right to vote; company structure.*

Introdução

A admissibilidade dos acordos parassociais no ordenamento jurídico moçambicano está expressamente prevista nos artigos 98.º e 411.º do Código Comercial⁵.

¹ Entregue: 1.9.2014; aprovado: 10.10.2014.

² Advogada na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

³ Advogado na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados.

⁴ Advogada na Mozambique Legal Circle Advogados.

⁵ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 2/2005, de 27 de dezembro, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 2/2009, de 24 de abril.

Assim, o n.º 1 do artigo 98.º do diploma legal mencionado reconhece os acordos parassociais “celebrados entre todos ou entre alguns sócios”, através dos quais estes, nessa específica qualidade (de sócios), se obriguem a uma conduta não proibida por lei. Prescreve igualmente esta disposição legal que os acordos em apreço vinculam as partes intervenientes, sem prejuízo de a sua violação não poder servir de base à impugnação de atos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade a que respeitem.

Por outro lado, o artigo 411.º do Código Comercial, aplicável apenas às sociedades anónimas, estabelece, sob a epígrafe “Acordo de acionistas”, que os accionistas de uma sociedade podem compor os seus interesses através de acordos (de acionistas) formalizados por escrito, desde que os mesmos não contrariem os interesses da própria sociedade ou as normas e os princípios do Código Comercial. Sempre segundo o preceito legal indicado, os acordos de acionistas podem incidir sobre diversas matérias, tais como a compra e venda de ações da sociedade, o exercício do direito de voto para o preenchimento de cargo na administração da sociedade, a adoção de “iniciativas comuns e legítimas” visando a aquisição ou a preservação do controlo da sociedade ou a adoção de políticas de investimento e de distribuição de lucros da sociedade.

O referido artigo 98.º do Código Comercial é uma reprodução (quase) literal do artigo 17.º do Código das Sociedades Comerciais português, tendo este a sua génese – no que toca ao seu n.º 3, pelo menos – no artigo 35.º da proposta de Quinta Diretiva em sede de direito das sociedades⁶, por sua vez influenciado por determinadas disposições da *Aktiengesetz* (lei das sociedades anónimas) alemã. À luz da legislação moçambicana (e portuguesa), e conforme resulta do n.º 1 do mencionado artigo 98.º, os acordos parassociais têm eficácia meramente obrigacional – ao contrário do que acontece na Alemanha, onde os acordos parassociais são dotados de eficá-

⁶ A proposta de Quinta Diretiva foi formulada pela Comissão Europeia em 1972 (COM/72/887FINAL), tendo conhecido três revisões (em 1983, em 1990 e em 1991), sem que, porém, tenha chegado a ser aprovada.

cia *supra partes* –, ademais não podendo ser objeto de execução específica⁷.

Já o artigo 411.º do Código Comercial não encontra disposição paralela na lei portuguesa, que apenas regula os acordos parassociais na sua parte geral, aplicável aos diferentes tipos societários.

Tipologia

Embora os acordos parassociais possam incidir sobre um vasto número de realidades, por razões de brevidade referir-se-ão unicamente aquelas sobre as quais mais frequentemente esses acordos recaem: (i) participações sociais e seu regime; (ii) exercício do direito de voto; e (iii) organização da sociedade⁸.

Os *acordos relativos às participações sociais e seu regime* podem designadamente estabelecer: proibições de alienação absolutas, temporárias (*lock-up* ou “período de indisponibilidade”) ou fora de um determinado círculo de pessoas; direitos de preferência recíprocos; direitos de opção de compra (*call option*) ou de venda (*put option*) de participações sociais; direitos de venda conjunta voluntária (*tag along*) ou forçada (*drag along*); e obrigações de subscrição de aumentos de capital.

Os *acordos relativos ao exercício do direito de voto* podem designadamente estabelecer: uma predeterminação do sentido de voto; uma concertação futura entre as partes para a aprovação de certos assuntos; e a reunião em separado antes da assembleia geral para a concertação do sentido de voto.

⁷ Em sentido contrário, ver MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 2.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 217, que defende a possibilidade (ou, pelo menos, a não impossibilidade...) de se recorrer à execução específica quando esteja em causa o cumprimento de uma prestação que ainda seja possível: “salvo naqueles casos limitados em que a emissão do voto seja considerada um facto infungível, não será impossível utilizar a acção de execução específica em situação de incumprimento de vinculações de voto”.

⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, vol. I, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, pp. 704 e ss.

Finalmente, mediante *acordos relativos à organização da sociedade*, as partes podem: adotar um plano para a sociedade e comprometer-se a pô-lo em prática (através de votações concertadas, da eleição de administradores de confiança e de influências extrassociais); reparar entre si a indicação dos membros dos órgãos societários; obrigar-se a investir na sociedade (por exemplo, através de aumentos de capital ou da celebração de contratos de suprimento); obrigar-se a enfrentar um concorrente, não lhe alienando ações; e obrigar-se a realizar certas auditorias internas ou externas, entre outras medidas⁹.

Os acordos parassociais podem ser celebrados em qualquer altura da vida de uma sociedade. No entanto, a prática societária tem demonstrado que a sua celebração ocorre normalmente por ocasião da alteração subjetiva da sociedade, designadamente em momentos em que se verifica a entrada de novos sócios, seja originariamente (por aumentos de capital), seja derivadamente (por transmissão de participações sociais). Nestes casos, os acordos são celebrados entre o novo sócio e todos ou alguns dos antigos sócios. É também bastante comum que a celebração de um acordo parassocial anteceda a constituição de uma sociedade, caso em que normalmente intervêm os futuros sócios da sociedade¹⁰.

Questões relevantes decorrentes dos acordos parassociais

Se, por um lado, a expressa consagração da admissibilidade dos acordos parassociais pôs termo a uma longa discussão sobre a matéria, por outro veio levantar uma série de novas questões, que se prendem essencialmente com a definição dos limites em termos de conteúdo desses mesmos acordos. Pretende-se aqui analisar, ainda que de forma sintética, algumas das questões que nos parecem mais interessantes e mais relevantes atendendo à realidade prática moçambicana.

⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das...*, cit., p. 705.

¹⁰ RAÚL VENTURA, *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almeida, 1992, p. 43.

Eficácia dos acordos parassociais

Como vimos atrás, o n.º 1 do artigo 98.º do Código Comercial está dividido em duas partes. Num primeiro momento, estabelece que, mediante a celebração de um acordo parassocial, os sócios se obrigam a uma determinada conduta não proibida por lei, circunscrevendo-se os efeitos respetivos aos sócios que nele intervenham. De seguida, estabelece que, com base nesses acordos parassociais, não podem ser impugnados atos da sociedade ou atos dos sócios para com a sociedade.

Quer isto dizer que estes acordos têm natureza obrigacional, na medida em que estabelecem obrigações para as partes intervenientes (estando estas e apenas estas vinculadas aos termos estipulados no acordo em causa) e tendo essas obrigações por objeto uma conduta lícita, sendo, todavia, ineficazes e inoponíveis à sociedade. “Assim, por exemplo, não pode ser impugnada uma deliberação dos sócios com fundamento de que um deles votou em sentido diferente daquele a que se obrigara por um acordo de voto”^{11/12}.

Julgamos interessante, neste âmbito, analisar uma questão prática com que deparámos na realidade societária moçambicana e que consistiu em a sociedade a que respeitava um determinado acordo

¹¹ RAÚL VENTURA, *Estudos...*, cit., p. 36. No mesmo sentido, cf. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 27 de maio de 2003 (rel. Moreira Alves), Revista n.º 1263/03 – 1.ª Secção, disponível em <<http://www.stj.pt/jurisprudencia/sumarios>> (consultado em 30 de agosto de 2014), do qual extraímos a seguinte passagem: “Com base nos acordos parassociais não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade”; mais recentemente, vd. o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30 de junho de 2011 (rel. Teresa Santos), Proc. n.º 1346.10.STBAMT-A.P1, *Colectânea de Jurisprudência*, n.º 231, tomo III, 2011, onde se salienta que “os acordos parassociais apenas têm eficácia obrigacional, isto é, apenas produzem efeitos entre os sócios subscritores, pelo que, sendo a sociedade um terceiro em relação ao acordo, não podem ser impugnados actos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade, com fundamento na eventual violação desse mesmo acordo”.

¹² Alguma doutrina tem sustentado nos tempos mais recentes a relevância jus-societária (inclusive para efeitos de impugnação de deliberações sociais) dos acordos parassociais em que intervenham todos os sócios da sociedade a que respeitem: cf., designadamente, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Acordos parassociais ‘omnilaterais’. Um novo caso de ‘desconsideração’ da personalidade jurídica?”, *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 2, 2009, pp. 97 e ss.

parassocial intervir, ela própria e a par dos seus sócios, nesse acordo: a sociedade em causa era *objeto* mas também *sujeito* do acordo parassocial. Acreditamos que a intenção subjacente a esta prática estaria relacionada com o desejo de os sócios intervenientes afastarem a regra da inoponibilidade dos acordos parassociais em relação à sociedade, tornando-se este vinculativo também para a sociedade.

Numa interpretação estrita do n.º 1 do artigo 98.º, entendemos que a prática em apreço surge em desvio às normas e aos princípios previstos no Código Comercial para os acordos parassociais, possivelmente consubstanciando até uma situação de *fraude à lei*. Com efeito, julgamos que acordos subscritos também pela sociedade devem ser interpretados como acordos parassociais atípicos, celebrados à luz da liberdade contratual, sendo-lhes todavia aplicável a regra estabelecida no n.º 1 do artigo 98.º, a interpretar de modo estrito. Ou seja, nas situações em que a sociedade é parte do acordo, a regra da inoponibilidade dos mesmos em relação à sociedade deve manter-se.

Com base nesta interpretação, e em nome da segurança jurídica, temos vindo a sugerir que as sociedades moçambicanas não devem, elas próprias, ser signatárias dos acordos parassociais que lhes digam respeito, sugestão que tem sido recebida com alguma resistência, mas que, ainda assim, se nos afigura avisada¹³.

Autonomia dos acordos parassociais

Uma outra questão prática com que deparámos e que também nos parece interessante analisar neste contexto é a da admissibilidade de cláusulas estatutárias que remetam para disposições de um acordo parassocial, donde decorrerá a aplicabilidade da regulamentação parassocial a determinadas matérias estatutariamente previstas.

Ora, uma das principais características dos acordos parassociais é a autonomia, independência até, dos mesmos em relação ao contrato de

¹³ Uma outra questão (menos) problemática, mas que extravasa o âmbito deste escrito, é a de saber se também não-sócios (p. ex., instituições de crédito financiadoras) podem intervir num acordo parassocial e quais as consequências que daí poderão resultar.

sociedade, razão pela qual são ineficazes perante a sociedade¹⁴ (note-se, aliás, que o contrato de sociedade – ou melhor, os estatutos – é objeto de publicidade, o que não sucede relativamente a acordos parassociais, cuja celebração e conteúdo são frequentemente objeto de obrigações de confidencialidade). Da mesma forma que os acordos parassociais são inoponíveis à sociedade, serão também (por maioria da razão) inoponíveis a terceiros¹⁵, pelo que a aceitação de “remissões” do tipo das referidas suscita fundadas reservas.

Ainda neste contexto, valerá a pena questionar o alcance do princípio da inoponibilidade a propósito de certos regimes jurídicos. Veja-se, por exemplo, o artigo 70.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pela Lei n.º 15/99, de 1 de novembro, e alterado pela Lei n.º 9/2004, de 21 de julho: “Os acordos parassociais entre accionistas de instituições de crédito e sociedades financeiras relativos ao exercício do direito de voto estão sujeitos a registo no Banco de Moçambique, sob pena de ineficácia”.

Num primeiro momento, poderíamos questionar se um acordo parassocial relativo ao exercício do direito de voto passaria a produzir efeitos perante terceiros pelo facto de estar registado no Banco de Moçambique. No entanto, não nos parece que seja esse o alcance desta norma, pois entendemos que o registo junto do Banco de Moçambique visa apenas permitir que este tome conhecimento de situações de domínio de acionistas de uma sociedade. Assim sendo, a sanção de ineficácia prevista no final daquela norma deverá ser entendida como referindo-se apenas às relações internas. Ou seja, um acordo de voto celebrado entre acionistas de uma sociedade, que é simultaneamente uma instituição

¹⁴ Refira-se, neste contexto, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, de 16 de março de 1999 (rel. Francisco Lourenço), Proc. n.º 1.274/87, *Colectânea de Jurisprudência*, tomo I, 1999, ou ainda o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português referido na nota 11, no qual o tribunal salientou que “[o]s acordos parassociais são contratos autónomos, independentes e extrínsecos à sociedade, embora se encontrem a ela ligados por um nexo funcional”.

¹⁵ Veja-se, a propósito, o artigo 406.º, n.º 2, do Código Civil Português, segundo o qual “[e]m relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei”.

de crédito, não produzirá efeitos entre as próprias partes enquanto o acordo não for registado junto do Banco de Moçambique¹⁶.

Neste âmbito, julgamos ainda interessante analisar a questão inversa, a das *cláusulas estatutárias (potencialmente) parassociais*. Pense-se, a título de exemplo, na inclusão de limites à livre transmissibilidade das ações nos estatutos. Julgamos que a questão não levanta grandes dúvidas, afigurando-se-nos correto o entendimento sustentado pela generalidade da doutrina: ao incluírem cláusulas limitativas da livre transmissibilidade das ações (ou outras de natureza semelhante) nos estatutos, os sócios que subscreveram o contrato de sociedade pretendem que essas cláusulas sejam oponíveis (pela sociedade) a terceiros, designadamente a terceiros potenciais adquirentes dessas ações. Ou seja, estas cláusulas afetam diretamente a relação entre os sócios (atuais ou futuros) e a sociedade. Já assim não será se, por exemplo, ficar estatutariamente estipulado que aquelas cláusulas vinculam apenas determinados sócios, mas não os demais ou futuros sócios. Cláusulas deste tipo terão, então, uma natureza meramente parassocial, ficando assim excluída a sua oponibilidade tanto aos demais sócios como a futuros adquirentes das ações¹⁷.

Os acordos parassociais e a gestão/administração da sociedade

São frequentes os acordos parassociais que contêm cláusulas reguladoras da designação dos órgãos sociais, atribuindo, por exemplo, a cada uma das partes o poder de eleger um determinado número de membros do órgão de administração. Por outro lado, verifica-se muitas

¹⁶ Cf., a propósito, MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Acordos parassociais”, in AA. VV., *Problemas do Direito das Sociedades*, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 179. É de salientar que esta autora sustenta diferente posição na sua obra *Os Acordos Parassociais...*, cit., pp. 139-140 e 194-195; aparentemente, porém (e não obstante a reedição desta obra em 2011), o pensamento mais recente da A. corresponde ao que se expôs no corpo do texto.

¹⁷ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Notas sobre os acordos parassociais relativos à transmissão de acções”, in FERNANDO ARAÚJO/PAULO OTERO/JOÃO TABORDA DA GAMA (org.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 41-42.

vezes que os intervenientes de um acordo parassocial utilizam estes acordos para estabelecer regras em matéria de gestão que assegurem o controlo direto sobre a atividade e a administração da sociedade.

Diz-nos o n.º 2 do artigo 98.º do Código Comercial que “os acordos referidos no número anterior podem respeitar ao exercício do direito de voto, *mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização*” (sublinhado nosso).

