

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano VI · Número 11

Janeiro · Junho de 2018



FICHA TÉCNICA

ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, n.º 11

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 (secretariado.idilp@gmail.com)

Periodicidade

Semestral

Indexador:

www.latindex.org (catálogo)

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT
– Fundação para a Ciência e a Tecnologia.

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano VI · Número 11

Janeiro · Junho de 2018

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDiLP
INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOCTRINA

Adalberto Luacuti Direitos Humanos e Protecção dos Direitos da Mulher no Mercado de Trabalho	7
David Marcos B. Pereira Alterações Climáticas e (in)segurança A escassez de água em África e as migrações para a União Europeia e para Portugal.	23
Edson da Graça Francisco Macuácu O Desafio da Reforma da Justiça em Moçambique	75
Hugo Luz dos Santos A Consensualização Processual do Direito da Arbitragem e a Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Âmbito do Direito do Jogo: Subsídios para a Interpretação do Art. 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau	113
Leonardo de Araújo Ferraz Apontamentos para os Tribunais de Contas do Brasil em Perspectiva Comparada: Por uma nova forma de composição à luz dos modelos português, angolano e timorense	135
Walter Gustavo Silva Lemos As diferenças conceituais entre o Viver Bem na obra Dworkin e o Bem Viver no Novo Constitucionalismo Latino-americano.	217

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Programa do 5.º Congresso do Direito de Língua Portuguesa	253
---	-----

I - DOUTRINA

Direitos Humanos e Protecção dos Direitos da Mulher no Mercado de Trabalho¹

Human Rights and Protection of Women in the Job Market

ADALBERTO LUACUTI²

Resumo: A inserção da mulher no mercado de trabalho tem merecido a atenção das instituições internacionais ao fazer constar nas suas Convenções, Deliberações, Resoluções, Planos e Estratégias de catálogo de direitos, liberdades e garantias. Basicamente, são disposições protectivas e recomendatórias aos Estados dimanadas pela ONU e OIT que visam a sua promoção no mercado de trabalho. Como é sabido, nas I e II Guerras Mundiais, os homens engrossaram os exércitos contendedores. Tal situação estimulou as mulheres a ocuparem as vagas de modo a garantir o funcionamento da indústria, agricultura e serviços, atendendo à necessidade de continuidade da actividade das empresas. O presente trabalho trata da evolução dos direitos, liberdades e garantias das mulheres no mercado de trabalho numa perspectiva de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, neste último, descrevendo o modo como o Estado angolano construiu o seu ordenamento jurídico à luz da influência das Convenções e Recomendações da OIT. Concluimos que, do ponto de vista dos Direitos Humanos, a ausência do homem no mercado de trabalho em decorrência da guerra, permitiu a criação de instrumentos jurídicos internacionais visando a consagração de direitos, liberdades e garantias bem como a inserção da mulher no mercado de trabalho. Numa perspectiva de Direitos Fundamentais, concluimos que Angola adoptou as Convenções internacionais como fonte imediata de direito, quer em sede de direito substantivo como adjectivo, faltando uma maior concretização mate-

¹ Relatório do módulo de Direitos Humanos do II Curso de Doutoramento em Direito em Angola pelas Faculdades de Direito das Universidades Agostinho Neto (Angola) e Nova de Lisboa (Portugal). Entregue: 1.7.2018; aprovado; 8.8.2018.

² Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

rial de tais direitos, liberdades e garantias nas camadas menos instruídas da sociedade.

Palavras-chave: *direitos humanos, mulher, Convenções, direitos, liberdades e garantias.*

Abstract: The woman's insert in the job market has been deserving the attention of the international institutions when doing to consist in their Conventions, Deliberations, Resolutions, Plans and Strategies a catalog of rights, freedoms and warranties. Basically, they are disposed protectivas and recommended to the States demanded for UN and OIT that seek his/her promotion in the job market. As it is known, on the I and II World wars, the men thickened the armies contenders. Such situation stimulated the women to occupy the way vacancies to guarantee the operation of the industry, agriculture and services, assisting to the need of the continuity of the activity of the companies. The present work treats of the evolution of the rights, freedoms and the women's warranties in the job market in a perspective of Human Rights and Fundamental Rights, in this last one, describing the way as the Angolan State built his/her juridical ordainment to the light of the influence of the Conventions and Recommendations of OIT. We ended that, by the point of view of the Human Rights, the man's absence in the job market due to the war, allowed the creation of international juridical instruments seeking the consecration of rights, freedoms and warranties as well as the woman's insert in the job market. In a perspective of Fundamental Rights, we ended that Angola adopted the international Conventions as immediate source of right, he/she wants in headquarters of substantive right as adjective, lacking a larger material materialization of such rights, freedoms and warranties in the less well educated layers of the society.

Keywords: *human rights, woman, Conventions, rights, freedoms and warranties.*

Introdução

A evolução do reconhecimento dos direitos, liberdades e garantias das mulheres só muito recentemente conheceu afirmação e consolidação legislativa na sociedade das Nações, com especial destaque para os domínios político e laboral. Está-se a falar de direitos, liberdades e garantias que foram consagrados há menos de 150 anos.

Estão, pois, anotados, nos anais da história, os factos mais relevantes da evolução dos direitos, liberdades e garantias das mulheres, como corolário da luta por si empreendida, visando consagrar, consolidar, alargar e fomentar o princípio da igualdade³ entre homem e mulher no seio da família, da sociedade e do Estado, baseando-se na Constituição e na lei, *lato sensu*, e não mais no costume ou na religião.

A luta começou isoladamente, mas, aos poucos, através de grupos de pressão de matriz feminista começou a ganhar a atenção da Opinião Pública exigindo que os Estados consagrassem nas respectivas legislações os direitos, liberdades e garantias das mulheres ainda que de forma condicionada ou limitada, em vários domínios, sendo de destacar, neste exercício académico de reduzido plano expositivo, os direitos laborais.

Associado aos direitos e liberdades estão as garantias postas à disposição dos empregadores e dos trabalhadores face a conduta dos Estados em sede de incumprimento das Convenções por si ratificadas. Nesta sede, urge, pois, saber como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) sanciona tais Estados.

O presente trabalho trata da evolução dos direitos, liberdades e garantias das mulheres no mercado de trabalho numa perspectiva de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais descrevendo o modo como o Estado angolano construiu o seu ordenamento jurídico à luz da influência das Convenções e Recomendações da OIT.

Capítulo I – Direitos Humanos da Mulher no Mercado de Trabalho

No domínio laboral, a consagração massiva dos direitos, liberdades e garantias das mulheres está a celebrar no ano de 2018, 99 anos. Com efeito, o fim da I Guerra Mundial (1914-1918) apresentou um saldo negativo para a mão-de-obra masculina nos sectores agrícola, industrial e de serviços, pois, a sua grande maioria tinha sido recru-

³ MOREIRA, Vital chama de princípio da paridade. *Vide* MOREIRA, Vital (2005), “Participação Política das Mulheres: Do Sufrágio à Paridade”, *in* Direitos Humanos das Mulheres, pág. 61, Coimbra: Coimbra Editora.

tada para combater na guerra. De tal participação resultou a morte de número significativo de homens.

Face ao reduzido número de homens no mercado de trabalho associada à sua baixa qualificação técnica e experiência profissional, os empregadores viram-se na contingência de recrutar mulheres para suprir a carência de mão-de-obra.

Não é demais notar, igualmente, que em países africanos onde o tráfico de escravos foi massivo, abrangendo, sobretudo, jovens do sexo masculino, as mulheres tiveram de ingressar no mercado de trabalho sem muitos direitos.

Associado àqueles dois factores – guerra e escravatura –, surgiu a Revolução Industrial que trouxe consigo o desenvolvimento do capitalismo, mas o empobrecimento da classe trabalhadora, como as largas horas da jornada laboral, falta de segurança, saúde e higiene no trabalho assim como as baixas remunerações. Nestes cenários, as mulheres auferiam menos que os homens.

Portanto, a guerra, a escravatura e a industrialização são, pois, factores relevantes para o ingresso massivo da mulher no mercado de trabalho.

O fim da I Guerra Mundial coincidiu com a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho⁴ em 1919⁵, como instituição supranacional cujo objecto social versa sobre as condições de trabalho no mercado. A OIT⁶ foi criada pelo Tratado de Versalhes a 28 de Junho de 1919 em cuja Parte XIII se instituiu.

É por via das *Convenções e Recomendações* que a OIT consagra direitos, liberdades e garantias das mulheres como direitos universais no mercado de trabalho que, posteriormente, são adoptados pela

⁴ A OIT tem a sua sede em Genebra, Suíça.

⁵ Sobre os antecedentes da OIT *vide* MELGAR, Alfredo Montoya (2006), *Derecho Del Trabajo*, 17.ª edición, Madrid: Tecnos, pág. 195. São conferências antecedentes e relevantes: Baltimore de 1877; Roubaix de 1884, Paris de 1889, Berlin de 1890, Zurique de 1897 (*donde se plantea la creación de un organismo internacional permanente dedicado a la tarea de unificar las legislaciones laborales de carácter nacional*), Paris de 1900 e Berna de 1905/06 (*se adoptaron acuerdos sobre seguridad en el trabajo e trabajo nocturno de la mujer, y sobre jornadas de mujeres e menores*).

⁶ O Estado angolano foi admitido na OIT em Junho de 1976 por solicitação de 3 de Maio do mesmo ano conforme Anexo I.

DUDH e, a partir daí, transpostas para as Constituições e leis dos Estados membros da ONU – Organização das Nações Unidas^{7/8} de que a OIT é hoje uma das suas Agências especializadas, apesar de ser anterior a ela.