A letra da disposição legal citada parece estar-se num dos princípios basilares do direito societário: o princípio segundo o qual os membros dos órgãos sociais devem atuar no exercício das suas funções prosseguindo o interesse da sociedade¹⁸, podendo este princípio ser posto em causa se, mais do que pelo interesse da sociedade, os membros dos órgãos sociais se devessem orientar pelas instruções dos sócios. Porém, não se ignora que a realidade prática empresarial colide

¹⁸ A este propósito ver acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de março de 2009 (rel. Manuel Fernando Granja Rodrigues da Fonseca), Proc. n.º 686/2009-6, disponível em <www.dgsi.pt/jtrl.nsf> (consultado em 30 de agosto de 2014), do qual extraímos a seguinte citação: “Admitir acordos parassociais com incidência na administração e na fiscalização da sociedade equivaleria a permitir, de forma indirecta, uma organização diferente da constante do pacto social, a qual estaria/ficaria incólume ao crivo das instâncias fiscalizadoras e cuja verdadeira orgânica escaparia ao controlo de terceiros, nomeadamente os credores sociais. [...] [É] princípio basilar do direito societário, de acordo com o qual os membros dos órgãos sociais devem actuar no exercício das suas funções prosseguindo o interesse da sociedade. [...] [N]a hipótese de haver acordo parassocial que imponha à administração comportamentos não conformes ao interesse social, não só tais comportamentos são inexigíveis, como há um verdadeiro dever por parte dos administradores de não os cumprir, vinculados que estão, em primeiro lugar, à prossecução dos interesses da sociedade. [...] [A] administração e a fiscalização duma sociedade ficam assim fora do universo aberto aos acordos parassociais, pelo que as cláusulas neles apostas que pretendam determinar a conduta dos administradores duma sociedade (bem como a da sua fiscalização) não são permitidas por lei (artigo 17º, n.º 2 CSC), pelo que, contrárias à lei, devem considerar-se nulas (artigos 280.º e 294.º Código Civil)”. Parece-nos ir em sentido idêntico o acórdão do Tribunal da Relação do Porto referido na nota 11, aí se escrevendo que “a administração e a fiscalização duma sociedade ficam assim fora do universo aberto aos acordos parassociais, pelo que as cláusulas neles apostas que pretendam determinar a conduta dos administradores duma sociedade (bem como a da sua fiscalização) não são permitidas por lei (art. 17º, n.º 2 CSC), pelo que, contrárias à lei, devem considerar-se nulas (arts. 280º e 294º do CC)”.

frequentemente com essa proibição, sendo útil, por isso, questionar qual o seu exato alcance.

Como escreveu Raúl Ventura, autor do projeto do Código das Sociedades Comerciais português:

“São frequentes nos acordos de voto cláusulas respeitantes à política de dividendos a seguir na sociedade; são lícitos, visto ser da competência dos sócios deliberar sobre a atribuição de resultados.

Mais duvidosa é a legalidade das cláusulas definidoras da estratégia da gestão da sociedade. Não as considero absolutamente inválidas, mas entendo que devem ser interpretadas restritivamente, isto é, serão válidas para as deliberações dos sócios que legalmente possam incidir sobre tais matérias”¹⁹.

Sobre o mesmo preceito legal, escreveu um outro autor português, António Pereira de Almeida, que:

“[...] esta disposição deverá ser interpretada restritamente no sentido de só não serem permitidas as cláusulas que imponham aos titulares dos referidos órgãos condutas concretas, pois, aí estariam a ser desviados poderes legais dos referidos órgãos”²⁰.

A nosso ver, haverá que distinguir consoante a sociedade a que respeita o acordo parassocial seja uma sociedade por quotas ou uma sociedade anónima.

Para as primeiras, prevê o artigo 323.º, n.º 9, do Código Comercial que, “[n]o exercício das suas competências, os administradores devem agir com respeito pelas deliberações dos sócios regularmente tomadas sobre matérias de gestão da sociedade”.

Para as segundas, dispõe o mesmo diploma que o conselho de administração deve “subordinar-se às deliberações dos accionistas [...] apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade assim o determinarem” (artigo 430.º, n.º 1, parte final), estabelecendo igualmente

¹⁹ RAÚL VENTURA, *Estudos ...*, cit., pp. 69-70.

²⁰ ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 341-342.

que “[s]obre matérias de gestão da sociedade, os accionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração” (artigo 412.º, n.º 3).

Da interpretação conjugada dos preceitos legais indicados parecem-nos resultar que, no que respeita às sociedades por quotas, os sócios podem tomar decisões sobre matérias de gestão da sociedade (sem prejuízo, porém, de a representação e a vinculação da sociedade caberem ao órgão de administração e não aos próprios sócios); nesta ordem de ideias, poderão também celebrar acordos parassociais em que sejam reguladas matérias de gestão, devendo, por conseguinte, o n.º 2 do artigo 98.º – que é uma norma geral aplicável a todas as sociedades – conhecer uma interpretação restritiva no alcance da proibição nele contida sempre que estejamos perante sociedades por quotas.

Relativamente a sociedades anónimas, vemos com maior dificuldade que os acordos parassociais que lhes respeitem tratem de matérias de gestão (e, aliás, também por “via indireta”, quando, em lugar de diretamente intervirem sobre matérias de gestão, os sócios intervenientes se obrigam, algo mitigadamente, a “fazer com que” os administradores por eles indicados atuem num determinado sentido).

Conclusão

- a) Os artigos 98.º e 411.º (este último privativo das sociedades anónimas) do Código Comercial moçambicano consagram o princípio da admissibilidade dos acordos parassociais, podendo estes definir-se como os contratos celebrados entre todos ou entre alguns sócios de uma sociedade pelos quais os sócios, nessa mesma qualidade, se obrigam a uma conduta não proibida por lei e que vincula as partes intervenientes;
- b) Embora a prática moçambicana revele que, em muitas situações, a sociedade é uma das partes do acordo parassocial, julgamos que se deve manter uma interpretação restritiva da regra estabelecida no n.º 1 do artigo 98.º, na medida em que os atos da sociedade ou os atos dos sócios para com a sociedade não podem ser impugnados com base na violação dos acordos parassociais;

- c) A natureza de um contrato de sociedade e de um acordo parassocial é diferente, sendo os respetivos objetivos e fins distintos. A esta luz, temos algumas reservas em considerar válida uma cláusula estatutária que remeta a regulação de determinada matéria para um acordo parassocial; e
- d) Apenas quando respeitem a sociedades por quotas poderão os acordos parassociais disciplinar matérias de gestão (e, ainda assim, sem prejuízo de a representação e a vinculação da sociedade caberem ao órgão de administração e não aos próprios sócios); estando em causa sociedades anónimas, os acordos parassociais não poderão disciplinar matérias de gestão, porquanto essas matérias são da competência exclusiva do órgão de administração, e não dos próprios sócios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades*, vol. I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2011.
- FRADA, Manuel Carneiro da, “Acordos parassociais ‘omnilaterais’. Um novo caso de ‘desconsideração’ da personalidade jurídica?”, *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 2, 2009, pp. 97-135.
- MARTINS, Alexandre Soveral, “Notas sobre os acordos parassociais relativos à transmissão de ações”, in FERNANDO ARAÚJO/PAULO OTERO/JOÃO TABORDA DA GAMA (org.), *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 29-56.
- PEREIRA, António de Almeida, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- TRIGO, Maria da Graça, “Acordos parassociais”, in AA. VV., *Problemas do Direito das Sociedades*, Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 179-194.
- TRIGO, Maria da Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 2.^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.
- VENTURA, Raúl, *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almedina, 1992.

II - JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Análise da decisão “BG Group plc vs. República Argentina” proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: todos os caminhos levam a Roma?

Analysis of the Decision rendered by the Supreme Court of the United States of America in re BG Group plc v. Republic of Argentina: Do All Roads Lead to Rome?

VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI¹
DIEGO LUIS ALONSO MASSA²

Resumo: o presente ensaio tem por finalidade analisar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos relativa à causa “BG Group plc vs. República Argentina”, de 5 de março de 2014, na qual se decidiu que a Argentina deveria pagar à empresa britânica *BG Group* o valor de US\$ 185,3 milhões como compensação pela decisão argentina de congelar os preços do gás em 2002. Analisar-se-á o mérito da decisão da Suprema Corte americana com especial enfoque para o fato de este Alto Tribunal ter se omitido na análise de normas básicas de direito

¹ Professor Adjunto de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Estadual Paulista – UNESP, *campus* de Franca. Membro efetivo da *Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (SBDI) e da *Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas* (ABCD). Advogado e Consultor Jurídico.

² Advogado formado pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Mestre em Relações Internacionais (com especialização em Direito Internacional) pelo Instituto de Altos Estudos Internacionais da Universidade de Genebra (Suíça). Assessor Jurídico em questões jurídicas relativas à arbitragem internacional e propriedade intelectual. Ex-funcionário internacional da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, Suíça), da UNCITRAL, Nações Unidas (Viena, Áustria), e da Organização Mundial do Comércio (Genebra, Suíça). Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade de Buenos Aires (Argentina).

internacional geral e, mais concretamente, das normas relativas ao direito dos tratados, ao proferir uma decisão referente a uma cláusula arbitral inserida em um tratado bilateral de investimentos. Por outro lado, como se depreende da referida decisão, foram equiparados dois institutos diametralmente opostos, como são os contratos internacionais (no presente caso, um convênio de arbitragem internacional) os tratados internacionais, ao se afirmar que a diferença que pode existir entre ambos não tem maiores implicações jurídicas relativamente à fundamentação sobre a qual se baseou a decisão do Tribunal, ainda que, na realidade, se trate de institutos completamente distintos.

Palavras chave: *arbitragem comercial internacional; arbitragem de investimentos; tratado internacional; direito internacional; direito transnacional.*

Abstract: the present essay aims to analyze the decision rendered by Supreme Court of the United States of America, on 5 March 2014, in the *BG Group plc v. Republic of Argentina* case, whereby Argentina was ordered to pay the British company *BG Group* the amount of US\$ 185,3 million in damages as a result of Argentina’s decision to impose a freeze on gas price in 2002. This essay discusses the merits of such a decision focusing, in particular, on the fact that basic norms concerning general international law and, more specifically, the law of treaties, have not been taken into account in reaching a decision on a matter involving an investment arbitration provided for in a bilateral investment treaty. Furthermore, it seems that extremely different legal institutions, such as international contracts (in the case at hand, an international arbitration agreement) and international treaties have been merged into one thing by asserting that they stand on an equal footing, while in fact they are diametrically opposed.

Key words: *international commercial arbitration; investment arbitration; international treaty; international law; transnational law.*

1. Introdução

Em 5 de março de 2014 a Suprema Corte dos Estados Unidos, por 7 votos contra 2, decidiu que a Argentina deveria pagar à empresa britânica de exploração e distribuição de gás natural *BG Group* o valor de US\$ 185,3 milhões como compensação pela decisão argentina de congelar os preços do gás em 2002, não tendo tal decisão passado inadvertida tanto no plano do direito internacional público quanto no referente ao direito transnacional da arbitragem.

Tal controvérsia deve ser bem analisada – especialmente os fundamentos jurídicos sobre os quais se baseou a Suprema Corte americana – para que se possa avançar na discussão sobre quais direitos e quais deveres têm os Estados e os particulares quando em jogo uma norma convencional de investimentos entre dois Estados, sendo esse o objeto principal deste artigo.

1.1. A controvérsia

No ano de 2003 a empresa *BG Group* considerou-se prejudicada pela República Argentina em razão da promulgação de leis e regulamentos internos que estariam a violar as disposições de um tratado entre o Reino Unido (sede da empresa *BG Group*) e a Argentina, de 11 de dezembro de 1990, relativo à promoção e proteção de investimentos.³ Em especial, alegou-se que as novas leis argentinas estariam a violar as disposições do tratado que proíbem a “expropriação” dos investimentos e estabelece que cada Estado outorgará um “tratamento justo e equitativo” aos investidores da outra parte.⁴

Naquele mesmo ano a *BG Group* recorreu à arbitragem internacional com o fim de recompor os prejuízos que entendia terem sido causados pelas leis argentinas de congelamento dos preços do gás. As partes, então, nomearam os árbitros e escolheram a cidade de Washington, D.C., para ser a sede da arbitragem.

Não obstante a Argentina ter argumentado que a *BG Group* iniciou o processo arbitral sem observar a regra que impõe recorrer, antes de tudo, ao tribunal competente do Estado-parte em que o investimento se realizou, ou seja, perante um tribunal argentino, o certo é que a

³ Para o texto do tratado, *v. United Nations – Treaty Series* (1994), p. 42-49.

⁴ V. art. 2º, § 2º: “Os investimentos e investidores de cada Parte Contratante receberão, em quaisquer casos, um tratamento justo e equitativo e gozarão de proteção e segurança constante no território da outra Parte Contratante. Nenhuma Parte Contratante prejudicará, por qualquer meio, com medidas injustificadas ou discriminatórias, a gestão, manutenção, uso, gozo ou liquidação, em seu território, dos investimentos e investidores da outra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará todo compromisso que tenha sido contraído com relação aos investimentos de investidores da outra Parte Contratante”.

própria Argentina, em 2003, quando a *BG Group* pretendeu deflagrar a arbitragem com fundamento no art. 8º do tratado, aceitou nomear os árbitros e acordou em relação à sede da arbitragem (realizada em Washington, D.C.).

Em 2007 o tribunal arbitral proferiu o laudo definitivo, pelo qual reconheceu que a conduta da Argentina (de aceitar a nomeação dos árbitros etc.) representava a sua renúncia à regra do tratado que impõe recorrer ao tribunal competente do Estado-parte em que o investimento tenha sido realizado, para somente assim (e, ainda, decorridos dezoito meses do início da ação judicial respectiva) ser possível deflagrar a arbitragem internacional. Isso porque o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado bilateral de investimentos, coloca uma exceção à necessidade de se ter que deflagrar uma ação judicial no tribunal da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou: quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante decidirem (expressa ou tacitamente) recorrer à arbitragem, que foi justamente o que ocorreu no presente caso. Entendeu o tribunal arbitral que exigir de uma parte privada, em tais circunstâncias, que inicie um processo judicial no Estado-parte em que ocorreu o investimento, para que, somente assim (e após dezoito meses de findo tal processo), seja possível iniciar o processo arbitral, seria “absurdo” e “desarrazoado”.⁵

No mérito, ao final, o tribunal arbitral condenou a Argentina a pagar para a empresa *BG Group*, em razão dos prejuízos e danos a ela causados, o montante de US\$ 185,3 milhões.

Em março de 2008 ambas as partes (*BG Group* e Argentina) recorreram ao Tribunal do Distrito de Columbia: *BG Group* para *confirmar*

⁵ V. “*BG Group plc vs. República Argentina*”, Laudo definitivo (24.12.2007), p. 50, § 147: “Não obstante, no que toca à interpretação do tratado, o art. 8º, § 2º, *a, i*, não pode ser interpretado como um obstáculo absoluto e intransponível que impeça recorrer à via arbitral. Se o país receptor obstrui ou obstaculiza a possibilidade de recorrer aos seus tribunais competentes, qualquer interpretação que se fizesse dessa situação conduziria a um resultado absurdo e desarrazoado, tal como previsto no art. 32 da Convenção de Viena [sobre o Direito dos Tratados, de 1969], ao permitir ao Estado receptor subtrair-se, de maneira unilateral, ao processo arbitral, que foi o mecanismo que impulsionou a transição de um sistema de proteção diplomática baseado em critérios políticos a um mecanismo de solução de controvérsias entre Estados e particulares”.

o laudo arbitral, com fundamento na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, e na Lei Federal de Arbitragem; e a Argentina para *anular* o referido laudo, alegando carecerem os árbitros de competência para a resolução da controvérsia.

O Tribunal do Distrito de Columbia julgou *procedente* a demanda para a *BG Group* e *improcedente* para a República Argentina, tendo, assim, confirmado a *validade* do laudo arbitral. Houve recurso da Argentina para o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia, que, por sua vez, revogou a decisão do Tribunal de primeira instância, anulando, portanto, o laudo arbitral. Entendeu o Tribunal de Apelações que o argumento argentino, de que deveria a *BG Group* ter ingressado na Justiça argentina (e aguardado dezoito meses após referida ação judicial) para somente assim iniciar a arbitragem internacional, era válido, razão pela qual o laudo arbitral não carecia de eficácia.

A *BG Group*, inconformada com a decisão do Tribunal de Apelações, interpôs, então, recurso à Suprema Corte dos Estados Unidos, que conheceu da demanda dada “a importância que reveste a questão para a arbitragem comercial internacional”.⁶ A questão colocada perante a Suprema Corte, *tout court*, consistia em saber a que órgão “compete – em primeiro lugar – (ao tribunal ou ao árbitro) a responsabilidade de interpretar e aplicar a regra estabelecida no art. 8º, que impõe recorrer ao tribunal competente”.⁷ Não obstante, essa visão um tanto limitada da controvérsia ficou posta, em certa medida, pelo voto dissidente do Juiz Roberts, ao pretender direcionar a análise da questão controversa indagando se se tratava de uma oferta unilateral e permanente de arbitragem prevista no âmbito de um tratado bilateral de investimentos ou de simples questão de *arbitrabilidade* (no sentido estadunidense do termo).⁸

⁶ V. “*BG Group plc vs. República Argentina*” nº 12-138, 572 U.S. (5 de março de 2014), p. 5.

⁷ *Idem*, p. 6.

⁸ É sabido que a noção de *arbitrabilidade* no direito estadunidense apresenta características próprias que a diferencia do sentido que no direito continental europeu (bem assim na grande maioria dos sistemas jurídicos) se outorga a tal termo. Assim,

1.2. Objeto do estudo

Tal como se assinala na maioria dos comentários a decisões objeto de análise, a Suprema Corte dos Estados Unidos pareceu adotar uma posição favorável à arbitragem internacional, ao rechaçar a tese defendida pela Argentina no sentido de que os árbitros teriam ultrapassado os limites de sua competência ao se declararem aptos para o processo arbitral que a empresa *BG Group* iniciou, mesmo sem ter previamente cumprido com a disposição do tratado que exigia judicializar a demanda no país receptor (ou seja, na Argentina).

Assim, segundo a opinião majoritária dos comentaristas, essa decisão da Suprema Corte americana representaria um marco importante em favor da arbitragem, incluindo, naturalmente, a arbitragem em matéria de investimentos internacionais, assim como contribuiria para o esclarecimento de determinadas questões sobre *arbitrabilidade*⁹ e à reafirmação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no direito estadunidense, à medida que pretendeu incorporar o Regulamento de Arbitragem da *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL ao art. 8º, § 2º, *b*, e ao art. 8º, § 3º, *a* e *b*, do tra-

apesar de a doutrina majoritária concordar que a arbitrabilidade é principalmente uma condição da validade da convenção de arbitragem, no direito estadunidense o termo *arbitrability* tem um âmbito de aplicação muito mais amplo. De fato, no conceito de arbitrabilidade presente no contexto estadunidense se examina, além do consentimento que as partes devem prestar para recorrer à arbitragem, o âmbito de aplicação pessoal da convenção de arbitragem (é dizer, quais pessoas se encontram sujeitas a um acordo de arbitragem), tudo isso também denominado “*substantive arbitrability*”, além da observância de determinadas prescrições antes de se facultar o recurso ao processo arbitral, o que se denomina “*procedural arbitrability*”. Por último, mencione-se que o conceito de *arbitrability* também compreende o âmbito de aplicação material (vale dizer, quais matérias podem ser submetidas à arbitragem), em que, por fim, tal conceito encontra um denominador comum com a noção de arbitrabilidade presente na grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

⁹ Na realidade, a Suprema Corte utilizou da oportunidade oferecida pelo presente caso para reafirmar que os árbitros têm competência para dirimir as questões relativas ao *procedural arbitrability*, sem que a sua decisão possa ser examinada, no mérito, pelos juízes, e que as questões de *substantive arbitrability* devem ser decididas pelos juízes a fim de evitar que as partes possam ver-se forçadas a recorrer à arbitragem, mesmo quando para tanto houvessem acordado.

tado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina.¹⁰ Não obstante, como se analisará no decorrer do presente texto, a incorporação do Regulamento da UNCITRAL citado corresponde a outro suposto que nada tem que ver com o analisado na controvérsia examinada pela Suprema Corte americana, eis que dito *Regulamento* aplica-se somente ao caso de o Estado receptor e o investidor do outro Estado-parte acordarem em recorrer à via arbitral, que não é precisamente o que ocorreu no caso que agora se analisa. Por último, não se pode deixar de assinalar que toda a interpretação realizada pela Suprema Corte estadunidense baseou-se, principalmente, em precedentes arbitrais *internos*, sem sequer analisar os precedentes em matéria de arbitragem *internacional* e, mais concretamente, em matéria de *investimentos* internacionais, máxime quando o principal argumento utilizado pela Corte para aceitar a demanda consistiu na “importância que reveste a questão para a arbitragem comercial internacional”.¹¹

Ainda que toda decisão judicial em que se adote uma posição clara em favor da arbitragem deva ser celebrada, talvez por uma aplicação tácita do princípio de direito transnacional¹² arbitral relativo ao *favor arbitrandum*¹³ caberia assinalar que tal não deve ser realizado a qual-

¹⁰ V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 14 (voto da maioria): “Assim, pois, no mesmo tratado se autoriza recorrer a instituições administradoras de arbitragens internacionais, em cujos regulamentos se dispõe que os árbitros serão competentes para interpretar esse tipo de disposição. Art. 8(3) (em que se estabelece que as partes podem acordar em submeter uma controvérsia ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos ou a árbitros designados de acordo com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL; no mesmo sentido, Regulamento da UNCITRAL, Art. 23(1) (ed. rev. 2010) (“Art. 23, 1: O tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre a sua própria competência”).

¹¹ V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 5.

¹² No presente ensaio, parte-se da premissa de que se aceita a existência de uma ordem jurídica transnacional, distinta das ordens jurídicas nacional e internacional, posto que toda digressão, por mais delimitada que seja, sobre tal problemática, excederia os limites do presente ensaio.

¹³ Assim, o princípio reitor mais importante da arbitragem internacional que se desenvolveu nas últimas décadas é o princípio do *favor arbitrandum*, que não é mais que a extrapolação, em nível transnacional, de uma forte tendência doutrinária, jurisprudencial e normativa em favor da ampliação dos limites a que se confronta a arbitragem como método de resolução de conflitos *par excellence*. Nesse sentido, v.

quer custo, especialmente em desrespeito às regras claras e precisas do direito internacional público em geral, e do direito dos tratado em espeical. Com efeito, na análise realizada pela Suprema Corte americana prescindiu-se da aplicação de normas relativas à interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.¹⁴ Dessa forma, poderia se considerar que tal desinteresse pela aplicação das normas do direito internacional público em um terreno como o da arbitragem de investimentos, que constitui o âmbito comum, por excelência, em que as ordens jurídicas internacional e transnacional atuam, não contribui para fortalecer a articulação que deve existir entre essas ordens¹⁵, sequer para harmonizar o direito transnacional da arbitragem, incluindo, naturalmente, a arbitragem de investimentos, em detrimento dos esforços que a tais efeitos vêm empreendendo os juízes de diferentes Estados, os árbitros provenientes dos mais diversos sistemas jurídicos, bem assim numerosas organizações internacionais, cujo mandato consiste na harmonização e/ou uniformização do direito

HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen, *Journal de droit international*, n. 4, oct.-dez. 1994, p. 899: “Par l’effet d’une politique générale de faveur envers l’arbitrage, l’ordre public recule et la compétence de l’arbitre s’affirme. Toute l’évolution du droit de l’arbitrage international moderne tend en effet à reconnaître la compétence de l’arbitre dans les domaines touchant à l’ordre public. Le principe devient la validité de la convention d’arbitrage et l’exception la nullité pour contrariété à l’ordre public”.

¹⁴ Sobre a interpretação dos tratados na Convenção de Viena de 1969, v. MAZ-ZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 263-281.

¹⁵ Nesse sentido, v. GAILLARD, Emmanuel, L’ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité (Conférence commémorative John E. C. Brierley), *McGill Law Journal*, vol. 55, 2010, p. 906-907: “(...) le droit international et le droit de l’arbitrage ont aujourd’hui un territoire commun, celui de la protection d’investissements internationaux, qu’elle soit ou non fondée sur un traité. (...) Les relations privées relevant des transactions internationales (y compris celles qui impliquent l’État agissant en tant que commerçant ou en tant que contrepartie d’un investisseur opérant sur son territoire) ont le même besoin que les relations entre États d’être appréhendées par une vision dépassant la perspective de chaque droit interne ou se contentant de constater la dispersion des solutions des ordres juridiques nationaux. Plutôt que dans une logique de concurrence, l’ordre juridique arbitral et l’ordre juridique international devraient pouvoir s’articuler dans une logique de complémentarité”.

do comércio internacional, incluídas as normas relativas ao direito dos investimentos.¹⁶

Desta sorte, no presente ensaio pretendemos demonstrar que uma postura que fortaleça a arbitragem a qualquer preço, em detrimento das normas do direito internacional em geral, pode ter repercussões negativas no plano internacional e/ou transnacional, em cujo marco interagem tanto Estados soberanos como pessoas jurídicas (físicas ou morais). Por conseguinte, dentro dos limites do presente artigo, propõe-se analisar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos sob uma ótica mais ampla, capaz de contemplar tanto o direito internacional público como o direito transnacional da arbitragem, ponderando, assim, os benefícios e as desvantagens em fixar a atenção em um só aspecto da grande variedade de normas jurídicas dos sistemas nacional, internacional e transnacional em jogo nesses tipos de processo.

Com efeito, procurar-se-á demonstrar que a questão que deveria concentrar a maior atenção da Suprema Corte americana não gira em torno da *arbitrabilidade* da controvérsia, sequer da aplicação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, mas em determinar *qual é* a natureza jurídica, sob a ótica do direito internacional geral, de uma disposição relativa à arbitragem prevista em um tratado bilateral de investimentos. Nesse sentido, aderimos, em grande medida, às reflexões do voto dissidente do Juiz Roberts (*v. infra*), ao tempo que aprofundaremos tal linha de raciocínio mediante a formulação de diversas hipóteses, tudo com o fim de elucidar se tais disposições relativas à arbitragem, quando se encontram sujeitas a condições, como no caso em exame, constituem ou não um *acordo de arbitragem*.

Em última análise, a questão que se pretende responder consiste em saber se posições contrapostas, como as expressas nos votos majoritário e dissidente, podem ser conciliadas a fim de privilegiar ainda mais a instituição da arbitragem nos níveis internacional e/ou transnacional, ou se tais fundamentos seguem caminhos paralelos que nunca se cruzarão para chegar a um denominador comum.

¹⁶ V., por exemplo, as normas sobre transparência entre investidores e Estados recentemente aprovadas pela UNCITRAL. Cf. Regulamento da UNCITRAL sobre a Transparência nas Arbitragens entre Investidores e Estados no Âmbito de um Tratado (data de entrada em vigor: 1º de abril de 2014).

2. Análise dos fundamentos do voto da maioria

Antes de se analisar os fundamentos do voto da maioria, há que se verificar o que dispõe o art. 8º, §§ 1º e 2º, do tratado internacional de 11 de dezembro de 1990 entre o governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte e o governo da República Argentina para a promoção e proteção de investimentos,¹⁷ que é o dispositivo em torno do qual girou toda a controvérsia entre a *BG Group* e a Argentina. Eis sua redação:

“Artigo 8º

Solução de controvérsias entre um investidor e o Estado receptor

(1) As controvérsias relativas a um investimento que surjam, dentro dos limites deste Convênio, entre um investidor de uma Parte Contratante e a outra Parte Contratante, que não sejam dirimidas amistosamente, serão submetidas, por solicitação de quaisquer das partes na controvérsia, à decisão do tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou.

(2) As controvérsias acima mencionadas serão submetidas à arbitragem internacional nos seguintes casos:

- (a) por solicitação de uma das partes, em quaisquer das circunstâncias seguintes:
 - (i) quando, desde a expiração de um prazo de dezoito meses contados a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, dito tribunal não tenha emitido uma decisão definitiva;
 - (ii) quando a decisão definitiva do tribunal mencionado tenha sido emitida, mas as partes continuem em disputa;

¹⁷ Cf. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 46.

(b) quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado. (...)”

Frise-se, mais uma vez, que a disposição acima transcrita integra um *tratado internacional* entre duas potências estrangeiras (o Reino Unido e a Argentina); não se trata de um documento internacional *entre particulares*, mas, sim, entre pessoas jurídicas de direito público externo. Ademais, tudo o que diga respeito à interpretação dessa cláusula convencional deve basear-se nas regras sobre interpretação de tratados previstas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (arts. 31 a 33), que valem, para os Estados que não a ratificaram, como é o caso dos Estados Unidos, como costume internacional cristalizado em norma convencional.¹⁸

Como se nota da leitura do texto, as controvérsias relativas a um investimento surgidas entre um investidor de uma Parte Contratante (no caso, a *BG Group*, empresa do Reino Unido) e a outra Parte Contratante (no caso, a República Argentina), *somente* poderão ser submetidas à arbitragem internacional, por solicitação de uma das partes, quando (i) expirado o prazo de dezoito meses a partir do momento em que a controvérsia tenha sido submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento foi realizado, não tendo havido decisão definitiva desse tribunal, ou (ii) quando a decisão definitiva do tribunal referido tenha sido emitida, mas as partes continuam em disputa (art. 8º, § 2º, *a, i e ii*). O art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, contudo, coloca uma exceção à necessidade de se ter que deflagrar uma ação judicial no tribunal da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou: quando a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim decidirem, ou seja, quando pretenderem, de comum acordo, recorrer à arbitragem, caso em que ficaria excepcionada a condição de admissibilidade para a arbitragem prevista no art. 8º, § 2º, *a, i*.

Essas são, portanto, as premissas jurídicas, livremente estabelecidas pelo Reino Unido e pela Argentina no tratado concluído em 11 de dezembro de 1990, sobre as quais a Suprema Corte dos Estados

¹⁸ A propósito, *v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito dos tratados*, cit., p. 41.

Unidos se baseou para emitir a decisão de 5 de março de 2014, relativa à causa “BG Group plc vs. República Argentina”.

Compreendidas essas preliminares, pode-se, então, analisar a decisão da Suprema Corte americana, seus acertos e desacertos, especialmente em consideração à importância da arbitragem internacional como modo de solução contemporânea de controvérsias.

2.1. Objeto da decisão judicial: acordo de arbitragem internacional ou tratado internacional?

Destaque-se, inicialmente, que o voto seguido pela maioria na sentença da Corte foi proferido pelo Juiz Breyer, sendo os seus argumentos os que analisaremos nas linhas que seguem. Esse magistrado colocou a questão a ser resolvida nos seguintes termos:

“A fim de responder à questão colocada, este tribunal, em princípio, tratará o documento que tem diante de si como se fosse um contrato entre particulares. Assim sendo, então, chegamos à conclusão de que a questão deve ser dirimida pelos árbitros. Ato contínuo, a se considerar o fato de que o documento em questão seja um tratado, há de supor-se uma mudança fundamental na presente análise. Sem embargo, a conclusão a que chegamos é que tal não exige qualquer alteração.”

De antemão, cabe referir que não se compreende como o magistrado é capaz de raciocinar um *tratado* internacional como sendo um *contrato* entre particulares. Ora, é evidente que se se parte de uma premissa tão equivocada como essa, o resultado será também – e esse detalhe não escapou à observação do voto dissidente do Juiz Roberts, ao qual aderiu o Juiz Kennedy¹⁹ – totalmente equivocado, para não dizer injurídico. Assim, se *fosse* um contrato entre privados, estariam os árbitros habilitados a decidir a questão, tal como se fez no caso

¹⁹ V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit.; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 1-2.

concreto, rechaçando a necessidade de ser recorrer primeiramente a um tribunal interno argentino para poder, depois, deflagrar o processo arbitral, motivo pelo qual não poderia o Tribunal de Apelações do Circuito do Distrito de Columbia ter revogado a decisão do Tribunal de primeira instância que havia *confirmado* o laudo arbitral que condenou a Argentina ao pagamento de US\$ 185,3 milhões à *BG Group*.²⁰ Porém, como *não se trata* de um contrato, mas sim de verdadeiro e válido *tratado* internacional entre duas potências soberanas, a conclusão deveria ser oposta: a decisão do Tribunal de Apelações, revogando o *decisum* do Tribunal de primeira instância, que confirmou o laudo, é *válida*; com o laudo não confirmado judicialmente, com fundamento na Convenção de Nova York de 1958 e na Lei Federal de Arbitragem, a Argentina estaria desonerada do pagamento do valor arbitrado, a menos que a *BG Group* inicie um processo judicial num tribunal argentino e, após dezoito meses da apresentação da reclamação perante um tribunal argentino, deflagre novamente a arbitragem internacional.

Destaque-se, mais uma vez, que a empresa *BG Group* só conseguiu deflagrar uma arbitragem internacional para se recompor dos prejuízos sofridos porque dois Estados estrangeiros, o Reino Unido e a Argentina, a ela conferiram esse benefício pelo fato de ser investidora de uma das Partes Contratantes (o Reino Unido). *A priori*, não haveria essa possibilidade, de recurso à arbitragem, se não houvesse um *tratado* internacional entre duas potências estrangeiras.