As *Convenções* são tratados internacionais, aprovadas pela Conferência da OIT e destinadas a ratificação dos Estados membros, assegurando a adaptação e conformidade da legislação e da prática nacionais com os respectivos comandos e a aceitação de um controlo internacional.

Por sua vez, as *Recomendações* são tratados aprovados pela Conferência mas não carecem de ratificação. Os Estados membros apenas estão obrigados a submetê-las às autoridades nacionais competentes para as transformar em lei ou para lhes dar aplicação de outra natureza, e a informar periodicamente o Director-Geral da OIT sobre os progressos realizados em conformidade com elas e sobre as dificuldades encontradas.

A diferença entre as *Convenções* e as *Recomendações* reside no seguinte: as primeiras, por meio de ratificação, se destinam a transformar em normas directamente vinculativas na ordem jurídica interna dos respectivos Estados, ao passo que as segundas são (...) directivas ou modelos dirigidos aos Estados membros no domínio da legislação e prática nacionais⁹.

As normas internacionais do trabalho influenciam consideravelmente a legislação, as políticas e as decisões judiciais adoptadas a

⁷ A ONU foi proclamada no dia 10 de Dezembro de 1948, em Filadélfia, nos EUA – Estados Unidos da América, tendo a sua sede no Estado de Nova Iorque. A ONU defende os Direitos Humanos através da sua DUDH. Entretanto, outros exercícios embrionários tiveram lugar ao longo da história da humanidade, permitindo a evolução assinalada com os seguintes documentos: Código de Hamurabi (cerca de 1700 a.C), Édito de Ciro (539 a. C), Os Dez Mandamentos (constante do livro Deuteronomio da Bíblia Judaica), Lei das XII Tábuas (450 a.C), Magna Carta, *Petition of Right* (1628), *Bill of Right* (1689), *Habeas Corpus Act* (1679). Para mais desenvolvimentos *vide* MOCO, Marcolino, págs. 29 e ss.

⁸ O Estado angolano foi admitido na ONU no dia 12 de Dezembro de 1975.

⁹ DA SILVA, José Carlos Bento, QUENTAL, Miguel Pacheco Arruda (2006), *Manual de Formação de Direito do Trabalho*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária, pág. 18.

nível nacional, bem como as disposições das convenções colectivas de trabalho¹⁰.

Na historiografia da OIT, várias são as *Convenções*¹¹ que consagram, em especial, direitos das mulheres no mercado de trabalho, designadamente:

1. Convenção n.º 4 da OIT sobre o trabalho nocturno das mulheres¹²;
2. Convenção n.º 45 da OIT sobre o trabalho subterrâneo das mulheres¹³;
3. Convenção n.º 89 da OIT sobre o trabalho nocturno das mulheres (revista)¹⁴;
4. Convenção n.º 100 da OIT sobre a igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e feminina, em igual valor¹⁵;
5. Convenção n.º 111 da OIT sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão¹⁶;
6. Convenção n.º 138 da OIT sobre a idade mínima¹⁷;
7. Convenção n.º 156 da OIT sobre trabalhadores com responsabilidades familiares¹⁸;

¹⁰ Vide ilo.org (Consultado no dia 09/01/2018).

¹¹ Como se sabe, Portugal colonizou Angola. Por este facto, Portugal ratificou várias Convenções da OIT. Estando Angola independente recorreu ao mecanismo da adesão a tais Convenções. Entretanto, Angola, como país independente, só ratificou as Convenções 138 – sobre a idade mínima para o emprego de 1973 – e 182 – sobre a interdição das piores formas de trabalho das crianças de 1989, ambas ratificadas no dia 13/06/2001.

¹² Convenção adoptada em 1919 e a República de Angola a aderiu no dia 04/06/1976.

¹³ Convenção adoptada em 1935 e a República de Angola a aderiu no dia 04/06/1976.

¹⁴ Convenção adoptada em 1948 e a República de Angola a aderiu no dia 04/06/1976.

¹⁵ Convenção adoptada em Genebra, em 29 de Junho de 1951 e a República de Angola a aderiu no dia 04/06/1976.

¹⁶ Convenção adoptada em Genebra, em 25 de Junho de 1958 e a República de Angola a aderiu no dia 04/06/1978.

¹⁷ Convenção adoptada em 1973 e a República de Angola a ratificou no dia 13/06/2001.

¹⁸ Convenção adoptada em 1981.

8. Convenção n.º 175 da OIT sobre trabalho em tempo parcial¹⁹;
9. Convenção n.º 177 da OIT sobre o trabalho ao domicílio²⁰;
10. Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres da ONU²¹;
11. Protocolo Facultativo à Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres²².

Existe um sistema de protecção dos direitos da mulher no mercado de trabalho estampado em diversos diplomas, mormente, DUDH, CSETFDCM, CADHP^{23/24}, PIDCP, PIDESC e CRA, com base nos seguintes princípios:

- a) Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva (arts. 8.º e 10.º da DUDH, 7.º, n.º 1, al. a) da CADHP, 29.º, 180.º a 197.º da CRA, 1.º do CPC, 55.º e 86.º, n.º 2 da LOOFTC);
- b) Dignidade da pessoa humana (arts. 1 da DUDH, 5.º da CADHP e 1.º da CRA);
- c) Direito a julgamento justo e conforme (arts. 10.º da DUDH, 14.º, n.º 1 do PIDCP, 7.º, n.º 1, al. d) da CADHP e 29.º, n.º 4, 72.º da CRA);

¹⁹ Convenção adoptada em 1994.

²⁰ Convenção adoptada em 1996.

²¹ Convenção adoptada pela Assembleia Geral da ONU aos 18 de Dezembro de 1979 e entrou em vigor aos 3 de Setembro de 1981. Segundo PIMENTEL, Sílvia, *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW 1979 – Apresentação*, pág. 14, são duas as frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca de igualdade de género e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte. (...) A Convenção da Mulher deve ser

²² Protocolo adoptado em 1999.

²³ A Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos foi aprovada a 27 de Julho de 1981. Vide GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013), *Manual de Direito Internacional Público – Uma Perspectiva de Língua Portuguesa*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, pág. 593.

²⁴ MOCO, Marcolino (2010), *Direitos Humanos e Seus Mecanismos de Protecção – As Particularidades do Sistema Africano*, Coimbra: Almedina, pág. 23, considera que a CADHP é a fonte principal do Direito Internacional dos Direitos Humanos no continente.

- d) Direito ao trabalho (arts. 23.º, n.ºs 1 a 3 da DUDH, art. 11.º, n.º 1, al. a) da CSETFDCM, 6.º n.º 1 do PIDESC e 76.º da CRA);
- e) Gratuidade das acções laborais (arts. 29.º, n.º 1, *in fine*, 174.º, n.º 5 da CRA e 9.º da LEOJL);
- f) Igualdade entre homem e mulher (arts. 1.º, 2.º, 7.º e 23.º, n.ºs 1 e 2 da DUDH, art. 11.º, n.º 1, al. b) da CSETFDCM, 2.º, 3.º da CADHP e 21.º, al. h) e k) e 23.º da CRA);
- g) Liberdade sindical (arts. 23.º, n.º 4 da DUDH, 10.º da CADHP, 8.º do PIDESC e 50.º da CRA).
- h) Livre escolha do trabalho (arts. 23.º, n.º 1 da DUDH, art. 11.º, 1.º, al. c) da CSETFDCM e 76.º, n.º 1 e 2, al. b) da CRA)²⁵;
- i) Protecção contra o despedimento (arts. 23.º, n.º 1, *in fine*, da DUDH, art. 11.º, n.º 1, als. e) e f), 11.º, n.º 2, al. a) da CSETFDCM e 76.º, n.º 4 da CRA);
- j) Salário igual por trabalho igual (arts. 23.º, n.º 2, *in fine* da DUDH, art. 11.º, n.º 1, al. d) da CSETFDCM, 15.º da CADHP, 7.º PIDESC e 76.º, n.º 2 da CRA);
- k) Universalidade (arts. 22.º da CRA).

É de assinalar que, por exemplo, o legislador laboral angolano consagrou direitos, liberdades e garantias relativos ao Trabalho da Mulher (arts. 268.º a 280.º), Secção I, Subsecções I e II do Capítulo XI da Lei n.º 2/00, de 11 de Fevereiro – LGT; já revogada. Entretanto, a mesma matéria beneficiou de elevação hierárquica na organização na nova LGT, a Lei n.º 7/15, de 15 de Junho. Assim, o Trabalho da Mulher transita de uma Secção para um capítulo – o Capítulo XI, representando um avanço quanto à protecção dos direitos da mulher no mercado de trabalho (arts. 242.º a 252.º). No essencial, as matérias

²⁵ Durante o período colonial vigorou, em Angola, o Estatuto do Trabalho em Angola que era altamente discriminatório quanto ao acesso da mulher no mercado de trabalho. Com efeito, o art. 32.º do ETA estabelecia que a mulher casada não podia celebrar contrato de trabalho sem autorização expressa do marido. Este diploma vigorou no período de 1963 a 1975, altura em que o novo país independente estabeleceu o princípio da igualdade entre o homem e a mulher no seio da família, da sociedade e do Estado, revogando, ipso facto, tal formulação (art. 18.º da LC 1975).

nela constantes têm por fonte as Convenções da OIT e a CSETFDCM (art. 11.º, n.º 2, als. b), c) e d) e 12.º, n.ºs 1 e 2).