Não era absolutamente necessário, para a resolução da questão, ter a Suprema Corte raciocinado como se “fosse” um contrato entre as partes o documento posto sob o exame do tribunal. Bastaria verificar o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, que autoriza uma Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante a decidirem (expressa ou tacitamente) recorrer à arbitragem, que foi exatamente o que ocorreu no caso em apreço, eis que a *BG Group* requereu a arbitragem em 2003

²⁰ V. “*BG Group plc vs. República Argentina*”, cit., p. 14 (Voto da maioria): “Assim, a interpretação e aplicação da regra que impõe recorrer ao tribunal competente relativa ao início de um processo judicial perante os tribunais de um Estado Contratante corresponde, em primeiro lugar, aos árbitros. O tribunal de apelação não poderá revisar a decisão dos árbitros mediante um novo juízo. Pelo contrário, a revisão judicial deverá levar em conta o que foi decidido por eles”.

e a Argentina, ao menos tacitamente, a aceitou, tanto que participou da escolha dos árbitros e concordou em ser a cidade de Washington, D.C., o local da sede do tribunal arbitral. Assim o fazendo, a Argentina, ao que nos parece, “abriu mão” da cláusula segundo a qual as “controvérsias acima mencionadas serão submetidas à arbitragem internacional (...) (a) por solicitação de uma das partes (...) (i) quando, desde a expiração de um prazo de dezoito meses contados a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal competente da Parte Contratante em cujo território se realizou o investimento, dito tribunal não tenha emitido uma decisão definitiva” (art. 8º, § 2º, a, i).

Também não era necessário ter utilizado de alguns argumentos doutrinários – falhos para o caso em tela, em que está em jogo um *tratado* entre potências estrangeiras, e não um *contrato* entre particulares – de que a observância dos mecanismos de índole processual que figuram em um acordo de arbitragem (ou de um tratado bilateral de investimentos) habitualmente não constitui um requisito prévio de caráter processual, bem assim de que as cláusulas desse tipo impõem uma pesada carga para a parte que procura iniciar um procedimento arbitral, contando com baixas probabilidades de chegar a um acordo a respeito da controvérsia. Ora, as disposições de um tratado hão de ser *cumpridas* pelas partes, não havendo que se falar não constituírem um “requisito prévio de caráter processual”, ou que elas impõem “uma pesada carga para a parte” etc. Novamente: o acordo entre o Reino Unido e a República Argentina não é um acordo de arbitragem, senão um *tratado internacional* entre dois Estados soberanos, cujas regras são obrigatórias, entre outros, em razão do art. 27, primeira parte, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.²¹

2.2. Aplicação de presunções judiciais de direito interno em relação a um tratado internacional?

Outra crítica que se pode fazer à decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos liga-se ao fato de o tribunal ter aplicado presunções

²¹ *Verbis*: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

judiciais de direito *interno* para decidir questão envolvendo um tratado *internacional*. Trata-se de vício que ocorre em vários países do mundo, mas não pode ser uma constante numa Suprema Corte. Matéria de direito dos tratados há de ser decidida à luz das regras do direito internacional público, especialmente da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, a qual, não obstante não valer nos Estados Unidos como *tratado mesmo*, eis que ainda não ratificada por esse país, vale como *costume* internacional em matéria de tratados, como reconhece o próprio Departamento de Estado Americano.²²

O Juiz Breyer, contudo, não entendeu dessa maneira e pretendeu aplicar as presunções estabelecidas na legislação interna dos Estados Unidos, mesmo estando em pauta um tratado internacional, dizendo:

“Quando se solicita a um tribunal federal, como sucede no presente caso, que interprete essa intenção no âmbito de um processo em que uma parte pretende anular e a outra confirmar um laudo proferido em virtude da Lei Federal de Arbitragem, dito tribunal deverá aplicar, normalmente, *as presunções estabelecidas na legislação estadunidense*.” [grifo nosso]

Recorde-se, apenas, que a pretendida confirmação/anulação do laudo arbitral foi requerida também com base na Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, a qual passou, ao que parece, a ter *menos valor* que a lei federal americana sobre arbitragem, não obstante ser essa convenção internacional que autoriza a aplicação da legislação nacional sobre o tema (cf. art. 3º).

Nada de errado haveria em utilizar as presunções estabelecidas na legislação doméstica estadunidense se se tratasse de aplicar um contrato entre particulares, mesmo porque, à luz do citado art. 3º da Convenção de Nova York de 1958, “cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará *em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada*,

²² Nesse sentido, *v.* a informação constante em: *U.S. Department of State, Diplomacy in Action*, in <<http://www.state.gov/s/l/treaty/faqs/70139.htm>>. Acesso em: 11.09.2014.

de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem”. É evidente que tendo a Suprema Corte partido da falsa premissa de se tratar de um *contrato* entre particulares, a conclusão também não poderia ser correta. Daí não fazer qualquer sentido a afirmação do voto da maioria, baseada no caso *Sullivan vs. Kidd*, 254 U.S. 433 (1921), de que os “tratados devem ser interpretados de conformidade com os princípios que regem a interpretação dos contratos”; fosse assim não haveria toda uma Seção – a Seção 3 da Parte III – na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados intitulada “*Interpretação dos Tratados*” (arts. 31 a 33).

Nessa ordem de ideias, cabe assinalar que a Suprema Corte americana decidiu rechaçar o argumento da Argentina de que os árbitros excederam suas atribuições ao resolver que o Decreto do Poder Executivo, por meio do qual se estabelecia uma suspensão dos processos judiciais por um prazo de 180 dias, conduziam necessariamente a um resultado “absurdo e desarrazoado”, e, portanto, dispensavam à *BG Group* o cumprimento da regra relativa à sustação da reclamação em sede judicial do Estado receptor. Com efeito, a Corte sustentou que:

“Ainda que este Tribunal não tivesse necessariamente que interpretar que essas medidas tornam o requisito do esgotamento dos recursos internos ‘absurdos e desarrazoados’, ao mesmo tempo não podemos afirmar que as resoluções dos árbitros estão proibidas pelo Tratado. Assim, os árbitros não ‘se apartaram da interpretação e aplicação do acordo’ nem de qualquer outra maneira impuseram efetivamente a ‘sua própria justiça’. V. *Stolt-Nielsen S. A. vs. AnimalFeeds Int’l Corp.*, 559 U. S. 662, 671 (2010) (em que se revolveu que apenas quando um árbitro realiza um ato semelhante ‘o laudo proferido poderá ter força executória’ (com citação da decisão *Major League Baseball Players Assn. vs. Garvey*, 532 U. S. 504, 509 (2001) (decisão unânime)).”

Deve-se, contudo, assinalar a contradição apresentada no fundamento da Corte ao confirmar a decisão dos árbitros baseada no art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados à base de casos jurisprudenciais em que não estão em jogo a interpretação de um tra-

tado nem de normas de aplicação imediata (*lois de police*) de um Estado soberano. Por outro lado, também cabe destacar que nem os árbitros nem a Corte citam corretamente o art. 32, *b*, da Convenção de Viena de 1969, muito provavelmente por inadvertência, ou talvez porque sua citação correta poderia enfraquecer a solidez de seus argumentos. Com efeito, os árbitros fazem referência ao art. 32, *b*, da Convenção de Viena omitindo na citação dessa disposição o termo (advérbio) “manifestamente”, que qualifica os adjetivos “absurdo” e “desarrazoado”.²³ Caberia indagar, então, se dita omissão não pressupõe desvirtuação do espírito da referida disposição. A introdução do termo “manifestamente” pressupõe que o juiz ou árbitro encarregado de analisar a disposição de que se trate deve tão somente realizar um exame breve, supérfluo, da questão, para chegar à conclusão de que uma determinada interpretação de uma disposição de um tratado conduzirá a um resultado “absurdo ou desarrazoado”. Pelo contrário, a eliminação do termo “manifestamente” implica uma análise mais profunda da questão de que se trata, que é o que sucedeu relativamente ao laudo em causa. Assim, os árbitros, para poder chegar à conclusão de que a aplicação do Decreto do Poder Executivo n.º 214/2002 – que tinha como finalidade limitar o acesso à via judicial por um prazo de 180 dias – conduziria a um resultado absurdo e desarrazoado, tiveram que realizar um exame pormenorizado das implicações do mesmo. Não obstante, poderia arguir-se que a suspensão dos processos judiciais por um prazo de 180 dias, no contexto de um prazo muito maior, como é o previsto no art. 8.º, § 2.º, *a, i*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, que se estende por 18 meses, não conduz a um resultado “manifestamente” absurdo ou desarrazoado, máxime tratando-se da interpretação de normas de exceção do Estado receptor. Em qualquer caso, parece-nos sensato perceber as implicações decorrentes da omissão do advérbio “manifestamente” na interpretação dessa questão jurídica, pois tal constitui o elemento central para desvendar a verdadeira natureza jurídica da regra relativa à necessidade de se ajuizar ação no Estado receptor, para somente depois se poder

²³ Para detalhes da interpretação do art. 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, *v.* MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 269-272.

recorrer à arbitragem. Não obstante, a Suprema Corte americana não apenas passou ao largo dessa omissão, senão também a convalidou, menosprezando, assim, a importância de realizar uma correta interpretação das normas da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados relativas à interpretação dos tratados, o que poderia ser qualificado, pelo menos, como um paradoxo.

2.3. Considerações sobre as implicações do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

Tal como anteriormente referido, segundo a opinião de certa corrente doutrinária a Suprema Corte americana, por meio da decisão objeto de análise, contribuiu para fortalecer, ainda que de forma indireta, o princípio da *Kompetenz-Kompetenz* no direito estadunidense. Com efeito, o fortalecimento desse princípio adviria da consequência de que no voto da maioria se sustentou a incorporação do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL no tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, pressupondo que os árbitros seriam competentes para decidir questões como a que se examina no presente caso, a saber, quais as consequências da inobservância da regra prevista no art. 8, § 2º, *a, i*, do tratado bilateral em causa. A esse respeito, a Suprema Corte assim decidiu:

“Assim, no mesmo tratado se autoriza recorrer a instituições administradoras de arbitragens internacionais, em cujos regulamentos se dispõe que os árbitros serão competentes para interpretar tais tipos de disposições. Art. 8(3) (no qual se estabelece que as partes podem consentir em submeter uma controvérsia ao Centro Internacional de Solução de Controvérsias Relativas a Investimentos – CIADI ou a árbitros que serão designados de acordo com as Regras de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL); no mesmo sentido, Regulamento da UNCITRAL, Art. 23 1) (ed. rev. 2010) (‘Art. 231): O tribunal arbitral está facultado a decidir sobre a sua própria competência’); Convênio CIADI, Regulamento e Regras, Art. 41 1) (ed. 2006) (‘O tribunal resolverá sua própria competência’). Cf. *Howsam*, supra, pág. 85

(no qual se leva devidamente em conta a incorporação pelas partes do Código de Arbitragem da Associação Nacional de Empresas de Corretagem em Valores Mobiliários (National Association of Securities Dealers' (NASD) Code of Arbitration) ao contrato, em que se estipulava uma competência de similares características, como prova de que a intenção das partes era que os árbitros fossem competentes para 'interpretar e aplicar as regras relativas aos prazos do NASD').”

Contudo, a referência feita pela Suprema Corte ao art. 8º, § 3º, do tratado bilateral de investimentos, não contribui para a elucidação da questão controversa. Note-se que tal disposição se relaciona com o art. 8º, § 2º, *b*, do mesmo tratado, em que se prevê a via arbitral para o caso de as partes assim decidirem. No entanto, no caso em tela, as partes não celebraram nenhum acordo a esse respeito. Assim, tal cláusula restaria inaplicável, sendo certo que a sua análise nada levaria à resolução da verdadeira questão controvertida. Pelo contrário, a análise realizada pela Corte das consequências jurídicas advindas da incorporação do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, serve para reforçar sua decisão de não se apartar das precauções habituais em matéria de arbitragem (interna) estabelecidas em alguns precedentes, como o citado caso “Howsam”. Por conseguinte, disso se abstrai que a suposta reafirmação do princípio da *Kompetenz-Kompetenz* só alcançaria os casos de arbitragem interna, o que não é totalmente censurável, porém pouco parece ajudar na resolução de um caso de arbitragem de investimentos entre um Estado soberano e um particular de outro Estado. Talvez fosse mais conveniente reafirmar tal princípio no contexto de outra causa na qual não se dirimisse uma questão relativa a uma arbitragem de investimentos. Nesse sentido, destaque-se existir vários precedentes jurisprudenciais estadunidenses sobre a questão da incorporação de regulamentos de arbitragem e suas consequências jurídicas, de modo que a Suprema Corte americana poderia ter passado por alto da análise dessa questão, que não resulta efetivamente pertinente ao caso ora analisado.²⁴

²⁴ Vejam-se, nesse sentido, as seguintes decisões nas quais praticamente todos os Tribunais dos Circuitos que analisaram o tema entenderam que a incorporação das

2.4. A condição relativa ao consentimento: desinteresse manifesto pela aplicação das normas de interpretação dos tratados da Convenção de Viena de 1969

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é um dos raríssimos tratados no mundo que têm valor jurídico – senão como tratado, senão também como *costume* internacional cristalizado em norma convencional – mesmo para aqueles Estados que ainda não a ratificaram.²⁵

Os Estados Unidos assinaram a referida Convenção de Viena em 24 de abril de 1970, mas ainda não a ratificaram (setembro de 2014).²⁶ Ocorre que a Convenção prevê, no seu art. 18, *a*, que “um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando (a) *tiver assinado* ou trocado instrumentos constitutivos do tratado...”. Tal significa que da assinatura *já decorrem* obrigações aos Estados signatários no período entre a assinatura e a futura ratificação. Essa é uma obrigação que também os tribunais internos devem conhecer, e infelizmente não conhecem. Esse argumento, somado ao fato de a Convenção também valer nos Estados como *costume* cristalizado, leva a crer que para resolver uma questão

regras da *American Arbitration Association's* (AAA) constituem uma prova clara e inequívoca de que as partes concordaram em submeter a questão da arbitrabilidade [segundo a acepção americana do termo] à arbitragem. *V.*, assim, *Petrofac, Inc. vs. DynMcDermott Petroleum Operations Co.*, 687 F.3d 671, 675 (5th Cir. 2012); *Fallo vs. High-Tech Inst.*, 559 F.3d 874, 878 (8th Cir. 2009); *Qualcomm Inc. vs. Nokia Corp.*, 466 F.3d 1366, 1373 (Fed. Cir. 2006); *Terminix Int'l Co. vs. Palmer Ranch LP*, 432 F.3d 1327, 1332 (11th Cir. 2005); *Contec Corp. vs. Remote Solution Co.*, 398 F.3d 205, 208 (2^d Cir. 2005). Apenas um Tribunal de Circuito havia decidido a questão em sentido oposto: cf. *Riley Mfg. Co. vs. Anchor Glass Container Corp.*, 157 F.3d 775, 777 & n.1, 780 (10th Cir. 1998). As normas da *American Arbitration Association* contêm regras relativas à jurisdição similares às do art. 21 do Regulamento da UNCITRAL de 1976 e quase idênticas às do art. 23(1) do Regulamento da UNCITRAL de 2010. As conclusões a que chegaram os Tribunais do Segundo Circuito e do Circuito de Washington, D.C., relativas à incorporação do Regulamento da UNCITRAL, coadunam-se com as opiniões majoritárias relativas aos efeitos jurídicos da incorporação das normas da AAA em um acordo arbitral.

²⁵ V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*, cit., p. 41.

²⁶ V. Vienna Convention on the Law of Treaties, Status as at: 11.09.2014. In: <<https://treaties.un.org>>.

jurídica envolvendo um tratado internacional não se pode sobrepor a legislação *interna* do Estado às regras sobre direito dos tratados reconhecidas pela sociedade internacional em seu conjunto, tais as normas positivadas na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Esse desinteresse manifesto pela aplicação das normas sobre interpretação dos tratados previstas na Convenção de Viena de 1969 não é salutar a uma Suprema Corte quando decide uma questão envolvendo um tratado internacional. É evidente que a legislação doméstica não é apta a resolver sobre tratados, eis que as regras que a sociedade internacional faz em seu conjunto são muito mais democráticas e participativas, especialmente em se tratando da Convenção de Viena de 1969, que representa, em muitos aspectos, o costume internacional cristalizado relativo a tratados internacionais.

Foi equivocado, a nosso sentir, o argumento de que “a regra que impõe recorrer ao tribunal competente relativa à iniciação de um processo judicial perante os tribunais de um Estado Contratante constitui uma condição de natureza essencialmente procedimental – uma norma relativa à tramitação das reclamações que determina o momento oportuno em que pode ser iniciado um processo arbitral”,²⁷ o que estaria a permitir aos árbitros (e não aos juízes) a sua interpretação.