Como nota dominante da evolução histórica da consagração dos direitos humanos das mulheres no mercado de trabalho há a assinalar dois marcos. O primeiro tem que ver com o facto de 1919 a 1975, a OIT ter adoptado a terminologia Protecção dos Direitos das Mulheres; em 1975 ter adoptado uma *Recomendação* que consagra a igualdade de oportunidades entre o homem e a mulher no mercado de trabalho e não mais a protecção. É, pois, nesta senda que a actuação da OIT se tem pautado, nos tempos mais recentes.

Tal significa que as mulheres pugnam por uma efectiva igualdade de direitos no mercado de trabalho, apesar de terem consciência das dificuldades na sua execução.

Capítulo II – Mecanismos de Protecção dos Direitos Humanos das Mulheres no Mercado de Trabalho

Os mecanismos de protecção dos direitos e liberdades das mulheres no mercado de trabalho são encontrados em dois planos. Primeiro, no plano internacional e, segundo, no plano nacional. Portanto, numa perspectiva de Direitos Humanos, por um lado, e de Direitos Fundamentais, por outro lado.

No plano internacional existe a OIT que elabora *Convenções* regulando matérias específicas do mercado de trabalho, normalmente, protegendo, consolidando e ampliando o âmbito de aplicação formal e material de direitos, liberdades e garantias.

Tais *Convenções* são, normalmente, ratificadas pelos Estados membros que, por meio da adopção de normas internacionais no ordenamento jurídico interno, a incorporam no bloco legislativo local.

No plano nacional, os Estados membros, através dos respectivos parlamentos, aprovam leis específicas, mais detalhadas sobre a *Convenção* ratificada.

O legislador constitucional angolano estabeleceu este mecanismo no art. 26.º da CRA, adoptando, por isso, o critério da dupla recepção directa e imediata das normas internacionais no Ordenamento Jurídico

Angolano, adiante, OJA, permitindo, assim, a coexistência de fontes normativas no país.

Quanto aos tipos de mecanismos de protecção dos direitos das mulheres no mercado de trabalho, divisamos dois. O primeiro é preventivo e o segundo é punitivo. Com efeito, no tipo preventivo, o legislador e a Administração Pública colocam à disposição do mercado de trabalho, uma série de informações protectivas da mulher em determinado sector de actividade constantes das Convenções, Constituições e leis.

Numa tal situação, a trabalhadora é informada sobre os seus direitos, liberdades e garantias, tais como livre acesso ao mercado de trabalho, horários, locais da prestação de actividades, protecção na maternidade²⁶, na doença, na velhice, assim como os seus direitos de personalidade e patrimoniais, de entre outros.

Havendo violação dos postulados competentes, a ordem jurídica actua sancionando o infractor, enquanto ente público ou privado, singular ou colectivo, visando, em última instância, proteger a vítima ou colocando-a no *status quo ante*. No caso do mercado de trabalho podemos chamar à colação o caso concreto dos despedimentos ilegais.

Assim, o legislador internacional, na DUDH estabelece no art. 23.º, n.º 1, *in fine*, o direito à protecção contra o despedimento. No plano interno vem se estabelecer que o despedimento sem justa causa é ilegal, estando o empregador obrigado a indemnizar a trabalhadora (art. 76.º, n.º 4 da CRA).

Já no plano infraconstitucional, designadamente, na LGT, o legislador estabeleceu dois tipos de sanções contra o empregador que aplique medidas extintivas de contratos de trabalho de modo ilegal.

²⁶ A Revolução Bolchevique da URSS (Rússia) foi a primeira a introduzir a licença de maternidade, sem perda de salário para as mulheres. Por outro lado, foi a primeira a estabelecer o princípio da igualdade entre homem e mulher no casamento e na vida civil. *Vide* MOREIRA, Vital, *ob.cit.*, pág. 67. O Estado angolano regula a matéria da protecção da maternidade da mulher trabalhadora por meio do Decreto Presidencial n.º 8/11, de 7 de Janeiro – Regime Jurídico das Prestações Familiares – ao estabelecer os regimes da pré-licença de maternidade e a licença de maternidade assim como na LGT arts 246.º a 252.º. A protecção da maternidade pelo regime da pré-licença de maternidade constitui o alargamento dos direitos da mulher trabalhadora, sendo, por isso, uma emanação do princípio da dignidade humana e do direito à vida consagrado nos arts. 1.º da DUDH, 5.º da CADHP, 1.º e 30.º da CRA.

O primeiro é através da declaração de nulidade do despedimento e o segundo é através da declaração da improcedência do despedimento, nos termos dos arts. 208.º e 209.º da LGT.

Em resumo, o tribunal declara a nulidade do despedimento quando o empregador não respete a tramitação processual conducente à formação da decisão sem vícios, ao passo que o mesmo tribunal declara o despedimento improcedente quando inexista nexo de causalidade entre o facto e a medida aplicada. Assim, na nulidade do despedimento, o vício é de forma²⁷, na improcedência do despedimento, o vício é de substância²⁸.

2.1. *Garantias*

No plano internacional, o Estado membro da OIT compromete-se a cumprir o postulado nas *Convenções*. Entretanto, tal nem sempre acontece. Numa tal situação existem dois mecanismos de interpelação da OIT para atender ao clamor da classe trabalhadora, de empregadores ou de determinado país. É assim que se instituiu a queixa²⁹ e a reclamação que têm por fundamento o incumprimento da aplicação das *Convenções*.

Têm legitimidade para accionar a queixa e a reclamação³⁰ na OIT, os países membros, os sindicatos e as associações de empregadores.

²⁷ O ponto essencial da nulidade é a verificação de irregularidades processuais, mormente, a falta de remessa da convocatória ao trabalhador ou comunicação intempestiva, violação de prazos, falta de comunicação da medida disciplinar ao trabalhador, dentre outros (art. 208.º da LGT). Para mais desenvolvimento, *vide* CAPEÇA, Norberto Moisés (2015), *Os Despedimentos à Luz da Nova Lei Geral do Trabalho*, Luanda: edição do autor.

²⁸ O ponto essencial da improcedência é a inexistência de nexo entre a causa e o efeito, mormente, entre o facto e a medida disciplinar aplicada (art. 209.º da LGT).

²⁹ Na OIT existem 3 órgãos competentes para ouvir queixas sobre direitos sindicais, mormente, Comité de Liberdade Sindical, Comissão de Investigação e Conciliação sobre a Liberdade Sindical e o Conselho de Administração. *Vide* disposições adoptadas pelo Conselho de Administração do Secretariado Internacional do Trabalho e do Conselho Económico e Social das Nações Unidas de Janeiro e Fevereiro de 1950; *Vide*, igualmente, Procedimento para o Exame de Queixas Contra Alegadas Violações Sindicais em www.oit.org.br (consultado no dia 08/01/2018).

³⁰ A reclamação é um processo contencioso, segundo a OIT. *Vide* ilo.org (Consultado no dia 09/01/2018).

Para atender a queixa ou a reclamação, o queixoso ou reclamante deve fazer a descrição sucinta do facto constatado em determinado país, juntar provas, evocar a *Convenção* violada e solicitar a providência. Uma vez declarada admissível pela OIT, solicita-se informação ao Estado membro visado e a reclamação é examinada por um Comité tripartido designado pelo Conselho de Administração. A Comissão de Peritos em Aplicação de *Convenções e Recomendações* dá seguimento às conclusões e recomendações dos Comités³¹.

Segundo a OIT, qualquer país membro pode apresentar uma queixa junto do Bureau Internacional do Trabalho contra qualquer outro país membro que, em sua opinião, não tenha assegurado, de forma satisfatória, a aplicação de uma convenção que ambos tenham ratificado. Neste caso, o Conselho de Administração pode criar uma Comissão de Inquérito para analisar a questão e apresentar um relatório sobre o assunto. Este processo pode ser igualmente iniciado oficiosamente pelo próprio Conselho de Administração ou no seguimento de uma queixa apresentada por um delegado à Conferência Internacional do Trabalho. Se necessário, a Comissão de Inquérito formula recomendações sobre as medidas a adoptar. Se os governos não aceitarem estas recomendações, podem submeter o caso ao Tribunal Internacional de Justiça.

Muitas das vezes, a OIT faz deslocar técnicos seus aos países objecto de queixa ou reclamação para, com as autoridades locais, esclarecer o assunto, a que se segue o relatório e as respectivas conclusões e recomendações.

As queixas e reclamações são posteriormente notificadas aos Estados membros assim como publicadas em livro da OIT relativo ao ano em referência.

No plano interno, em caso de violação dos direitos das mulheres no mercado do trabalho, os Estados criaram instituições competentes, em razão da matéria, para dirimir conflitos. Para o efeito, estão institucionalizados órgãos judiciais e extrajudiciais para materializar a protecção dos direitos da mulher, nos termos dos arts. 8.º e 10.º da DUDH, 7.º da CADHP e 29.º da CRA.

³¹ Vide OIT, *Aplicación de las Normas Internacionales de Trabajo* (2010), Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, pág. 7.

Os órgãos judiciais são os tribunais que obedecem à organização hierárquica própria de acordo com a filosofia de cada país. Assim, pode haver jurisdição especializada do trabalho como pode existir uma jurisdição comum, sendo a do Trabalho, uma das suas salas especializadas.

Com efeito, a nível da CPLP³², apenas o Brasil institucionalizou uma jurisdição especializada em matéria trabalhista, começando pela Vara³³, Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho³⁴.

Os demais países da CPLP adoptaram uma jurisdição comum, sendo a do Trabalho, uma das suas áreas especializadas, tal como as do Cível, Família, Crimes Comuns, Aduaneiro, etc. Neste tipo de organização judiciária, existem tribunais de primeira e de segunda instâncias.

Em Angola, o tribunal de primeira instância é o Tribunal de Comarca (abrangendo uma Região Judiciária), ao passo que o tribunal de segunda instância é o Tribunal da Relação que conhece de facto e de direito (Lei n.º 1/16, de 10 de Fevereiro) e o Tribunal Supremo que conhece apenas de direito, nos termos da Lei n.º 2/15, de 1 de Fevereiro – Lei Orgânica sobre a Organização e Funcionamento dos Tribunais de Jurisdição Comum. O Conselho Superior da Magistratura Judicial aprovou no dia 12.12.18 os termos de referência para admissão de 38 Juizes Desembargadores que trabalharão nos Tribunais da Relação de Luanda e de Benguela, sendo os primeiros à luz da nova organização judiciária instituída pela CRA. A abertura do concurso foi publicada no Jornal de Angola no dia 15.12.18³⁵.

Afirmamos *supra* que, em princípio³⁶, a LOOFTJC revogou a LSUJ, pois, na prática, esta última continua em vigor por inexistirem condições materiais para a implementação das Regiões Judiciais e, com elas, as Comarcas. Deste modo, a organização judiciária angolana estabele-

³² Comunidade dos Países de Língua Oficial Portuguesa, fundada a 17 de Julho de 1997 em Lisboa, Portugal e é integrada por Angola, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor Lorosae.

³³ Arts. 116.º da CFB e 644.º da CLT.

³⁴ Art. 111.º – A da CLT.

³⁵ OBS.; Rectificado pelo facto de ter havido evolução sobre a matéria em Angola com a abertura do concurso público para admissão de Juizes Desembargadores do Tribunal da Relação.

³⁶ Sublinhado nosso.

lece que, apesar da sua competência genérica, os conflitos de trabalho devem ser conhecidos em salas especializadas, mormente, nas Salas do Trabalho dos Tribunais Provinciais ou de Cormarca, como tribunais de primeira instância (arts. 55.º da LOOFTJC e 307.º da LGT), assim como na Câmara do Trabalho do Tribunal Supremo, como segunda instância – de recurso (Lei n.º 13/11, de 18 de Março – Lei Orgânica do Tribunal Supremo, Resolução n.º 14/13, de 24 de Abril – Desdobra a Câmara do Trabalho do Tribunal Supremo em 2 Secções e Resolução n.º 14/13, de 24 de Abril e art. 37.º da LOOFTJC), bem como o Tribunal Constitucional (Lei n.º 2/08, de 17 de Junho).

Por sua vez, o Estado angolano instituiu, igualmente, órgãos extrajudiciais competentes para proteger os direitos da mulher no mercado de trabalho, sendo de destacar, a Inspecção Geral do Trabalho (arts. 275.º a 282.º da LGT), o Ministério Público (arts. 283.º a 292.º da LGT e Lei n.º 22/12, de 14 de Agosto – Lei Orgânica da Procuradoria Geral da República e do Ministério Público), a Ordem dos Advogados de Angola (arts. 193.º a 195.º e Lei n.º 1/95, de 6 de Janeiro – Lei da Advocacia e Decreto n.º 28/96, de 13 de Setembro – Esatutos das OAA), Provedoria de Justiça (arts. da CRA) e os Centros de Mediação e Conciliação (Lei n.º Lei n.º 12/16, de 12 de Agosto), públicos ou privados, permitindo, assim, que uma pluralidade de instituições intervenham antes, durante e depois, visando a protecção efectiva da mulher no mercado de trabalho, quer na perspectiva de Direitos Humanos, quer de Direitos Fundamentais.

Conclusões

A evolução da Humanidade nos domínios científico, tecnológico e legislativo tem propiciado a melhoria da qualidade de vida no mundo, sendo esta uma emanção dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais da pessoa humana.

O sistema de protecção dos direitos das mulheres no mercado de trabalho envolve, em primeiro lugar, a existência de um quadro legal estipulando normas protectivas dos direitos das mulheres, em geral, e no mercado de trabalho, em particular, seguidas de órgãos judiciais

e extrajudiciais que apliquem o direito em caso da sua violação por terceiros.

A OIT realiza a justiça laboral numa perspetiva de Direitos Humanos face às violações das Convenções pelos Estados membros cujas recomendações são a si notificadas e publicadas em boletim próprio para conhecimento geral. Se os governos não aceitarem as recomendações da OIT, podem submeter o caso ao TIJ.

Somos, pois a considerar que a organização judiciária angolana está alinhada ao postulado da DUDH que estabelece a plena jurisdição em caso de violação dos direitos da mulher no mercado de trabalho, através dos tribunais de plena jurisdição, nos termos dos arts. 8.º e 10.º da DUDH, art. 2.º, al. c) da CSETFDCM, 7.º da CADHP e 29.º da CRA.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Raul, GOUVEIA, Jorge Bacelar (2014), *Legislação de Direito Constitucional de Angola*, Luanda/Lisboa: FDUAN/IDILP/CEDP.
- DA SILVA, José Carlos Bento, QUENTAL, Miguel PachecoArruda (2006), *Manual de Formação de Direito do Trabalho*, Macau: Centro de Formação Jurídica e Judiciária.
- CAPEÇA, Norberto Moisés (2015), *Os Despedimentos à Luz da Nova Lei Geral do Trabalho*, Luanda: edição do autor.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar (2013), *Manual de Direito Internacional Público – Uma Perspectiva de Língua Portuguesa*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina
- MELGAR, Alfredo Montoya (2006), *Derecho Del Trabajo*, 17.ª edición, Madrid: Tecnos.
- MOCO, Marcolino (2010), *Direitos Humanos e Seus Mecanismos de Protecção – As Particularidades do Sistema Africano*, Coimbra: Almedina.
- MOREIRA, Vital (2005), “Participação Política das Mulheres: Do Sufrágio à Paridade”, in *Direitos Humanos das Mulheres*, Coimbra: Coimbra Editora.
- OIT, *Aplicación de las Normas Internacionales de Trabajo* (2010), Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

OIT, *Aplicación de las Normas Internacionales de Trabajo* (2010), Gêneve: Oficina Internacional del Trabajo.

Artigo

PIMENTEL, Sílvia, *Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher – CEDAW 1979*.

Legislação

Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos

Constituição da República de Angola

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Decreto Presidencial n.º 8/11, de 7 de Janeiro – Regime Jurídico das Prestações Familiares

Lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro – Lei do Sistema Unificado de Justiça

Lei n.º 2/15, de 2 de Fevereiro – Lei Orgânica sobre a Organização e Funcionamento dos Tribunais de Jurisdição Comum

Lei n.º 1/16, de 10 de Fevereiro – Lei Orgânica dos Tribunais da Relação

Lei n.º 13/11, de 18 de Março – Lei Orgânica do Tribunal Supremo

Lei n.º 2/08, de 17 de Junho – Lei Orgânica do Tribunal Supremo

Lei n.º 7/15, de 15 de Junho – Lei Geral do Trabalho

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Económicos Sociais e Culturais

Sites

www.oit.org.br

www.ilo.org

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade,
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Campus* de Campolide,
1099-032 Lisboa, Portugal.

E-mail: presidente@idilp.net

Alterações Climáticas e (in)segurança A escassez de água em África e as migrações para a União Europeia e para Portugal¹

Climate change and (in)security Water scarcity in Africa and migration to the European Union and Portugal

DAVID MARCOS B. PEREIRA²

Resumo: As alterações climáticas e os seus efeitos (negativos) são actualmente uma das grandes preocupações da Humanidade. Neste âmbito, tem grande relevância o aquecimento global e as mudanças registadas no clima global, em geral, e em África, em particular, muito devido à sua elevada vulnerabilidade. Desta forma, a questão da água (disponibilidade e uso) revela-se como crucial para a sobrevivência das populações naquele continente, sendo este um factor que conduz (ainda que não em exclusividade) a movimentos migratórios e estes, não sendo previstos, programados e controlados tendem a ser uma ameaça à segurança interna, tanto da União Europeia como à de Portugal.

Palavras-chave: *África, alterações climáticas, escassez de água, migrações, Portugal, segurança e União Europeia.*

Abstract: Climate change and its (negative) effects are currently one of the major concerns of Mankind. In this context, global warming and the changes in the global climate, in general, and in Africa, more specifically, are highly relevant due to its high vulnerability. This way, the issue of water (availability and use) proves to be crucial for the survival of populations in that continent, which is a factor that leads (although not exclusively) to migratory movements and if these

¹ Entregue: 22.5.2018; aprovado: 30.6.2018.

² Mestre em Direito e Segurança da NOVA Direito.

are not foreseen, planned and controlled may end up to be a threat to internal security, both in the European Union and in Portugal.

Keywords: *Africa, climate change, European Union, migrations, Portugal, security, water scarcity.*

Introdução

Segundo o IPCC³, existem evidências claras que, durante o Século XXI, as alterações climáticas terão impactos significativos para fracções da população mundial ao nível da escassez de água, assim como na redução da quantidade das reservas de água superficial e dos aquíferos. Em termos geográficos, estas previsões tenderão a acontecer em baixas latitudes e ainda com mais preponderância no Continente Africano⁴, em zonas rurais, muito embora os grandes centros urbanos possam também vir a ser afectados por influência de movimentos migratórios de áreas rurais para urbanas⁵.

Com cerca de 30 milhões de quilómetros quadrados, África é o segundo maior Continente da Terra – depois da Ásia –, representando 20% do total da área continental mundial e cuja população ronda os mil milhões (15% do total de habitantes do Planeta) de habitantes, distribuídos por 54 Estados⁶, os quais, na sua grande maioria, fazem parte dos agora designados *países em desenvolvimento*⁷, também em consequência de que se trata de uma região do Planeta bastante vul-

³ Cfr. IPCC (2015), pp. 67-71.