A questão deveria ter sido resolvida não com a ilação de que se trata de uma condição “essencialmente procedimental”, eis que tais condições, quando previstas em *tratados*, são também essencialmente *obrigatórias* para os Estados-partes. A questão, aqui, é a seguinte: nos termos do art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, havendo a intenção das partes de recorrer à arbitragem, fica excepcionada a obrigação prevista no art. 8, § 1º, de primeiramente recorrer a um tribunal competente da Parte Contratante em cujo território o investimento se realizou. Poderia arguir-se ter sido isso o que ocorreu com a Argentina e a empresa *BG Group*: quando esta última deflagrou a arbitragem, no ano de 2003, a Argentina a teria aceitado, tanto que participou da nomeação dos árbitros e escolheu cidade de Washington, D.C., como sede na qual a arbitragem deveria ter lugar, abrindo mão, assim, da cláusula geral de admissibilidade do processo arbitral.

²⁷ V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 9.

Não interessa à decisão, como se vê, se se trata de condição “essencialmente procedimental” ou não. O que muda ser uma condição “essencialmente procedimental”? Tais condições não seriam obrigatórias? É evidente que *quaisquer* disposições de um tratado entre as partes é *obrigatória*.²⁸ O que a Suprema Corte dos Estados Unidos não percebeu é que o *próprio tratado* resolvia a questão pela previsão expressa do art. 8º, § 2º, *b*. Bastava interpretar o tratado à luz do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena de 1969, segundo o qual “um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Se o objetivo e a finalidade do tratado entre o Reino Unido e a Argentina era o de “criar condições favoráveis para um aumento dos investimentos por parte de investidores de um Estado no território do outro Estado”,²⁹ parece evidente que pode o Estado-parte abrir mão da cláusula geral de admissibilidade prevista no art. 8, § 1º, quando ele “e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado” (art. 8, § 2º, *b*).

A questão, em suma, bem interpretado o tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina, haveria de ser resolvida da seguinte maneira: a cláusula do art. art. 8, § 2º, *b*, permite que uma das partes e o investidor da outra parte acordem espontaneamente (expressa ou tacitamente) em estabelecer o caso à arbitragem, sem a necessidade de deflagrar, no juízo interno da parte em que o investimento se realizou, qualquer ação judicial como condição de procedibilidade da arbitragem, em homenagem ao princípio transnacional do *favor arbitrandum*. Assim o fazendo, a parte e o investidor da outra parte acordariam em conferir *aos árbitros* a competência para resolver a contenda entre eles.

Ainda que a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha chegado, coincidentemente, a essa mesma conclusão, o caminho percorrido não foi juridicamente correto. Todos os caminhos levam à Roma? Sim, podem levar, mas uns são juridicamente escorreitos, outros não. Ir à Roma pela via correta, é lícito; ir à Roma pela contramão, não é

²⁸ V. art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

²⁹ Cf. *United Nations – Treaty Series* (1994), p. 42 (*v. primeiro considerando do tratado*).

juridicamente adequado. Um tribunal deve preocupar-se em chegar à solução justa também pela via juridicamente própria. No caso que ora nos ocupa, bastava ter lido e interpretado corretamente o cristalino art. 8, § 2º, *b*, do tratado entre o Reino Unido e a República Argentina para se chegar, segundo pensamos, a esse desiderato.

3. Análise do voto dissidente

O Juiz Roberts, Presidente da Suprema Corte dos EUA, a cujo voto aderiu o Juiz Kennedy, votou em dissidência à maioria da Corte. Assim, merece esse seu voto dissidente ser analisado junto às críticas que realiza ao voto da maioria. Mesmo que tal voto tenha melhor fundamento que o voto da maioria, ainda assim pensamos que a opinião dissidente ficou “pelo meio do caminho”, como se verá adiante (*v. item 3.3, infra*).

3.1. Crítica fundamentada do voto da maioria

A dissidência, repita-se, diverge com argumentos melhores, segundo nos parece, que aqueles utilizados pela maioria, especialmente por compreender que se está diante de um *tratado* concluído entre Estados estrangeiros, e não de um acordo de arbitragem, sequer sendo os investidores *partes* nesse instrumento internacional (como, realmente, não poderiam ser em se tratando de um ato *convencional*). De fato, o voto dissidente começar por ironizar a decisão da maioria, observando o seguinte:

“O que esta Corte ‘tem diante de si’, naturalmente, não é um instrumento que possa ser caracterizado, em absoluto, dessa maneira [ou seja, como um contrato entre particulares]. Pelo contrário, não se trata senão de um tratado concluído entre duas nações soberanas: o Reino Unido e a Argentina. Nenhum investidor é parte no acordo. (...) Não é de estranhar que, por ter começado por um caminho equivocado, a maioria termine em lugar equivocado.”³⁰

³⁰ V. “BG Group plc vs. República Argentina”; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 1.

A observação, já se disse linhas atrás, é pertinente. Realmente, não se entende o porquê de a maioria da Suprema Corte americana ter raciocinado como se *contrato* fosse o instrumento presente diante de si. Bastava ler o instrumento para verificar tratar-se de norma *convencional*, isto é, de *tratado* internacional de investimentos que contém, no seu art. 8º, simples possibilidade de se recorrer à arbitragem desde que cumpridos certos requisitos, nada mais. Com base nessa premissa é que deveria ter decidido a Suprema Corte americana, e não na falsa e incongruente ideia de tratar-se de um *contrato* entre particulares a ser, inclusive, interpretado pela legislação doméstica estadunidense.

3.2. Crítica ao excesso de formalismo terminológico do voto da maioria

A decisão do voto da maioria, como se viu, girou em torno a elucidar se o art. 8º, § 2º, *a, i*, constitui uma condição relativa ao consentimento que deveria ter prestado a Argentina para poder recorrer à via arbitral, ou se se tratava de uma condição de caráter procedimental (norma relativa à tramitação de reclamações). Essa “caracterização” da disputa, parece certo, só serviu para poder aplicar os precedentes estadunidenses de caráter interno que estabelecem que ao se tratar de uma “condição relativa ao consentimento” são os *juízes* que têm competência – em primeiro lugar – para decidir a questão, ao passo que quando se trata de uma “condição de caráter procedimental” serão, ao contrário, os *árbitros* a quem incumbe decidir primeiramente o tema. É por isso que no voto da maioria se chega à conclusão de que para tratar de uma condição relativa ao consentimento as Partes³¹

³¹ Relativamente à utilização da palavra “Partes” no art. 8º, § 2º, *a, i e ii*, permitimo-nos fazer uma breve digressão. Deve-se observar que ali se utiliza o termo “Partes” e não “Partes Contratantes”, como no art. 8º, § 2º, *b*. Tal se deve a que, no primeiro caso, *não* se trata de um acordo de arbitragem, senão apenas de uma “oferta unilateral permanente” (seguindo os termos utilizados pelo Juiz Roberts em seu voto dissidente) que ambos os países realizam a uma pessoa “determinável”, vale dizer, a nacionais do Estado receptor. Portanto, não teria sentido referir-se concretamente ao termo “consentimento” nessa etapa prévia à formação do contrato, em que somente existe uma oferta, eis que se subentende que o acordo de arbitragem somente restará

deveriam ter expressamente utilizado a palavra “consentimiento”³²; e ante a sua ausência, decidiu a Corte que se tratava de uma questão puramente procedimental, que deveria ser dirimida – num primeiro momento – pelos árbitros.

Não obstante isso, o Juiz Roberts, em seu voto dissidene, chegou a afirmar não existir qualquer razão para que deva figurar uma designação tão evidente como “condição relativa ao consentimento”, posto que a Suprema Corte, em geral, não obriga que existam “palavras mágicas” nos tratados.³³

Do que se acaba de expor, percebe-se que a atenção do voto da maioria estava mais centrada em fazer enquadrar as relações jurídicas provenientes de um tratado internacional às presunções internas do direito estadunidense da arbitragem, do que propriamente analisar a

perfeito quando a outra “Parte” manifestar o seu consentimento à oferta inicial, nos mesmos termos em que foi formulada. Destaque-se que no art. 8º, § 2º, *b*, se utiliza o termo “Parte Contratante” e investidor, posto que ali se faz referência à possibilidade concreta de que o Estado receptor e o investidor (determinável) concordem em recorrer à via arbitral. Por conseguinte, a presunção do direito interno estadunidense não corresponde exatamente à situação que as Partes Contratantes previram no art. 8º, § 2º, *a*, *i*.

³² V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (Voto da maioria): “No entanto, levando em conta que no presente Tratado não há disposição no sentido de ser a judicialização da controvérsia no país receptor uma condição que pressuponha “prestar consentimento” para o início de um processo arbitral, o tribunal não deve estabelecer qual seria o efeito de uma regra nesse sentido. Portanto, esta Corte não se considera obrigada, em absoluto, a emitir uma decisão que exceda os limites de seus critérios de interpretação habituais, nos quais se estabelece que, ante a inexistência, no âmbito de um tratado, de uma disposição que indique explicitamente que as partes tiveram a intenção de alterar a delegação de competência habitual, resultam aplicáveis as presunções de interpretação que comumente utilizamos em tais casos. Págs. 10 a 13. (...) No Tratado não figura qualquer disposição a indicar que a intenção das partes se contrapõe às presunções habituais relativas a quem deve decidir as questões atinentes ao “critério mínimo” para a procedência ou não da arbitragem. Tanto que a redação e a estrutura da regra estabelecida no art. 8º indicam claramente que se trata de uma condição processual prévia ao início de um processo arbitral”.

³³ V. “BG Group plc vs. República Argentina”, cit., p. 3 (Voto da dissidência), p. 6-7: “Não obstante, não há qualquer razão para considerar que se deva exigir uma designação tão evidente de tal condição relativa ao consentimento, tendo em conta que esta Corte, em geral, não exige que figurem ‘palavras mágicas’ nos tratados. *Medellín vs. Texas*, 552 U. S. 491, 521 (2008)”.

questão desde a perspectiva transnacional ou verdadeiramente internacional, como estava a merecer a causa objeto da presente análise.

3.3. *Decisão pelo meio do caminho?*

O voto da dissidência, por seu turno, também não percebeu que o tratado autoriza, no art. 8º, § 2º, *b*, que o investidor de um Estado-parte e o outro Estado-parte possam recorrer à arbitragem *independentemente* de se ingressar com qualquer medida judicial perante um tribunal interno do Estado em que o investimento ocorreu, sequer aguardando dezoito meses a partir do momento em que a controvérsia foi submetida ao tribunal respectivo do país receptor.

Segundo a dissidência, tal somente seria possível se manifestado “por meio de um acordo específico”.³⁴ Tal não é verdade, eis que o art. 8º, § 2º, *b*, diz apenas e tão somente que será possível o recurso à arbitragem se “a Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante assim tenham acordado”. Acordado por qual maneira? O dispositivo não se refere à forma de acordo entre as partes, razão pela qual tal acordo pode ser expresso ou tácito.

O voto dissidente, como se vê, avançou e foi exarado corretamente no que tange à compreensão de se estar diante de um *tratado* entre dos Estados soberanos, e não perante um acordo de arbitragem entre particulares. De fato, o que o tratado faz é uma “concessão” a que se recorra à arbitragem, segundo as condições que enumera: ou quando esgotada a jurisdição interna sem sucesso, ou quando as partes (investidor e Estado no qual o investimento se realizou) consentem em submeter a questão à arbitragem, ainda que de forma tácita ou indireta (que foi o que ocorreu no presente caso, ainda que a Argentina, em sua contestação, porém, sem razão, negasse ter o tribunal arbitral competência para a análise da matéria).

À medida que o voto dissidente não percebe a real faculdade estabelecida pelo art. 8º, § 2º, *b*, do tratado, chega à conclusão de que “incumbe a um tribunal judicial, e não é um árbitro” a competência

³⁴ Idem; voto dissidente do Juiz Roberts, p. 5.

para resolver a questão, o que também está equivocado. Assim, não obstante ter avançado relativamente ao voto da maioria, bem assim melhor compreendido os conceitos jurídicos presentes na demanda, emitiu uma opinião que ficou no “meio do caminho”. Correto seria ter entendido que a faculdade para recorrer à arbitragem proveio da vontade das partes (investidor e Estado no qual o investimento se realizou), conforme autoriza o art. 8º, § 2º, *b*, do tratado bilateral de investimentos. Apesar de a Argentina, como se disse, ter negado a “jurisdição” do tribunal arbitral, o certo é que ela concordou com a arbitragem no ano de 2003 e, inclusive, participou na escolha dos árbitros e na decisão do local em que a arbitragem se realizaria, o que significa que aceitou, ainda que de forma indireta, a faculdade estabelecida pelo referido art. 8º, § 2º, *b*, do tratado.

4. Fundamentos dissociados das regras internacionais e transnacionais: uma *contraditio in terminis* autorizada?

Como já se adiantou ao longo do presente ensaio, os fundamentos que serviram de base à decisão em análise (tanto os expostos no voto da maioria e, em certa medida, também no voto dissidente) pressupõem, em nosso entender, uma *contraditio in terminis*. Com efeito, a alegação de que um *presumido* acordo de arbitragem é equiparável a um *tratado* internacional não constitui senão uma contradição em si mesma. Não obstante, essa contradição parece ver-se autorizada pelo fim último que persegue: outorgar à controvérsia submetida perante a Corte um enquadramento jurídico tal que permita a aplicação das presunções habituais em matéria de arbitragem, baseada em uma enorme gama de precedentes jurisprudenciais, entre os quais se destacam os casos *First Options*³⁵ e *Howsam*.³⁶

³⁵ V. “*First Options of Chicago, Inc. vs. Kaplan*”, 514 U. S. 938, 942 (1995).

³⁶ V. “*Howsam vs. Dean Witter Reynolds, Inc.*”, 537 U. S. 79, 84 (2002).

4.1. Complementaridade do direito internacional público e do direito transnacional da arbitragem

Ninguém pode ignorar o fato de que, nos últimos tempos, a interação da ordem jurídica internacional com a ordem jurídica transnacional tem tido cada vez maior visibilidade e robustez. Essa reflexão é especialmente válida para a classe de controvérsias como a levantada no caso objeto da presente análise. Com efeito, a questão colocada perante a Suprema Corte americana se originou de um pedido de anulação (pela parte condenada, a Argentina) e de execução (pela parte vencedora, a *BG Group*) de um laudo definitivo proferido por um tribunal arbitral *ad hoc* perante o Poder Judiciário do país em que se realizou a arbitragem (os Estados Unidos da América), de conformidade com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, versando a controvérsia sobre uma arbitragem de investimentos no âmbito de um tratado bilateral de investimentos. Dessa forma, é nítida a interação das ordens jurídicas que atuam em conjunto nessa série de decisões e apelações.

Como se percebe, a inter-relação entre os três ordenamentos jurídicos é mais que evidente. Mais evidente ainda teria que ser a aplicação harmonizada dos princípios provindos de tais ordenamentos jurídicos dos quais confluem normas de interpretação do direito internacional geral, do direito dos tratados (Convenção de Viena de 1969), das normas do direito transnacional da arbitragem e, em certa medida, das normas processuais do ordenamento jurídico nacional em que se proferem as decisões sobre o laudo e se interpõem as apelações. Entretanto, no presente caso, as normas do ordenamento jurídico interno (dos Estados Unidos) tiveram prevalência absoluta sobre as normas internacionais e transnacionais, que, em realidade, seriam as mais adequadas para resolver corretamente a questão *sub judice*. Tais normas, além de terem sido concebidas para elucidar casos como o que se apresenta, também comportam uma gama de princípios gerais de direito derivados de grande quantidade de ordenamentos jurídicos nacionais, entre os quais se encontram os das Partes Contratantes e o do país sede da arbitragem. Assim, o desinteresse por sua aplicação ao caso em análise acaba também por prejudicar o fundamento da Corte, que, não obstante isso, chegou a uma decisão correta, porém,

percorrendo um caminho juridicamente equivocado, abrindo, assim, a porta para que outros tribunais inferiores façam eco da mecânica subjacente a tal fundamentação e o apliquem em casos similares, correndo o risco de talvez chegarem a resultados em tudo antijurídicos.

4.2. *Expectativas das partes: que função exercem em um tratado internacional de investimentos?*

Em outra ordem de ideias, centraremos agora a nossa atenção a um elemento essencial a todo acordo de arbitragem, seja nacional ou internacional, a saber: *as expectativas das partes*. Como primeira medida, deveríamos procurar saber se esse elemento, que cumpre uma função crucial no âmbito de uma arbitragem entre privados, pode também ter importância para contribuir à escorreita interpretação do art. 8º, § 2º, *a, i*, do tratado bilateral de investimentos entre o Reino Unido e a Argentina.