⁴ A água é e será dos problemas críticos de África. Cfr. BATES *et al* (2008), p. 79.

⁵ Sobre as migrações por motivos climáticos ou da ocorrência de catástrofes, nomeadamente as que se dão dentro dos próprios Estados, vide, por exemplo: FLAUTRE, H. *et al* (2013), p. 7 e GEDDES, A. e W. SOMERVILLE (2013), p. 1; KOLMANSKOG (2008), p. 21.

⁶ Cfr. WORLD ATLAS.

⁷ Cfr. UN (2016), pp. 157 e ss.

nerável⁸ às alterações climáticas⁹, ainda que mais numas zonas do que noutras, uma vez que é também um Continente de assimetrias¹⁰, isto apesar de ser uma região onde abundam diversos recursos naturais, nomeadamente terra, água, biodiversidade, minerais, entre outros, embora não estejam ainda devidamente explorados e desenvolvido o potencial que podem trazer para as populações¹¹.

Por tais motivos, há que considerar que, conjuntamente com a subida do nível médio das águas do mar – devido ao aquecimento da superfície do mar e pelo intenso processo de degelo dos glaciares nos pólos e outras zonas geladas do globo – os principais efeitos das mudanças no clima se farão sentir ao nível dos sub-sistemas do ciclo da água, nomeadamente em alterações na evaporação e, conseqüentemente, dos padrões de precipitação¹², sendo que, em África, tal como refere Naik, “a água é uma questão que está relacionada com todos os aspectos do desenvolvimento humano (...), incluindo saúde, agricultura, educação, economia e, mesmo, a paz e estabilidade”¹³.

⁸ Neste sentido, ACCES (2010), p. 18 e IPCC (2014), p. 1205.

A UNISDR (2009) define vulnerabilidade como “as condições determinadas por factores ou processos físicos, sociais, económicos e ambientais, que incrementam a susceptibilidade de uma comunidade ser afectada por perigos” (*hazards*).

Conceitos derivados do de vulnerabilidade e relevantes neste âmbito são os de “vulnerabilidade dos meios de subsistência” e o de “grupos vulneráveis”. Quanto ao primeiro diz respeito à susceptibilidade de uma população poder ficar em perigo ou risco, motivado pela elevada probabilidade dos seus bens e formas de subsistência poderem ser seriamente comprometidos pela ocorrência de um evento extremo ou inesperado, quer seja de origem natural ou humana. Esta vulnerabilidade é mais sentida ao nível familiar e inclui possíveis perdas em bens, bem-estar, rendimentos, etc. Para mais detalhe, *vide*, por exemplo, MADHURI, TEWARI E BHOWMICK (2014). Já o segundo reporta-se a qualquer comunidade ou sector da sociedade que está em (alto) risco de ser sujeito ou ser vítima de práticas discriminatórias, violência, desastres ambientais ou naturais ou exposto a dificuldades económicas, comparando com outros grupos ou Estado. Cfr. IOM (2004), p.70.

⁹ A UNFCCC (1992) define AC's como “uma mudança no clima que é atribuída directa ou indirectamente às actividades humanas que alteram a composição global da atmosfera e que se sobrepõe à variação climática natural que tem sido observada em períodos de tempo comparativos”.

¹⁰ Cfr. ACCES (2009), p. 13.

¹¹ Neste sentido, UNECA (2011), p. 2.

¹² OESTIGAARD (2011), p. 1.

¹³ NAIK (2016), p. 1. Neste sentido também UNECA (2011), p. 2.

Como sabemos, no entanto, não existem efeitos sem causas, e são estas que abordaremos sucintamente – pois não é nosso intuito nem temos a veleidade de as aprofundar – na primeira parte do nosso estudo, sempre tendo como pano de fundo o ponto 2.4.2., “Sea Surface Temperature and Marine Air Temperature” do Relatório do IPCC [WG1AR5, Chapter 2 – no nosso trabalho identificado como HARTMANN *et all* (2013)].

Num segundo momento, ainda dentro da primeira fase do trabalho, verificaremos, também de forma resumida, a relação entre as alterações climáticas e a disponibilidade e uso de água (potável) em África.

Numa segunda parte, focar-nos-emos nonexo de causalidade entre a escassez daquele recurso natural e os fenómenos migratórios e, no seguimento desta questão e num quarto momento, trataremos de verificar quais são os mecanismos que a União Europeia (UE ou União) e Portugal dispõem para o controlo de migrações.

1. A Físico-química das alterações climáticas e a água em África

1.1. A importância dos oceanos para determinação do clima da Terra

A importância dos oceanos¹⁴ na determinação do clima¹⁵ da Terra é integral¹⁶, está bem documentada e é inquestionável, apesar de muitas vezes ser subestimada¹⁷. Ocupando praticamente dois terços da superfície terrestre (por volta de 71%), tendo em média 4000m de profundidade, e constituindo o maior reservatório de água do Planeta

¹⁴ Sobre a formação da composição química dos oceanos, CHAVAGNAC e JEANDEL (2015), pp. 23-26.

¹⁵ Simplificadamente, clima pode definir-se como “o estado de equilíbrio de um sistema de trocas de propriedades termodinâmicas entre diferentes compartimentos [, sendo que] esse equilíbrio não é estacionário nem estável [e] mesmo na ausência de perturbações externas, variações na forma como as diferentes partes trocam informações entre si podem resultar em alterações consideráveis no equilíbrio climático”. CAMPOS (2014), p. 57.

¹⁶ Cfr. UNEP (2009), p. 6.

¹⁷ Cfr. SPEICH *et al* (2015), p. 8.

– com cerca de $1.350 \times 10^{15} \text{m}^3$, contra perto de $33,6 \times 10^{15} \text{m}^3$ na litosfera (águas superficiais e subterrâneas) e $0,0013 \times 10^{15} \text{m}^3$ na atmosfera¹⁸ –, os oceanos são também o seu principal regulador térmico, quer porque são eles que, através da evaporação¹⁹, mais contribuem para o fornecimento de água para a atmosfera, quer devido à sua intervenção no ciclo do carbono.²⁰ Sucintamente, tal como refere PEREIRA, “o oceano funciona como um regulador da temperatura do planeta e fornecedor de humidade, sendo juntamente com a atmosfera, responsável pelas condições climáticas à superfície”²¹.

Devido à grande quantidade de energia que é necessária para aumentar a temperatura (superficial) das águas dos oceanos²², a variação térmica nestes é bastante menor do que na litosfera, o que significa que aqueles aquecem e arrefecem muito mais lentamente do que a superfície dos continentes²³. Mesmo nos trópicos, onde a radiação solar é mais intensa, a temperatura não se altera substancialmente, uma vez que o processo de evaporação retira grande parte dessa energia da superfície oceânica, promovendo o seu arrefecimento e garantindo-se, desta forma, uma baixa amplitude térmica nas mesmas²⁴.

Motivado pelas suas correntes (originadas pelos ventos²⁵, pelo efeito da gravidade, pelas variações de elevação da superfície e ainda

¹⁸ PEIXOTO, JOSÉ e ABRAHAM OORT (1992), p. 271.

¹⁹ Perto de 86% da evaporação tem origem nos oceanos, recebendo estes aproximadamente 78% da precipitação ao nível global. Cfr. CAMPOS (2014), p. 57. A outra fonte é a evapotranspiração que ocorre na litosfera e através da biosfera, sendo que, nesta última, é assumida, em grande parte, pela flora terrestre. Sobre este assunto *vide*: PEIXOTO, JOSÉ e ABRAHAM OORT (1992), pp. 236 e ss.; TARBUK, LUTGENS e TASA (2012), pp. 490 e ss.; BARBOSA (2014), pp. 67 e ss.

²⁰ Cfr. PEREIRA (2001), p. 41.

²¹ *Idem*, p. 42.

²² Quer isto dizer que a quantidade de calor para elevar a temperatura da água 1°C (devido ao seu calor específico) é muito maior do que aquela que é necessária para subir 1°C nos continentes.

²³ Cfr. PEREIRA (2001), p. 42.

²⁴ Cfr. CAMPOS (2014), p. 57.

²⁵ Os ventos (circulação atmosférica) procedem ao transporte do vapor das águas oceânicas para a Zona de Convergência Intertropical, distantes daquelas onde se deu a evaporação, provocando o calor libertado pela condensação grande parte da actividade de circulação atmosférica. Para além deste fenómeno, as diferenças registadas entre a precipitação e a evaporação nas várias latitudes determinam a salinidade da

pelas diferenças de temperatura e salinidade²⁶), à sua capacidade para reter energia e ao contacto com a atmosfera e a litosfera em todas as latitudes do Planeta, os oceanos redistribuem pelas regiões mais a Norte e mais a Sul da Terra o calor que acumulam nas regiões subtropicais, amenizando desta forma as diferenças de temperatura existentes entre o Equador e os pólos²⁷. Como bem identifica CAMPOS, as “propriedades adquiridas em uma determinada região são transportadas horizontal e verticalmente pela circulação oceânica em grande escala, reduzindo as diferenças regionais e contribuindo para atenuar ainda mais os efeitos das alterações na atmosfera”. Deve dizer-se que, caso não existisse esta transferência de energia, as temperaturas registadas nas regiões equatoriais (algumas vezes na ordem dos 50°C) e nos pólos (por exemplo, -80°C no Pólo Sul) tenderiam a ser bem diferentes: mais elevadas no primeiro caso e mais baixas ainda no segundo²⁸.