De acordo com o fundamento exposto no voto dissidente, ao que aderimos plenamente no que tange a essa questão concreta, parece que tais expectativas não podem cumprir função muito relevante, já que ainda não se teria um perfeito acordo arbitral. Por conseguinte, a frase “expectativas das partes”, nesse caso concreto, deveria ser modificada para significar “expectativas das Partes Contratantes”, vale dizer, o Reino Unido e a Argentina. Seguindo essa linha de raciocínio, os precedentes jurisprudenciais citados no voto da maioria³⁷ talvez tivessem importância se a controvérsia versasse sobre o art. 8º, § 2º, *b*, no qual se prevê que as Partes em um contrato de arbitragem (vale dizer, uma Parte Contratante e o investidor da outra Parte Contratante) concordam em recorrer à via arbitral. Porém, tal como também o explica, inclusive o Procurador Geral dos Estados Unidos, a “regra relativa à propositura de uma ação judicial no Estado receptor pode ser ‘uma condição por parte do Estado de prestar o seu consentimento para celebrar um acordo de arbitragem’”.

³⁷ *Air France vs. Saks*, 470 U. S. 392, 399 (1985); e *Wright vs. Henkel*, 190 U. S. 40, 57 (1903).

Portanto, a decisão plasmada no voto da maioria de rechaçar o parecer do Procurador Geral e sustentar que “[e]m geral, *um tratado é um contrato, ainda que celebrado entre nações* (...) [grifo nosso] (...) [de modo que] a sua interpretação consiste normalmente, como sucede com a interpretação dos contratos, em determinar a intenção das partes”³⁸, não teria grande utilidade na interpretação do art. 8, § 2º, *a, i*, em torno da qual girou a decisão da Suprema Corte americana objeto da nossa análise, eis que, como já explicado, em tal dispositivo o conceito de “Partes” refere-se às *Partes Contratantes* (o Reino Unido e a Argentina). Isso se deve ao fato, no tocante a esse artigo, de que não se aperfeiçoou um acordo de arbitragem, senão apenas formulou-se uma oferta unilateral e permanente em favor das partes “determináveis” (ou seja, os investidores de alguns dos Estados soberanos), que somente dará lugar a um acordo arbitral caso tal oferta seja aceita pelo investidor *determinável*, desde que cumpridas as determinações ou condições nele estabelecidas. Por conseguinte, *as expectativas das partes*, nesse contexto, não podem servir de base para interpretar um artigo de um tratado bilateral de investimentos, menos ainda quando o fim último de elucidar a intenção e/ou expectativa das partes envolve a interpretação de um contrato (nesse caso, de arbitragem) que nunca se aperfeiçoou.

5. Conclusão

A Suprema Corte dos Estados Unidos, na decisão relativa ao caso “BG Group plc vs. República Argentina”, de 5 de março de 2014, decidiu corretamente: a arbitragem realizada entre *BG Group* e a Argentina foi válida e a condenação de US\$ 185,3 milhões deve ser paga. Entretanto, como se viu no decorrer do presente artigo, os fundamentos nos quais a Suprema Corte americana se baseou foram totalmente equivocados. De fato, na referida decisão, além de se confundir contrato com tratado internacional e direito interno com direito internacional, foram apresentados fundamentos totalmente

³⁸ Idem.

dissociados dos princípios e regras regentes das relações internacionais e transnacionais contemporâneas, de forma que a decisão “acertada” da Suprema Corte americana não passou de simples coincidência, tal como seria se proferida seguindo corretamente as regras que o direito internacional público em geral, e o direito dos tratados, em especial, impõem para a resolução de questões similares.

Todos os caminhos levam a Roma? No caso “BG Group plc vs. República Argentina” o caminho seguido pela Suprema Corte americana levou ao desiderato correto, mas por um caminho confuso e equivocado, à exceção, em parte, do voto dissidente do Juiz Roberts, ao qual aderiu o Juiz Kennedy. Assim, vários caminhos podem levar à Roma, porém, alguns são juridicamente corretos, outros não. Ir à Roma pela via correta, é lícito; ir à Roma pela contramão, não é juridicamente aceitável. Um tribunal deve preocupar-se em chegar à solução correta sempre pela via juridicamente escorreta, especialmente uma Suprema Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GAILLARD, Emmanuel. L'ordre juridique arbitral: réalité, utilité et spécificité (Conférence commémorative John E. C. Brierley). *McGill Law Journal*, vol. 55, 2010, p. 892-907.
- HANOTIAU, Bernard, L'arbitrabilité et la *favour arbitrandum*: un réexamen. *Journal de droit international*, n. 4, oct.-dez. 1994, p. 899-966.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SCHREUER, Christoph. Consent to arbitration (Cap. 21). In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico & SCHREUER, Christoph (eds.). *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 830-867.

III - PARECERES

Poderes do Presidente da República em sede de Política Externa e de Defesa em Cabo Verde¹

Parecer

WLADIMIR AUGUSTO CORREIA BRITO²

I – A QUESTÃO³

1. A questão que me é colocada é a de saber quais são, em concreto, os poderes do Presidente da República em sede de política externa e da defesa. Trata-se de um problema que também se tem vindo a colocar nos sistemas constitucionais que consagram como forma de regime o semipresidencial, na exacta medida em que nesses sistemas, no que concerne à definição da política geral do país há uma autonomia recíproca entre o Presidente e o Governo, mesmo quando se consagra a responsabilidade política do Governo perante o Presidente.

No nosso sistema de Governo que, como se sabe, é caracterizado como de parlamentarismo mitigado, o Governo não é responsável politicamente perante o Presidente da República, mas sim perante o Parlamento, como claramente decorre da disposição do artigo 184.º (e já decorria do primitivo artigo 196.º) da Constituição. Contudo, desse facto não resulta que cada um desses órgãos de soberania possa agir sem ter em consideração a posição político-institucional do outro.

Na verdade, a Constituição, no domínio da política externa e da defesa, consagra de forma inequívoca os princípios da concertação e

¹ Entregue: 1.5.2014; aprovado: 7.9.2014.

² Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho.

³ Salvo expressa menção em contrário, todos os artigos aqui citados são da Constituição da República após a revisão de 2010.

da cooperação, o princípio da lealdade política e institucional⁴, que impõe aos dois órgãos os deveres de lealdade institucional, cooperação e de concertação prévia das política externas e de defesa, princípios que devem ser observados com reforçada intensidade nos domínios em que a regularidade constitucional de certos actos depende da prática conjunta ou recíproca desses actos, como acontece na política externa e na política da defesa.

Desses princípios resultam um reforçado dever de informação e de consulta recíprocas, em especial do Governo relativamente ao Presidente, sobre a política externa e de defesa, o dever da devida consideração pelas opiniões do Presidente (emitidas em público ou nas reuniões privadas com o Primeiro-Ministro) sobre estas matérias,

⁴ Pela importância desse princípio nos regimes políticos como o nosso, tem interesse transcrever o pensamento dos constitucionalistas portugueses Gomes Canotilho e Vital Moreira revelado num texto denominado *Os Poderes do Presidente da República* em que discutem exactamente a mesma questão, embora num sistema de governo de natureza semi-presidencialista em que o Governo é politicamente responsável perante o Presidente da República (o que não é o nosso caso, lembre-se) Estes dois constitucionalistas de Coimbra defendem que “Sobre a lealdade e a consideração institucional dizem-nos Gomes Canotilho e Vital Moreira que “[A] lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objectivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possível. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar à práticas de “guerrilha institucional”, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira” e mais à frente dizem que “[n]o que respeita em particular à relações entre o Presidente e o Governo, é legítimo que ele espere do Presidente da República, não necessariamente solidariedade ou apoio político, mas cooperação institucional, respeito da sua autonomia e lisura no relacionamento recíproco, no caso de divergências políticas; acima de tudo, o Presidente da República não pode motivar-se por um escopo de oposição sistemática ao Governo ou de boicote das suas iniciativas.

Na perspectiva do Presidente da República, é legítimo esperar do Governo o respeito pelas suas funções específicas, a informação completa e atempada e a consideração devida às suas opiniões, sugestões, críticas ou conselhos”, em especial “quando elas respeitarem a áreas mais directamente ligadas às funções constitucionais do Presidente da República (defesa nacional, independência nacional, unidade do Estado, regular funcionamento das instituições)” Cfr. *Os Poderes do Presidente*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p.^a 71 e 72.

o dever da prévia concertação das linhas gerais da política externa e de defesa, e o dever de colaboração leal na execução dessas políticas.

Nos domínios da política externa e da defesa, a Constituição consagra ainda competências partilhadas, cujo exercício implica de forma intensificada o cumprimento por estes dois órgãos de soberania daqueles deveres.

II – OS FUNDAMENTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS DA COMPARTICIPAÇÃO DO PRESIDENTE NA CONFORMAÇÃO CONCRETIZADORA DA POLÍTICA GERAL DEFINIDA PELO GOVERNO

2.1. *Questões gerais: Princípios rectores e “Indirizzo” político*

Importa dizer que num regime constitucional como o nosso, em que o Governo é politicamente responsável perante o Parlamento, em matéria dos poderes do Presidente da República deve prevalecer o *princípio do conteúdo substancial desses poderes* com concretas e decisivas projecções políticas nas relações entre o Presidente da República e o Governo. Queremos com isso dizer que nos regimes de parlamentarismo mitigado, a regra deve ser a de que os poderes do Presidente da República não são meramente honoríficos ou simbólicos, mas neles se inscrevem substanciais conteúdos jurídico-constitucionais de concreto “*indirizzo político*”, que devem ser sempre exercidos com respeito pelos princípios da lealdade institucional, da cooperação e da concertação e com muita ponderação e moderação, mesmo naqueles casos em que esses poderes são exclusivos, como acontece com o de dissolver o Parlamento (artigo 134 al. e)), a nomeação do Primeiro Ministro (alínea i, do n.º 1 do artigo 134.º).

Esses princípios têm especial relevância nas áreas de política externa e de defesa, exactamente por se revestirem de especiais especificidades constitucionais que vão para além das competências genéricas do Presidente da República. Com efeito, nestas duas grandes e

importantes áreas políticas, embora o Governo tenha a competência específica para propor a nomeação dos embaixadores, representantes permanentes e enviados extraordinários (alínea c) do artigo 135.º) e das chefias militares (alínea g) do n.º 2 do artigo 134.º) é ao Presidente da República que a Constituição confere competência exclusiva para os nomear e exonerar. Atenta essa especificidade, Gomes Canotilho e Vital Moreira, operando no quadro de um regime semi-presidencial, entendem que “*os poderes específicos do Presidente nesses domínios, que encontram expressão, não apenas nas suas funções constitucionais genéricas (..), mas também e sobretudo na sua competência específica para nomear os principais titulares dos cargos político-administrativos nessas esferas, nomeadamente as chefias militares e os embaixadores e enviados extraordinários, o que não sucede em mais nenhuma área*). Trata-se de poderes substantivos e não meramente formais e que, pela sua relevância, colocam as relações externas e a defesa num lugar à parte no que concerne à participação do Presidente da República na direcção institucional do Estado”⁵.

Ora, atenta a semelhança das normas constitucionais portuguesa e cabo-verdiana nesses domínios, mesmo tendo em conta que o sistema de governo português da época em que estes dois constitucionalistas de Coimbra escreveram essas linhas era diferente do sistema de governo cabo-verdiano, o ponto é que tal tese é defensável no nosso ordenamento jurídico-constitucional embora, como iremos ver, devemos dar mais um passo para densificar esse “*lugar à parte*” que essas áreas ocupam e a intensidade da “*participação do Presidente da República na direcção institucional do Estado*”. Para tanto, teremos de articular os poderes do Presidente em matéria de política externa consagrados no artigo 135.º c) e d) e em matéria de defesa consagrado no artigo 134.º, n.º 1 alínea c), e n.º 2 alíneas g) e h) com a disposição do artigo 124.º, especial com o seu n.º 2, e dos artigos 243.º e 248.º.

⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Os Poderes do Presidente*, cit.^a p.^a 79.

2.2. *Titularidade da Representação Externa e seus efeitos jurídico-constitucionais. Jus representationes omnimodae*

No que se refere à política externa, se é certo que o Governo é o órgão constitucional de soberania a quem compete definir, dirigir e executar a política externa do país – artigo 184.º –, não é menos certo que não lhe cabe representar externamente a República, por essa representação ser atribuída em exclusivo ao Presidente da República – artigo 124.º, n.º 2. Assim, conjuntamente com as demais competências do Presidente da República no domínio das relações internacionais e da política externa, essa competência exclusiva de representação externa que lhe é constitucionalmente atribuída, pela sua relevância jurídico-constitucional, jurídico-internacional e pelas refracções na prática política desses dois órgãos de soberania, deve ser tida em conta na análise das competências partilhadas do Presidente da República e do Governo em matéria de política externa.

Começaremos antes de mais por dizer que a Constituição da República não concebe esse direito de representação que atribui ao Presidente da República como um direito de conteúdo meramente formal, de natureza simbólico-protocolar, mas vai mais longe para o densificar através de normas que conferem ao Presidente da República o poder de, sob proposta do Governo, nomear e exonerar os embaixadores, representantes permanentes e enviados extraordinários⁶, agentes diplomáticos estes que, por “mandato representativo” por ele conferido, através das cartas credenciais, exercem em seu nome e de forma permanente nas Missões Diplomáticas cabo-verdianas, as funções de representação externa da República. Também é nessa qualidade de representante da República nas relações externas que o Presidente da República está constitucionalmente investido no poder de “receber cartas credenciais e aceitar a acreditação de representantes diplomáticos estrangeiros” (alínea d) do artigo 135.º).

⁶ Sobre o direito diplomático e a representação de um país pelas missões permanentes, veja-se Wladimir Brito, *Direito Diplomático*, Ed. Ministério dos Negócios Estrangeiros, Lisboa, 2008.

Acresce ainda que, por o Presidente da República ser o representante da República na sociedade internacional, é a ele que a Constituição confere a competência exclusiva (alínea a) do artigo 135.º) de vincular internacionalmente o Estado cabo-verdiano através da ratificação dos Tratados internacionais⁷.

Para além disso, o Presidente da República nessa qualidade de exclusivo representante do Estado nas relações internacionais, mas também aqui na de Comandante-Chefe das Forças Armadas, recebe da Constituição – artigo 135.º, alínea a) – o poder exclusivo de declarar a guerra e de fazer a paz, poder exclusivo esse cujo exercício está condicionado pela prática de actos prévios de validação, que são a proposta do Governo e a autorização da Assembleia Nacional.

2.3. A definição, direcção e execução da política geral: sentido e limites

Mas, apesar desse poder de representação que a Constituição confere ao Presidente da República, o ponto é que cabe sempre ao Governo “*definir, dirigir e executar a política geral interna e externa do país...*” – artigo 184.º, o que coloca aqui a questão de saber qual o sentido da expressão “*política geral*”. Com efeito, se a Constituição não quisesse condicionar a definição, direcção e execução da política geral interna e externa, bastaria ter dito que cabe ao Governo definir, dirigir e executar a política interna e externa do país, tornando-se desnecessária o adjectivo “*geral*”. Em nossa opinião, o uso desse adjectivo para qualificar a natureza da política que ao Governo cabe definir, dirigir e executar tem a ver com o facto de pretender atribuir a este órgão de soberania o poder de definir as *linhas gerais da política*

⁷ Com a ratificação dos Tratados conclui-se o processo longo e solene de feitura desses instrumentos jurídicos internacionais no decurso do qual participam, em cooperação e coordenadamente, os três órgãos políticos de soberania, o Governo – na negociação e ajuste de Pactos internacional – a Assembleia Nacional – na aprovação desses Pactos – e o Presidente da República – na ratificação desses instrumentos internacionais, o que reclama o cumprimento recíproco do dever de informação, de consulta e de concertação entre esses órgãos de soberania.

interna e externa (normalmente consagradas no programa de Governo apresentada à Assembleia Nacional), visto que a concretização dessas linhas gerais, no nosso sistema de governo, implica sempre o exercício de competências partilhadas com a Assembleia Nacional ou com o Presidente da República. Assim, por exemplo, a política financeira e fiscal, pode ser definida em linhas gerais pelo Governo que tem competência para o efeito, mas só pode ser concretizada através do lançamento de impostos, da definição das taxas e da incidência (ou de alteração de anteriores leis que tenham os impostos por objecto). Ora, essa matéria não é da competência do Governo mas sim da competência exclusiva da Assembleia da República (alínea q) do artigo 175.º), o que significa que as linhas gerais só se concretizam com a intervenção da Assembleia Nacional, mesmo que esta só possa regularmente agir após a proposta de orçamento elaborada e apresentada pelo Governo (al. d) do artigo 203.º). Em matéria de política externa, o Governo negocia e ajusta Tratados, internacionais mas estes só vinculam o Estado após a aprovação da Assembleia Nacional e ratificação do Presidente, o que significa que determinadas linhas gerais da política externa que dependam de negociação e ajustamento de Tratados solenes tem de ser concertado com Assembleia Nacional, para desta obter a aprovação, e com o Presidente da República (mesmo os não solenes que não revistam a forma de acordos em forma simplificada), para este os ratificar e com este acto vincular internacionalmente o Estado cabo-verdiano.