No entanto, como veremos no ponto seguinte, a estabilidade climática natural promovida, em grande parte, pelas capacidades dos

superfície oceânica. Cfr. CAMPOS (2014), p. 57 e 58. Este autor refere ainda que “o vento é o agente predominante nos primeiros mil metros de profundidade, produzindo correntes com velocidades na ordem de até 1m/s”, denominando-se esse movimento por “circulação forçada do vento”. *Idem* p. 60.

²⁶ Tal como sucede com as correntes atmosféricas, também nos oceanos as correntes mais relevantes para a estabilidade climática são aquelas que transportam calor do Equador para as regiões polares, envolvendo tanto convecções verticais como deslocamentos horizontais. Neste campo, a Corrente do Golfo (equivalente à multiplicação por entre 50 a 70 da soma de todos os caudais dos rios do mundo), no Oceano Atlântico (denominada circulação termohalina) apresenta-se, para a grande maioria dos cientistas, como a principal reguladora do clima na Terra, já que provoca a redistribuição de calor e de salinidade (tanto ao nível da superfície como das camadas mais profundas dos mares), em grande parte devido ao arrefecimento e afundamento, junto ao Pólo Norte, das águas que sobem junto à costa Este do Continente Americano desde as regiões tropicais. Depois de se afundar, esta massa de água segue depois, em profundidade, o percurso inverso, emergindo na região Equatorial. Cfr. PRESS *et al* (2006), p. 589; SPEICH *et al* (2015), p. 9 e PEREIRA (2001), p. 43.

Adita-se ainda que “o aquecimento diferencial da superfície do mar, com temperaturas mais altas nos trópicos e mais baixas nas proximidades dos polos, implica gradientes norte-sul de densidade, com as águas mais leves em baixas latitudes e mais pesadas nas altas”. CAMPOS (2014), p. 60.

²⁷ Cfr. SPEICH *et al* (2015), p. 8.

²⁸ Cfr. CAMPOS (2014), p. 57.

oceanos que sumariamente identificámos, está agora ameaçada devido à acção do homem.

1.2. *O que sabemos sobre o (recente) aquecimento dos oceanos – breve abordagem*

Está comprovado que o exponencial aumento de concentração de gases com efeito estufa na atmosfera está directamente relacionado com as actividades humanas na Terra, especialmente com aquelas que decorreram nos últimos 250 anos – em concreto, desde o início da Revolução Industrial – nomeadamente a desflorestação, as mudanças na utilização dos solos e a extracção e queima de combustíveis fósseis²⁹.

Este incremento das emissões tem vindo a provocar, devido a alterações no denominado efeito estufa³⁰, o aumento da temperatura atmosférica que, por sua vez e devido às trocas entre esta e os oceanos para (re)estabelecimento do equilíbrio energético³¹, tem elevado também a temperatura média destes à superfície³². Em termos de quantidade, refira-se que “a troca de CO₂ através do interface ar-oceano contribui com uma quantidade aproximada de 90 Gt/ano para o fluxo do carbono”, dependendo este processo de “muitos factores, incluindo as temperaturas do ar e do oceano e a composição da água do mar, mas é particularmente sensível à velocidade do vento, que aumenta a transferência de gás por agitar a superfície da água, gerando névoa”³³.

²⁹ Cfr., entre outros: PRESS *et al* (2006), pp. 585 e ss. e 595 e ss.; AUSTRALIAN ACADEMY OF SCIENCE (2010), p. 10; TARBUK, LUTGENS e TASA (2012), pp. 594 e ss.; ARTAXO (2014), pp. 13 e ss.; HARTMANN *et al* (2013), pp. 165 e ss.

³⁰ Sobre o efeito estufa: PRESS *et al* (2006), pp. 490-491; HARTMANN *et al* (2013), pp. 165-175; CAMPOS (2014), pp. 58-59; BARBOSA (2014), pp. 67 e ss.; UNEP (2009), pp. 4-5; TARBUK, LUTGENS e TASA (2012), pp. 477 e ss.

³¹ Sobre o ciclo da energia e sobre a energia disponível na atmosfera e nos oceanos, PEIXOTO, JOSÉ e ABRAHAM OORT (1992), pp. 365 e ss.

³² Praticamente no mesmo sentido e para uma abordagem mais aprofundada, ABRAHAM *et al* (2013), pp. 468-474.

³³ PRESS *et al* (2006), p. 600. Acrescente-se que “a percentagem de emissão de carbono pelos humanos absorvida pelo oceano e pela superfície continental diminuirá à medida que o reservatório se tornar mais saturado, (...) [acreditando-se] também

Quer isto dizer que, apesar da sua grande massa e de todas as suas outras características muito próprias³⁴, os oceanos não permanecem imunes à subida da temperatura (média) atmosférica.

Na verdade, desde meados do século passado a água da superfície oceânica, entre os 0-300m de profundidade, incrementou a sua temperatura na ordem dos 0,3°C³⁵, havendo também registos credíveis que também as camadas mais profundas dos oceanos³⁶ têm acumulado, ao contrário do que se pressupunha, grandes quantidades de calor, algo que parece estar a ter impactos na variabilidade climática, nomeadamente no fenómeno El-Niño-Sul do Oceano Pacífico³⁷, e no aparente abrandamento observado da temperatura atmosférica. Contudo, como o El-Niño influencia grande parte do clima na Terra, também as monções – nomeadamente a da Índia (que se faz sentir também em África) – são afectadas por este fenómeno³⁸.

Segundo alguns autores, a adaptação da camada superior dos oceanos (0-90m de profundidade) à temperatura atmosférica (mais alta) – por influência dos ventos, das correntes e da convectividade – demora cerca de seis anos, enquanto que a homogeneidade total dessa imensa massa de água só será conseguida ao fim de aproximadamente 230 anos³⁹.

Elevando a preocupação da comunidade científica, em geral, e dos especialistas nestas questões, em particular, outras mudanças, não menos graves, estão a ocorrer. A saber: subida do nível médio das águas do mar; acidificação dos oceanos; perda de capacidade de extracção de dióxido de carbono da atmosfera.

que (...) que o incremento do aquecimento estufa esperado a partir do aumento do CO₂ atmosférico diminuirá, posteriormente, a capacidade de os oceanos de absorver as emissões de carbono das actividades humanas [, sendo que] “a magnitude desses efeitos é incerta”. Cfr. PRESS *et al* (2006), p. 601.

³⁴ Segundo PEREIRA, existem registos fiáveis para os últimos 100 anos. (2001), p. 42. Neste sentido: HARTMANN *et al* (2013), pp. 190e ss.; SPEICH *et al* (2015), p. 8.

³⁵ Neste sentido HARTMANN *et al* (2013), p. 192.

³⁶ Sobre o aquecimento do oceano profundo, ABRAHAM *et al* (2013), pp. 474-475.

³⁷ SPEICH *et al* (2015), p. 9.

³⁸ Neste sentido, ROY (2017), p. 2.

³⁹ UNEP (2009), p. 26.

Quanto à primeira acontece tanto devido à expansão da massa oceânica pelo aquecimento a que tem sido sujeita (contribuirá com um aumento de cerca de $1,1 \pm 0,3$ mm), como motivada pela aceleração do degelo e perda de massa (contribuindo com um aumento a rondar os 0,6mm por ano, desde 1990) nas calotes polares (no Ártico e no Antártico), como, por último, derivado do maior escoamento superficial terrestre, sendo que qualquer uma das três tem vindo a sofrer forte influência humana⁴⁰.

Recentes registos, com recurso a observações de satélite, dão conta que, entre 1993 e 2013, a subida das águas do mar foi praticamente linear, com valores a rondarem os $3,2 \pm 0,4$ mm por ano⁴¹, valores que duplicam os verificados durante todo o Século XX e “sugerem uma aceleração da subida dos níveis do mar desde o início dos anos 1990”⁴².

No que concerne à acidificação oceânica⁴³, também designada como “o outro problema do CO₂”⁴⁴, deriva da absorção pelos oceanos – através da sua parcial solubilidade na alcalina da água – de cerca de um quarto do dióxido de carbono produzido e emitido para a atmosfera terrestre, grande parte dele (cerca de 33%) tendo como origem actividades antropogénicas já referidas. Sem a intervenção dos oceanos, o efeito do dióxido de carbono no incremento do efeito estufa e, conseqüentemente, no aumento das temperaturas médias à superfície, seria bastante mais significativo⁴⁵.

⁴⁰ Cfr. UNEP (2009), p. 26 e MEYSSIGNAC e REVERDIN (2015), p. 19.

⁴¹ Para um resumo de várias propostas estritamente numéricas sobre as causas da subida do nível médio das águas do mar, UNEP (2009), p. 27, tabela 3.1.

⁴² Cfr. MEYSSIGNAC e REVERDIN (2015), p. 19. Sobre este assunto, *vide* também: UNEP (2009), pp. 14-23 e 26-27;

O degelo polar tem ainda como consequência a perda significativa da água (não salgada) do Planeta que é essencial para a vida, uma vez que a grande parte desta está armazenada nas calotes polares misturando-se com a água dos oceanos, perdendo as propriedades que tinha. Sobre este assunto: TARBUK, LUTGENS e TASA (2012), pp. 118 e ss. e 159-160; PEIXOTO, JOSÉ e ABRAHAM OORT (1992), p. 17.

⁴³ Para mais desenvolvimentos, UNEP (2009), pp. 28-31.

⁴⁴ Cfr. GATTUSO e HANSSON (2015), p. 27.

Para mais desenvolvimentos sobre o processo de acidificação dos oceanos.

⁴⁵ Cfr. ARTAXO (2014), p. 18 e GATTUSO e HANSSON (2015), p. 27.

Refere ARTAXO que “nos últimos 200 anos, a acidez dos oceanos (medida pela concentração de íon H^+) aumentou cerca de 30%, em média, enquanto que a concentração de carbonatos caiu 16% desde a era pré-industrial”⁴⁶, algo que, para além de outras consequências, tenderá a influenciar a circulação superficial e as trocas oceânicas verticais⁴⁷. De notar também que, segundo alguns estudos e ao contrário do que se pensava até há algum tempo atrás⁴⁸, o aumento da concentração de CO_2 na coluna marítima influencia também os organismos que nele vivem⁴⁹. É desta conclusão que passamos para o terceiro e último item: a perda da capacidade de renovação do oxigénio.

Para além da flora terrestre, determinados microorganismos que vivem à superfície dos oceanos promovem a captação de CO_2 da atmosfera. O fitoplâncton presente na camada superior da massa oceânica usa a luz do sol para realizarem a fotossíntese, absorvendo nutrientes e assim como carbono inorgânico dissolvido na água de forma a gerarem matéria orgânica, designando-se como primária esta produção de base carbónica suportada pela energia solar, sendo, pois, a actividade fotossintética “um mecanismo eficiente para extracção de CO_2 da atmosfera”⁵⁰.

Embora ainda não sejam dados completamente provados, é espetável que exista, devido à sua saturação, um abrandamento na capacidade dos oceanos para absorção da quantidade normal de dióxido de carbono, o que, embora de previsão difícil, poderá afectar o aludido e importante processo de fotossíntese e, logo, também a produção primária⁵¹.

⁴⁶ ARTAXO (2014), p. 18.

⁴⁷ Cfr. UNEP (2009), p. 29.

⁴⁸ GATTUSO e HANSSON (2015), p. 27.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ BOPP *et al* (2015), p. 14.

⁵¹ *Idem*, p. 16. Para mais detalhe, ver este mesmo autor, pp. 13-18.

1.3. Identificação dos principais condicionadores do clima em África

Antes de identificarmos os principais condicionadores do clima em África deve referir-se que, tal como para outros Continentes, mas com maior preponderância em África – em muito devido às suas vulnerabilidades – as “alterações climáticas, combinadas com outras causas globais de mudança, representam uma significativa ameaça”, isto apesar de ser o Continente que menos contribui para a emissão de gases com efeito estufa⁵², com cerca de 4% do total mundial deste tipo de emissões⁵³. A Figura 1⁵⁴ é bem exemplificativa no que concerne, por exemplo, às emissões de CO₂.

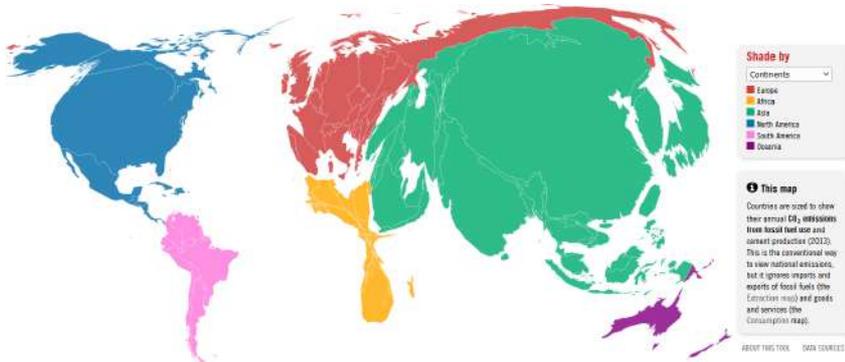


Figura 1 – Emissões de CO₂ por Continente no ano de 2013

Passando então aos condicionadores do clima africano⁵⁵, CONWAY refere que este é modelado, essencialmente e em termos macros, por

⁵² Gases com efeito estufa (GEE) são os “gases constituintes da atmosfera, quer naturais quer antropogénicos, que absorvem e emitem radiação a um específico comprimento de onda dentro do espectro da radiação infravermelha térmica emitida pela superfície da Terra, a própria atmosfera e as nuvens”. IPCC (sd).

⁵³ Cfr. UNECA (2011), p. 2.

⁵⁴ Retirada de THE CARBON MAP (2017). Ajustada pelo autor.

⁵⁵ Sobre a influência da temperatura da superfície do Oceano Índico e o clima no sul de África, LANDMAN e MASON (1999), pp. 1477-1492, especialmente pp. 1481 e ss.

três grandes factores, a saber: convecção tropical, a alternância de monções e a oscilação provocada pelo fenómeno El Niño-Sul do Oceano Pacífico. Destas, segundo o mesmo autor, “as duas primeiras são processos locais que determinam os padrões regionais e sazonais da temperatura e precipitação”. Já a segunda é mais distante na origem, mas exerce uma forte influência em África, ano após ano⁵⁶. O mesmo autor adianta, no entanto, que por serem “fenómenos globais e regionais não é certo que os seus padrões normais sejam alterados pelo aquecimento global, podendo, ainda assim, afirmar-se com bastante confiança que “o aquecimento global – expresso, por exemplo, através da subida do nível das águas do mar e do aumento da temperatura à superfície nos continentes – afecta o seu resultado, aumentando a incidência e severidade das secas, inundações e outros eventos climáticos” que eles produzem⁵⁷.

De seguida, passamos a fazer uma breve referência a cada um dos fenómenos mencionados.

1.3.1. A convecção tropical

Seguindo com CONWAY⁵⁸ e sucintamente, podemos dizer que a convecção tropical⁵⁹ deriva do forte aquecimento solar na região do Equador, o qual origina o aumento da temperatura, ar húmido e pluviosidade intensa. À medida que o ar (quente) sobe na atmosfera, criam-se baixas pressões à superfície, dando então origem ao fenómeno enunciado.

⁵⁶ Cfr. CONWAY (2009), p. 3. Também neste sentido, COLLIER, CONWAY e VENABLES (2008), pp. 340 e ss.

⁵⁷ CONWAY (2009), p. 3.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Para mais desenvolvimentos sobre este assunto, BENNARTZ e SCHROEDER (2012). Estes autores reforçam a ideia de que a convecção tropical é extremamente importante no balanço hidrológico e energético nos trópicos e subtropicais, sendo que, no caso de África está associada à conectividade continental e à ocorrência de tufões, provocando anomalias na precipitação sobre o Sahel. p. 156. Sobre o regime da convecção tropical e a precipitação, WANG (1994). Para uma abordagem ao fenómeno extremo da convecção tropical de 2008-2010, WALISER *et al* (2012).

Ao subir, a massa move-se em direcção aos trópicos (para Norte e para Sul), podendo, em alguns casos, descer nas regiões intertropicais, sob a forma de massa de ar quente e seco. A partir daí, movem-se obliquamente em direcção ao Equador.

Anualmente, a convecção intertropical desloca-se para Norte e para Sul, seguindo a sazonal inclinação do Planeta perante o Sol, dando origem a quatro zonas climáticas distintas⁶⁰, a saber: climas tropicais húmidos, com uma pluviosidade a rondar os 2000mm/m²/ano; climas tropicais, com precipitação entre os 1000-2000mm/m²/ano, que alternam entre Verões húmidos e Invernos bastante curtos e secos; climas semiáridos tropicais, com precipitação entre os 300-800mm/m²/ano, onde predominam as longas estações secas; climas áridos, com registos de pluviosidade inferiores a 250mm/m²/ano, num só período.

Por vezes, podendo variar de ano para ano e não sendo estas zonas climáticas estanques, existem sobreposições, provocadas pelo movimento latitudinal e longitudinal da convecção intertropical. Assim, quando esta se desloca mais para Norte, tende a provocar inundações na região do Sahel, sendo que, quando se dirige para Sul, existem fortes possibilidades de poder originar períodos de seca na África Austral.

1.3.2. *As monções*

Também relacionado com a convecção tropical, menciona CONWAY⁶¹, está a mudança de direcção sazonal dos ventos de monção, que tendem a afectar o Continente Africano. Estes ventos surgem porque o aquecimento e arrefecimento do solo ocorre mais rapidamente do que a água do oceano (mais estável, tal como já supra referido), sendo que a sua mudança de direcção está directamente relacionada com a convecção tropical e com as temperaturas superficiais.

De todas, a monção indiana é aquela que se revela mais extrema, dada a inversão de 180° nos ventos. Assim, na Primavera e no Verão ocorre a monção de sudoeste, na qual o vento de noroeste é mais quente

⁶⁰ Neste sentido, também, BENNARTZ e SCHROEDER (2012), p. 167.

⁶¹ CONWAY (2009), p. 3, pp. 3-4.

sobre a Índia e Paquistão do que sobre o Oceano Índico, dando origem a baixas pressões de ar quente e húmido. Inicialmente o ar desloca-se em direcção a Norte e, num segundo momento, devido à rotação da Terra, são desviados para nordeste, começando depois a subir e a arrefecer, provocando pluviosidade. Já no Inverno ocorre o inverso, isto é, dado o arrefecimento mais rápido da superfície continental, cria-se uma monção de nordeste, que tende a influenciar o clima na costa Este de África.

No que concerne à região oriental do Continente, sofre a influência de uma monção de sudoeste: no Verão, a subida da temperatura no continente provoca um desequilíbrio com o Oceano (mais frio), o ar sobe sobre o Deserto do Saara, esfriando, condicionando o clima a Sul, com uma época de chuva entre Maio e Setembro.

1.3.3. O fenómeno *El Niño-Sul*

Apesar da distância de África a que o fenómeno El-Niño ocorre – no Sul do Oceano Pacífico –, os seus efeitos fazem-se sentir naquele Continente. Este evento, caracteriza-se pela estreita ligação entre aquele oceano e a atmosfera, podendo definir-se como uma oscilação entre duas fases: uma fase fria, designada por La-Niña e uma fase quente o El-Niño.