Como pode ver-se a atribuição ao Governo do poder de “*definir, dirigir e executar a política geral interna e externa do país...*”) não pode ser entendido num sistema de governo como o nosso como um poder que não seja limitado pelas competências de outros órgãos de soberania e cuja concreta execução não careça de cooperação e concertação prática interinstitucional, com respeito pelos princípios de lealdade institucional e pelos deveres de informação e de consulta, de que falámos acima. Mais, não pode ser entendido como um poder que no momento da sua concreta conformação possa dispensar a participação dos dois órgãos políticos de soberania, o Presidente da República e a Assembleia Nacional, na exacta medida em que ambos estão investidos no poder de compartilhar no “*indirizzo*” político.

Concluindo, podemos dizer com Gomes Canotilho e Vital Moreira que “*se ao Governo compete a condução da política geral do país, já a sua definição não cabe exclusivamente ao Governo, envolvendo designadamente o Presidente da República e a Assembleia da República*”⁸. É aqui que se localiza o “*indirizzo político*” de que falamos acima e que implica a aqui referida coparticipação na definição da política do país, embora entendamos, que, de acordo com a nossa Constituição, essa participação dos demais órgãos de soberania, nomeada e especificamente o Presidente da República, só comparticipam nesse “*indirizzo*” na fase de conformação concretizadora das linhas gerais definidas pelo Governo e não na sua formulação originária.

Importa dizer finalmente que nessa comparticipação o Presidente deverá também respeitar o princípio da lealdade político-institucional e de audição do Primeiro-Ministro, enquanto representante do Governo nas relações com o Presidente.

2.4. O papel do Presidente da República no “indirizzo político”

Com a tese que temos vindo a defender, pretendemos explicar que, no nosso entendimento, o Presidente da República no sistema de Governo constitucionalmente adotado em Cabo Verde não tem um papel meramente formal e simbólico, consubstanciada na prática de actos protocolares, participação residual no processo legislativo e na emissão de opiniões públicas sobre a política geral ou sectorial do Governo ou de qualquer outro órgão de soberania. Antes deve-se reconhecer-lhe um papel activo de conformação política em colaboração com os demais órgãos de soberania, que deve ser exercido com respeito pelos limites constitucionais dos seus poderes e pelos princípios acima indicados, que não lhe reconhecem o estatuto de oposição ao

⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1988, Vol. 2, p.^a 254. Ver ainda dos mesmos autores *Os Poderes do Presidente*, cit.^o p.^a 44. Esta tese é retomada por estes dois constitucionalistas na 4.^a Edição revista da *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 4.^a Edição, vol. 2., 2010, p.^a 414.

Governo, mas sim impõe-lhe o dever de acompanhar, vigiar e compartilhar lealmente e com respeito pela autonomia política do Governo na concreta conformação das políticas gerais do Governo, nos termos aqui defendidos.

Feitas estas considerações prévias e necessárias vejamos agora as duas questões que nos propomos tratar aqui, a política externa e a defesa nacional.

III – A POLÍTICA EXTERNA E A POLÍTICA DA DEFESA

3.1. Aspectos Comuns

A política externa e a da defesa, como já se intui do que acabamos de expor, são as duas áreas da política nacional em que se exige a máxima lealdade e cooperação e coordenação institucional entre o Presidente da República e o Governo com vista a uma concertação prévia quer sobre a sua definição quer sobre a sua execução. Na verdade, como já vimos, a política externa e a da defesa são as duas áreas da política nacional que, sob o ponto de vista constitucional e o da prática política, conformada pelas normas e princípios constitucionais e pela dinâmica das relações entre esses dois órgãos de soberania, têm de comum uma inseparável coabitação entre o Presidente da República e o Governo e um inexorável dever de lealdade, consulta e cooperação recíprocos.

No processo de relacionamento cooperativo e concertativo entre esses dois órgãos de soberania sobressaem os Ministros das Relações Exteriores e da Defesa Nacional, aquele apoiado pelo corpo diplomático e este pelas Chefias militares e, em certa medida, pelo Conselho Superior da Defesa Nacional, Ministros estes sobre quem recai com especial intensidade a obrigação jurídico-política de cumprir os deveres de lealdade, de consideração institucional e de informação e consulta, de que falámos acima.

Acresce ainda que estas duas áreas da política nacional têm ainda de comum a reconhecida necessidade de adopção de um conceito estratégico de política externa e de política de defesa nacional confor-

mador das linhas gerais da política interna e externa nesses domínios e também de programas de acção política que estes dois órgãos de soberania têm de, em cooperação, executar.

Estamos assim perante duas áreas políticas em que, constitucionalmente, Presidente da República e Governo são titulares de poderes de “*indirizzo*” político que convocam uma especial “*parceria*” política, apelam para uma permanente cooperação leal, reclamam informação atempada e sem reservas e implicam a necessidade de concertação prática em todas as fases do processo de definição, concretização e de execução das políticas externa e de defesa.

3.2. *Política Externa*

1. Sabemos já que sob o ponto de vista constitucional cabe ao Governo definir, dirigir e executar a política geral das relações internacionais do Estado cabo-verdiano, mas essa competência deve ser entendida no sentido acima exposto ou seja o de o Governo ser o órgão constitucionalmente competente para originariamente definir as “*linhas gerais*” da política interna e externa e para dirigir a sua execução sempre que elas não necessitem de intervenções densificadoras do seu conteúdo. Isto é, o Governo, com respeito pelo princípio da constitucionalidade, tem competência para dirigir a execução dessas linhas gerais sempre que a sua execução dependam exclusivamente de actos da sua exclusiva competência, com acontece com certos actos relativos à sua política (apresentação de moções de confiança, elaboração da proposta de orçamento de Estado, negociação e ajuste de Tratados Internacionais, apresentação de propostas ao Presidente da República sobre as matérias indicadas no artigo 202.º, n.º 2, etc.) e/ou relativos a algumas das suas competências indicados no artigo 205.º. Mas, mesmo nestes casos, não deve deixar de desenvolver esforços no sentido de, como defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira, “*estabelecer a necessária concordância prática entre a função governamental e o papel constitucional do PR*”, nomeadamente em sede da consideração devida às opiniões e posições do Presidente da República sobre políticas públicas.

2. No que se refere ao papel do Presidente da República em matéria de política externa, já vimos que, atento os poderes que a Constituição confere a este órgão de soberania, ele é determinante quer para a definição dessa política, quer para a sua execução. Assim, nesta sede o Governo não é totalmente livre na conformação dessa política, mas também o Presidente da República não tem poder para dar ordens instruções ou para impor uma dada orientação política das relações internacionais. Impõe-se assim a concordância prática entre estes dois órgãos de soberania investidos ambos no poder de conformar essa política em momentos sequencialmente ordenados, o que lhes exige esforços sérios de cooperação e de concertação, em especial, na fase da sua execução⁹.

Neste quadro, coloca-se a questão da própria representação externa do Estado cabo-verdiano que a Constituição atribui em exclusivo ao Presidente da República, o que nos obriga a tecer algumas considerações sobre esta representação.

3. Começaremos por dizer que essa função de representação em todos os sistemas de governo é atribuída sempre ao Presidente da República, que é assim reconhecido como o exclusivo detentor do *jus representationes omnimodae*. A nossa Constituição não fugiu a este paradigma e, por isso, atribui ao Presidente da República essa função de representação e elenca os actos em que ela se consubstancia. De entre esses actos podemos indicar o de nomear e de acreditar representantes do Estado cabo-verdiano noutros Estados, aceitar a acreditação de representantes de Estados estrangeiros em Cabo Verde, ratificar Tratados internacionais, vigiar e garantir o cumprimento desses Tratados, declarar a guerra e fazer a paz.

Desse conjunto de poderes em que se desdobra a função de representação, o de nomear e de acreditar representantes do Estado cabo-verdiano noutros Estados assume aqui especial relevância, na medida em que revela que, nas relações internacionais em geral,

⁹ Em nossa opinião, contribuiria decisivamente para se alcançar essa concordância prática aquela definição conjunta do conceito estratégico da política externa nacional com base nas linhas gerais dessa política formuladas pelo Governo, e a elaboração com base nesse conceito de um “programa” nacional de política externa de que falámos acima.

quem representa Cabo Verde não é o Governo, mas sim o Presidente da República directamente ou através dos Agentes diplomáticos que nomeia internamente e acredita internacionalmente. A acreditação é, aliás, a mais inequívoca expressão dessa representação na medida em que dela resulta que o Agente Diplomático, máxime o Embaixador, age em nome e em representação do Presidente da República que, de acordo com a Constituição, o Direito Internacional Geral e Pactício, é quem representa o Estado nas suas relações internacionais¹⁰. É claro que neste domínio o Direito Internacional atribui especial posição ao Ministro das Relações Exteriores por ser o Chefe do Departamento do Estado que executa a política externa do país.

Assim, sob o ponto de vista de representação do Estado em todas as ocorrências da vida internacional, é o Presidente da República o único titular desse *jus representationes omnimodae*, poder esse que, com (o quase sempre presumido) consentimento do Presidente da República, pode ser exercido pelo Ministro das Relações Exteriores ou e delegado em qualquer Agente Diplomático.

4. Assim sendo, pergunta-se se o Chefe do Governo tem poder de representação do Estado nas relações internacionais. A resposta breve é a de que constitucionalmente não tem. O seu papel, nessas relações enquanto Chefe do Governo, é o de, através do Ministério das Relações Exteriores, assegurar e garantir a representação diplomática do Estado e a execução da política externa¹¹. Contudo, disso não resulta

¹⁰ É certo que o artigo 7.º n.º 2 alínea a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados reconhece que, em virtude das funções que exercem, não carecem de plenos poderes para representar o Estado, “os chefes de Estado, os chefes de Governo e os Ministros das relações exteriores”, mas essa representação diz respeito exclusivamente ao processo de conclusão dos Tratados e, por isso mesmo aceita, que os chefes da missão diplomática e os representantes acreditados dos Estados numa conferência internacional também não carecem de plenos poderes.

¹¹ Importa dizer que diplomacia e política externa não são a mesma coisa.

A política externa é o conjunto complexo e articulado de acções *ad extra* do Estado previamente definidas pelos órgãos constitucionalmente competentes de cada Estado concretizadoras dos objetivos que, de acordo com os seus interesses essenciais, visa alcançar nas suas relações internacionais.

A Diplomacia é uma das várias formas pacíficas e negociadas possíveis de executar essa política.

que, em certas circunstâncias, o Chefe do Governo não possa desenvolver acções internacionais e representar o Estado no exterior, o que, por força do dever de lealdade, informação sem reservas e de consulta, deverá acontecer sempre com o prévio conhecimento o Presidente da República.

Do que acabamos de expor, resulta que, constitucionalmente, *o princípio regra é de que a representação externa do Estado cabo-verdiano cabe ao Presidente da República* e que este exerce esse poder de representação através do Ministro das Relações Exteriores e dos Agentes Diplomáticos, cabendo ao Governo, através do Ministério das Relações Exteriores e do respectivo Ministro, assegurar e garantir a organização e o funcionamento da representação diplomática nacional.

5. Face a esta posição a questão que agora se nos coloca é a de saber se a representação internacional do Estado cabo-verdiano está constitucionalmente repartida entre o Presidente da República e o Governo e, em caso afirmativo, como se faz essa repartição naquelas circunstâncias em que o Chefe do Governo pode agir internacionalmente. Tendo em conta o nosso sistema de Governo e a configuração constitucional da definição, direcção e execução da política externa Constituição da República e as dúvidas que podem suscitar uma interpretação literal das normas constitucionais reguladoras dessa matéria, a resposta a esta questão seria mais fácil se decorresse exclusivamente da posição aqui por nós adoptada. Mas, já assim não acontece se a opção for por uma interpretação literal, que a prática constitucional nela fundada tem demonstrado que ela é geradora de sérias dúvidas e conflitos, em especial quando dela resulta a (errada) atribuição ao Governo de uma proeminência nesse domínio que nunca poderá ter.

Tendo em atenção a interpretação (sistemática e teleológica) que aqui damos às normas constitucionais reguladoras dessa matéria, pensamos ser correcto afirmar que a representação internacional do Estado cabe em exclusivo ao Presidente da República, que a exerce nas formas acima indicadas. Contudo, a Constituição obviamente não veda ao Governo, através do Primeiro-Ministro e do Ministro das Relações Exteriores, a participação nessas relações, mas não deixa de exigir o

cumprimento do dever de consulta, de informação sem reservas e de coordenação como o Presidente da República.

Essa participação, em especial do Chefe do Governo, pode ser mais intensa naqueles casos em que, no exercício das competências próprias do Governo, este pode celebrar acordos em forma simplificada.

6. Em nossa opinião, com respeito pelas competências específicas constitucionalmente atribuídas a cada um desses órgãos no domínio da política externa, no quadro de um esforço conjunto para o consenso sobre o *modus operandi* dessa política, tendo em conta a interpretação literal das normas constitucionais que consagram os poderes do Presidente da República e do Governo na área da política externa e que regulam a representação do Estado e a posição que aqui defendemos, é possível propor um modelo de repartição dessa representação entre esses dois órgãos de soberania, que implica sempre um diálogo político dirigido à obtenção de consenso.

Nesse modelo, para além das visitas oficiais dos titulares desses órgãos de soberania, nas relações internacionais bi ou multilaterais, a representação do Estado cabo-verdiano deverá ser feita pelo:

1. Presidente da República nas reuniões entre Chefes de Estado e em reuniões ou outros eventos:

- a) Em que participem outros Chefes de Estado, nessa qualidade ou, como acontece nos sistemas presidencialistas, simultaneamente, nessa qualidade e na de chefe do executivo, desde que nessas reuniões se discutam matérias de política geral e matérias que, na nossa Constituição, sejam da competência absoluta ou relativamente reservada da Assembleia Nacional.
- b) De Chefes de Estado e de Governo, como acontece, por vezes, nas reuniões de certas organizações internacionais regionais.
- c) De Organizações Internacionais de que Cabo Verde seja membro e em que participem os Chefes dos demais Estados membros, independentemente das matérias aí discutidas, como por exemplo as da Nações Unidas e as da União Africana.
- d) Nas demais eventos internacionais em que se discutam questões políticas, e naquelas outras em que, por consenso com o

Governo, se entenda ser de interesse nacional a participação do Presidente da República.

Obviamente que nesses eventos o Presidente da República deve ser sempre acompanhado do Ministro das Relações Exteriores ou de membro do Governo que, por consenso, entre o Presidente e o Governo, se entenda dever acompanhá-lo.

2. Chefe do Governo, nas reuniões de natureza estritamente inter-governamentais, e nas reuniões ou outros eventos internacionais em que os demais Estados qualquer que seja o sistema de governo, sejam representados pelos Chefes de Governo e se destinem a:

- a) Tratar de assuntos da competência constitucional do Governo ou da Administração.
- b) Trata de assuntos de natureza técnico-administrativas – como por exemplo, saúde, transportes, alfândegas, circulação de pessoas e de mercadorias, educação, ciência e tecnologia, etc.
- c) Negociar e ajustar acordos em forma simplificada sobre matérias da exclusiva competência do Governo ou negociar e ajustar Tratados solenes sobre matérias que sejam da competência de outros órgãos de soberania.

Pode ainda o Chefe de Governo, sem carácter representativo, participar juntamente com o Presidente da República, em eventos internacionais de Chefes de Estado e de Governo, como acontece por vezes nas reuniões de certas organizações internacionais, ou por consenso com o Presidente, substituir este sempre que esteja impedido.

3. Em caso de dúvida sobre a natureza e os objectivos do evento internacional, deve o Presidente da República e o Governo consensualizarem a representação externa, com respeito pela proeminência constitucional atribuída ao Presidente da República nessa matéria.

3.3. Política de Defesa

1. No que se refere à política da defesa damos aqui por reproduzido as considerações gerais sobre essa política que fizemos acima, realçando que o Presidente da República está constitucionalmente investido num conjunto articulado de importantes poderes reais que não apenas honorífico ou formal, como, por exemplo, a competência para nomear e exonerar as Chefias militares

Como Presidente da República é, por inerência, Comandante Supremo das Forças Armadas – artigo 124.º n.º 2 – o que lhe confere, nos termos do artigo 124.º, n.º 2 a competência para exercer essas funções de Comando Supremo. Ainda nessa qualidade de Presidente da República e de Comandante Supremos das Forças Armadas preside ao Conselho Superior de Defesa Nacional – alínea c) do n.º 1 do artigo 134.º e n.º 2 do artigo 248.º.

Todas estas competências envolvem poderes efectivos que o Presidente da República exerce, praticando actos próprios, nomeadamente os que têm em vista assegurar a neutralidade política das Forças Armadas, com vista a evitar a sua instrumentalização, político-partidária, o de representar as Forças Armadas, falando em nome delas, o de autorizar (mas já não de decidir) o emprego das Forças Armadas em missões dentro e fora do território nacional, o de convocar o Chefe de Estado-Maior para consulta, o de ser informado sem reservas sobre a política da defesa e da situação das Forças Armadas e o de, nas situações de estado-de-sítio ou de emergência assumir o comando dessas forças. Tem ainda o Presidente da República nessa qualidade e na de Comandante Supremo das Forças Armadas competência para se pronunciar sobre o emprego das Força Amadas no estrangeiro e para acompanhar a acção dessas forças.

É claro que este conjunto de direitos ou de poderes não confere ao Presidente da República o direito de decidir sobre o emprego das Forças Armadas, de assumir as funções técnico-militares de comando das forças, quer em caso de conflito armado, quer em tempo de paz, nas operações regulares dessas forças, competências estas que cabe ao Governo, através do Ministro da Defesa e às Chefias militares. Contudo, no limite, em caso de conflito armado pode o Presidente

dar ordens às Forças Armadas, no exercício da sua competência de Comandante Supremo dessas Forças.

2. Mas, essas competências do Presidente da República como Comandante Supremo das Forças Armadas, apesar de lhe permitir exercer “*indirizzo*” político dessas Forças, “*não pode aniquilar ou neutralizar a competência constitucionalmente reconhecida ao Governo na direcção das FAs, desde a direcção dos serviços e actividades da administração militar até à sua utilização em casos de situação de excepção, bem como a competência de fiscalização e controlo da AR em matéria militar*” defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira¹².

Na verdade, nos termos do artigo 204.º alínea c) cabe em exclusivo ao Governo a direcção dos serviços militares, competindo-lhe ainda pronunciar-se sobre a execução da declaração de estado-de-sítio e de excepção e adoptar as providências que se mostrem adequadas à situação – alínea l) do artigo 202.º . Tudo isto para além da competência conferida ao Governo de definir as linhas gerais da política das Forças Armadas e de, nesse quadro, de decidir a política de emprego das Forças Armadas dentro e fora do território nacional, o que deverá fazer sempre com prévio consentimento do Presidente da República.

Como pode ver-se Presidente da República e Governo têm competências específicas em matéria de defesa, pelo que, no quadro do princípio da lealdade institucional, devem coordenar esforços com vista à consensualizar a política da defesa ou, como dizem os constitucionalistas aqui citados, cabe a ambos “*a tarefa da ‘concordância prática’ entre a função de orientação política atribuída ao PR em matéria de defesa, na qual se inclui a função de alto comando das FAs, materialmente caracterizado e a função de direcção reconhecida ao Governo no âmbito da condução da política geral do país*”¹³.

Nesse domínio, e sem prejuízo dos deveres de cooperação, de informação plena e sem reservas e de consensualização da política de defesa que cabe ao Chefe do Governo nas suas relações políticas com

¹² Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.º vol. 2, p.ª 190/191.

¹³ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit.º, p.ª 191.

o Presidente da República, cabe ao Ministro da Defesa o importante papel de, em representação do Governo, informar regular e completamente e de consultar o Presidente da República sobre todas as questões relacionadas com as Forças Armadas, mas também o de articular as relações políticas entre o Presidente da República e o Governo, de promover a concertação de esforços com vista a consensos sobre a orientação política da defesa e, no quadro dessa política, o emprego das Forças Armadas. Toda esta relação entre Presidente da República e o Governo pode ser também desenvolvida no quadro do Conselho Superior da Defesa Nacional, órgão específico de consulta em matéria de defesa nacional e de Forças Armadas – artigo 248.º.

Mas, a concordância prática entre o Presidente da República e o Governo será mais fácil de se conseguir se for elaborado, por consenso entre estes dois órgãos de soberania e a Assembleia Nacional um conceito estratégico de defesa nacional com base no qual se define a orientação política das Forças Armadas e, com respeito pelas respectivas competências, o papel de cada um desses órgãos na execução dessa política.

Este é o nosso parecer, salvo melhor opinião.

Guimarães, 24 de Fevereiro de 2014

WLADIMIR AUGUSTO CORREIA BRITO

III - ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

ENSINAR, INVESTIGAR E PRATICAR O DIREITO

Colóquio Internacional

LUANDA, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE AGOSTINHO NETO,
AUDITÓRIO MARIA DO CARMO MEDINA

1º DIA – 14 DE AGOSTO DE 2014

9:30 – Cerimónia de Abertura

- *Professor Doutor Orlando da Mata*, Reitor da Universidade Agostinho Neto
- *Professor Doutor Carlos Teixeira*, Decano e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- Bastonário da Ordem dos Advogados
- Presidente do Tribunal Supremo
- Presidente do Tribunal Constitucional
- Ministro da Justiça

10:00 – 1ª sessão: “O Ensino do Direito: da quantidade à qualidade”

- Moderador: *Professor Doutor Carlos Teixeira*, Professor e Decano da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- *Professor Doutor Raul Araújo*, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto e Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional
- *Professor Mestre Adérito Correia*, Professor e Coordenador do Curso de Direito da Universidade Católica de Angola
- *Professor Doutor Carlos Feijó*, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto e Jurisconsulto
- *Professor Mestre Carlos Burity da Silva*, Professor da Universidade Independente de Angola
- Debate

12:30 – Intervalo para almoço

14:30 – 2ª sessão: “As Profissões Forenses: da teoria à prática”

- Moderador: *Dr. Cristiano André*, Presidente do Tribunal Supremo
- *Dr. Hermenegildo Cachimbombo*, Bastonário da Ordem dos Advogados de Angola
- *Dr. Manuel Gonçalves*, Advogado
- *Professor Vasco Grandão Ramos*, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- Debate

17:30 – Lançamento do livro do 35º aniversário da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto e do 30º Aniversário do Curso de Direito da FDUAN

- *Prof.ª Doutora Elisa Rangel Nunes*, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- *Professor Fernando Oliveira*, Antigo Decano e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto

2º DIA – 15 DE AGOSTO DE 2014

10:00 – 3ª sessão: “A Investigação do Direito: da normatividade à interdisciplinaridade”

- Moderador: *Professor Mestre Rui Ferreira*, Presidente do Tribunal Constitucional
- *Professor Doutora Elisa Rangel Nunes*, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- *Professor Doutor Luís Salgado de Matos*, Investigador Principal com agregação do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa
- *Professor Doutor José Otávio Serra Van-Dunem*, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- *Professor Doutor Hermenegildo Avelino*, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- Intervalo

- 15:00 – 4ª sessão: “A Carreira Universitária: da precariedade à estabilidade”**
- Moderador: – *Prof. Doutor Raul Araújo*, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
 - *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Professor Catedrático da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
 - *Professor Doutor Flávio Inocêncio*, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
 - *Professora Sofia Vale*, Professora Auxiliar e Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
 - Debate
- 17:30 – Cerimónia de Encerramento**
- *Professor Doutor Orlando da Mata*, Reitor da Universidade Agostinho Neto
 - *Professor Doutor Carlos Teixeira*, Decano e Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
 - *Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Presidente do IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
 - Prof. Mestre *Rui Ferreira*, Presidente do Tribunal Constitucional
 - Sua Excelência, o Ministro do Ensino Superior

Secretariado: Dr.^a Sheila Frederico

Organização: FDUAN – Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto; IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa; CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade

CURSO DE VERÃO

Direito, Procedimento e Processo Tributário

Módulo I – Dia 14 de Julho

- A Constituição Tributária Cabo-Verdiana – Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia (2 horas)

Módulo II – Dia 14 de Julho

- A relação jurídica tributária – Prof. Doutor André Amaral Ventura (2 horas)

Módulo III – Dia 15 de Julho

- Procedimento Tributário – Prof. Doutor André Amaral Ventura (3 horas)

Módulo IV – Dia 16 de Julho

- O Processo Tributário – Prof. Doutor André Ventura (3 horas)

Módulo V – Dia 17 de Julho

- As Execuções Tributárias – Prof. Doutor André Amaral Ventura (3 horas)

Módulo VI – Dia 18 de Julho

- As Infrações Tributárias – Prof. Doutor André Amaral Ventura (3 horas)

Módulo VII – Dia 21 de Julho

- As informações vinculativas: tentar evitar o confronto processual. Reflexo das garantias dos contribuintes – Prof.^a Doutora Rita Calçada Pires (3 horas)

Módulo VIII – Dia 22 de Julho

- O novo caminho da Arbitragem Fiscal: o outro lado do processo tributário – Prof.^a Doutora Rita Calçada Pires (3 horas)

Módulo IX – Dia 23 de Julho

- Reflexões sobre os problemas contemporâneos do Direito Internacional Fiscal: em especial, a fraude, a evasão e o planeamento fiscal: quo vadis? – Prof.^a Doutora Rita Calçada Pires (3 horas)

Módulo X – Dia 24 de Julho

- Reflexões sobre os problemas contemporâneos do Direito Internacional Fiscal: em especial, a dupla tributação, as práticas fiscais prejudiciais, a harmonização e o comércio eletrónico – Prof.^a Doutora Rita Calçada Pires (3 horas)

Módulo XI – Dia 25 de Julho

- Reflexões sobre os problemas contemporâneos do Direito Internacional Fiscal: em especial, o apoio ao Desenvolvimento pelo Direito Fiscal – Prof.^a Doutora Rita Calçada Pires (3 horas)

CONFERÊNCIA DE ENCERRAMENTO

A Justiça Tributária em Cabo Verde – Dr. Carlos Veiga, Advogado – Ex-Bastonário da Ordem dos Advogados

Organização: IDiLP e ISCJS de Cabo Verde.

III CLBD – CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO

OAB-MINAS, BELO HORIZONTE, 11-12 DE SETEMBRO DE 2014
AUDITÓRIO DA OAB-MINAS, RUA ALBITA N. 250

PROGRAMA

1.º DIA – 11 DE SETEMBRO DE 2014

9:30 – Cerimônia de Abertura

- *Dr. Luís Cláudio Chaves*, Presidente da Ordem dos Advogados de Minas Gerais
- *Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Presidente do IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
- *Prof.ª Doutora Helena Melo*, Professora e Subdiretora da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Prof. Doutor Ronaldo Bretas de Carvalho Dias*, Professor Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
- *Dr.ª Joana Caliço*, Consulesa-Geral de Portugal em Belo Horizonte
- *Dr.ª Dulce Nascimento*, Advogada e Presidente da Câmara de Comércio de Portugal no Brasil – Minas Gerais

10:00 – 1.ª Sessão: “Direito, Crise e Processo”

- *Prof. Doutor Ronaldo Bretas de Carvalho Dias*, Professor Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
- *Prof. Doutor Fernando Horta Tavares*, Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora e Pós-Doutor pela NOVA Direito de Lisboa
- Intervalo

- *Prof. Doutor Carlos Henrique Soares*, Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
- *Prof. Raimundo Cândido Júnior*, Professor de Processo Civil da Universidade FUMEC e Doutorando em Direito pela UFMG
- Debate

12:30/14:30 – Intervalo para almoço

14:30 – 2.ª Sessão: “Direito, Religião e Sociedade”

- *Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Professor Catedrático da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Prof.ª Doutora Fernanda Menezes de Almeida*, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- Intervalo
- *Prof. Doutor Roberto Dias da Silva*, Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Coordenador da Graduação em Direito da Fundação Getúlio Vargas
- *Prof.ª Doutora Cláudia Gonçalves*, Professora da Universidade Federal do Maranhão
- Debate

17:30 – Lançamento do livro AAVV, I CLBD – Congresso Luso-Brasileiro de Direito (org. de Jorge Bacelar Gouveia e Heraldito Silva)

- *Prof.ª Doutora Fernanda Menezes de Almeida*, Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- *Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Professor Catedrático da Nova Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

2.º DIA – 12 DE SETEMBRO DE 2014

10:00 – 3.ª Sessão: “Estado, Globalização e Direitos Humanos”

- *Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares*, Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

- *Prof. Doutor Francisco Pereira Coutinho*, Professor Convidado do Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas da Universidade de Lisboa
- Intervalo
- *Prof. Doutor Gustavo Nassif*, Professor de Ciência Política/Teoria do Estado do Curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em Minas Gerais
- *Prof.^a Doutora Helena Melo*, Subdiretora e Professora da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Debate

12.30/14:30 – Intervalo para almoço

14:30 – 4.^a Sessão: “Direito, Política e Crise”

- *Prof.^a Doutora Fernanda Menezes de Almeida*, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- *Prof. Doutor Rosemiro Pereira Leal*, Professor do Programa Pós-Graduação em Direito PUC Minas
- *Prof.^a Doutora Susana Vieira*, Professora da Universidade de Itáúna
- Intervalo
- *Prof.^a Doutora Ana Prata*, Professora Associada com Agregação da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Prof. Doutor Rosângelo Rodrigues de Miranda*, Promotor de Justiça/MG, Professor da FADIVALE – Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce e Pós-Doutor pela NOVA Direito de Lisboa
- *Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha*, Professor da PUC-Minas de Poços de Caldas
- Debate

17:30 – Cerimônia de Encerramento

- *Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia*, Presidente do IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
- *Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares*, Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

- *Prof.^a Doutora Helena Melo*, Professora e Subdiretora da NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- *Dr.^a Helena Delamônica*, Diretora Secretária-Geral da Ordem dos Advogados de Minas Gerais

Organização: IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa, NOVA Direito – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Minas Gerais, Universidade de Itaúna, CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, Instituto da Associação Mineira de Municípios

Comité Científico: Jorge Bacelar Gouveia, Ronaldo Bretas, Helena Melo, Helena Delamônica

Inscrições: Brasil – www.oabmg.org.br | Portugal – ines.braga@fd.unl.pt

Preço: 50 reais para estudantes; 100 reais para advogados; 150 reais restantes.

Local: Auditório da OAB/Seção de Minas Gerais, Rua Albita n. 250, Belo Horizonte

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o e-mail presidente@idilp.net, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um resumo em português e em inglês, além de cinco palavras-chave, em português e em inglês.

A redação aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respectivas áreas temáticas, a designar pelo Diretor, e sem prévia identificação do autor.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.

- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	” ⁴
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excepcionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excepcionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista do Direito de Língua Portuguesa

Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
E-mail: presidente@idilp.net
Sítio eletrónico: www.idilp.net

REDILP - REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Araújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto);

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof. Doutor Gabriel Tong; Prof.^a Mestra Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof.^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Cláudia Trabuco (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste); Dr. Rui Vaz (Advogado e Assessor do Parlamento Nacional de Timor-Leste)

I – DOUTRINA

Alain Souto Rémy

As ‘autoridades tradicionais’ angolanas

Filomeno Rodrigues

A próxima revisão da Constituição de Moçambique: ampliação das liberdades como factor de desenvolvimento

José Eduardo Sambo

Os Poderes do Ministério Público no Contencioso Administrativo Angolano

Ovídio Pahula

A Desconcentração e a Descentralização em Angola

Paulo Cardinal

Direitos de Utilização das Terras: um breve percurso de Direito Comparado

Rita Castro, Fábio Castro Russo, Paula Duarte Rocha

Os Acordos Parassociais em Moçambique: Análise de algumas questões práticas

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Valerio de Oliveira Mazzuoli, Diego Luis Alonso Massa

Análise da decisão “BG Group plc vs. República Argentina” proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos: todos os caminhos levam a Roma?

III – PARECERES

Wladimir Augusto Correia Brito

Poderes do Presidente da República em sede de Política Externa e de Defesa em Cabo Verde