Refere CONWAY⁶² que usualmente e em condições ‘normais’ a corrente do Peru traz água fresca para o Pacífico Central, a qual, com a força do vento, é empurrada para águas cada vez mais quentes, desde as altas pressões até às baixas pressões junto da Indonésia, o que faz elevar o mar cerca de um metro junto da costa daquele país (e onde a água é mais quente entre 8°-10°C), em comparação com a zona do Equador, tendo como resultado uma intensa precipitação naquela região (Pacífico Este), enquanto que no lado oposto do oceano o clima é normalmente seco.

Quando o padrão é invertido (em cada 3-7 anos), alteram-se substancialmente as temperaturas da superfície do oceano, assim como as

⁶² *Idem*, p. 4.

pressões atmosféricas, dando-se então o fenómeno El-Niño, pelo que a pressão sobe junto à Indonésia e os ventos diminuem ou invertem o seu normal sentido, passando a ser de oeste, originando forte precipitação a Este e secas na Ásia e na Austrália.

Em África o fenómeno El-Niño afecta principalmente o Sahel através de grandes trocas de calor, provocando secas, sendo que, ao invés, La-Niña traz normalmente mais humidade e frio àquela região, especialmente na zona mais a Oeste do Continente.

1.4. A água em África

Para a generalidade da população africana, a água é associada directamente à vida e à subsistência humana de uma forma que, devido às suas particularidades, talvez não aconteça em qualquer outro lugar do mundo, algo que demonstra a elevada importância que as pessoas daquele Continente dão a este recurso natural e, por isso mesmo, existe uma grande preocupação sobre o seu futuro⁶³. Existe um consenso praticamente generalizado que as alterações climáticas terão, quer a curto, quer a longo prazo, uma série de efeitos no que diz respeito à disponibilidade e acesso à água. Na verdade, grande parte dos impactos das AC's – nomeadamente através da mudança do ciclo hidrológico⁶⁴ – em África estarão relacionados com a redução na disponibilidade deste recurso⁶⁵, que é essencial neste Continente para diversos sectores de actividade⁶⁶. É que existem evidências – está historicamente comprovado – que destacam uma ligação forte entre o desenvolvimento económico e os recursos hídricos, em dois sentidos: a água leva ao desenvolvimento e este faz subir também a demanda deste recurso⁶⁷.

⁶³ URAMA e OZOR (2010), p. 1.

⁶⁴ As AC's "afectam directamente o ciclo da água e, devido a isso, a quantidade e qualidade" deste recurso, sendo que o "impacto directo [neste ciclo] (...) pode significar que algumas regiões fiquem secas e se tornem áridas ou semi-áridas ou mesmo desertos". UNESCO (2009), p. 2.

⁶⁵ Cfr. URAMA e OZOR (2010), p. 1 e EVANS (2011), p. 4.

⁶⁶ Cfr. UNECA (2011), p. 7.

⁶⁷ *Idem*, p. 4.

Apesar de ser o segundo Continente mais seco do mundo, a seguir à Austrália, África, vista no seu todo, tem bastantes recursos hídricos, nomeadamente no que diz respeito a águas superficiais⁶⁸, ou seja a rios e lagos. Quanto aos primeiros, das 22 grandes bacias⁶⁹, destacam-se o Nilo, o Volta, o Congo, o Niger, o Zambezi, o Orange e o Okavango. No que concerne aos segundos, dos cerca de 160 existentes com mais de 35km² ⁷⁰, destacam-se o Lago Victoria (segundo maior ao nível mundial), o Lago Chade, o Lago Tanganica, o Lago Turkana e o Lago Niassa⁷¹. Em conjunto, todos os recursos hídricos superficiais africanos disponibilizam cerca de 3950km³ por ano, o que representa perto de 10% da água (doce) disponível no mundo⁷².

No que diz respeito às reservas de águas subterrâneas, nomeadamente aquíferos, o Continente Africano tem grande disponibilidade, possuindo vastos reservatórios deste recurso, que vão desde os 144-350m³, *per capita*, numas zonas aos 2400-9900m³ noutras⁷³.

Apesar desta (aparente) abundância, África tem graves problemas no que toca à disponibilidade e acesso à água, bem como depende quase exclusivamente deste recurso para a subsistência das populações, isto considerando que a agricultura é a actividade económica dominante neste Continente.

Também por estes motivos, alguns estudos dividem a escassez de recursos hídricos em duas vertentes principais: a escassez física e a escassez económica. Esta dicotomia está bem representada na Figura 2⁷⁴, apresentando África três realidades a este nível: uma maioria do território (zona equatorial) sofre de escassez económica, uma parte significativa (junto à costa do Mar Mediterrâneo e na região de Moçambique

⁶⁸ Para uma abordagem aos vários tipos de armazenamentos de águas e propostas para o futuro, *vide*: UNECA (2011), pp. 14 e ss.

⁶⁹ Cfr. HAMEETEMAN (2013), p. 4.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*.

⁷¹ Para abordagens mais detalhadas sobre estes recursos hídricos, *vide*: FERREIRA (2003), pp. 201 e ss.; FERREIRA e GUIMARÃES (2003a), pp. 213 e ss.; FERREIRA e GUIMARÃES (2003b), pp. 221 e ss.; FERREIRA e GUIMARÃES (2003c), pp. 231 e ss.; OESTIGAARD (2011), pp. 2-3; URAMA e OZOR (2010), pp. 18-20; HAMEETEMAN (2013), p. 4.

⁷² Cfr. UNEP (2002), pp. 6-7 e 22-24.

⁷³ Cfr. NAIK (2016), p. 4.

⁷⁴ Retirada de IWMI (2007), p. 11.

e Zimbabué e Zâmbia) sofre de escassez física, e a zona mais a sul do Continente encontra-se em risco de entrar também em escassez física de água. Veja-se que mais nenhum Continente (nem mesmo a Ásia) apresenta uma vulnerabilidade à escassez de água como o Continente Africano, o que demonstra as preocupações existentes em seu torno neste âmbito.

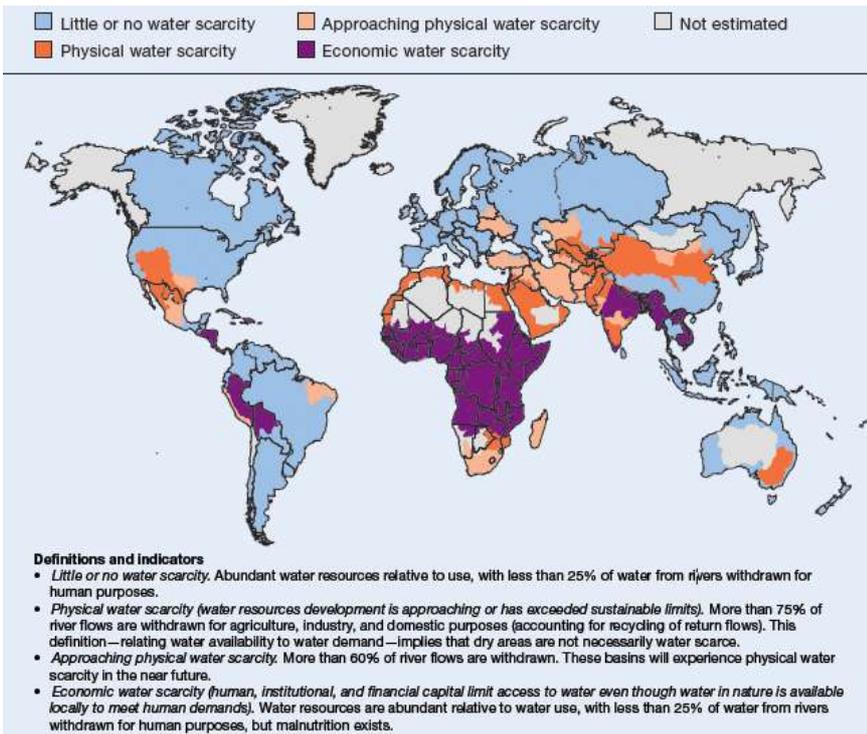


Figura 2 – Escassez de água por motivos físicos ou económicos

Segundo NAIK⁷⁵, “a escassez física aparentemente não existe na maior parte dos países africanos”, existindo “recursos suficientes quer superficiais quer subterrâneos”, pelo que, mesmo relacionando a sua

⁷⁵ NAIK (2016), p. 5.

população com a disponibilidade do recurso⁷⁶, esta questão não se mostra preocupante. Quanto à escassez económica, diz que se deve essencialmente ao rápido crescimento da população do Continente que duplicará até ao ano de 2050.

1.4.1. Questões de disponibilidade e de acesso

HAMMETEMAN⁷⁷ refere que a escassez de água se manifesta quando estão disponíveis menos de 1000m³ de água (doce) por pessoa e que existe pouca abundância se essa disponibilidade é inferior a 1700m³. A mesma autora aponta para que, em África, sejam 14 os Estados que já experienciam uma destas condições e outros 11 estarão expostos à segunda até 2025, limitando a actividade agrícola e o acesso doméstico à água.

Também segundo o IPCC, aproximadamente 69% da população africana vive com água suficiente e 25% sofre de escassez deste recurso, no entanto, esta realidade não contempla outros factores como a potabilidade e a acessibilidade à mesma⁷⁸.

Apesar da aparente abundância, no que concerne ao acesso, a questão essencial coloca-se sobre se a água é limpa e apropriada para os diversos tipos de consumo e, ainda, se é devidamente provida⁷⁹. É que a sua escassez tem impactos graves nas populações, “tais como na saúde, agricultura, educação, produtividade e desenvolvimento, e mesmo em termos de resolução de conflitos”⁸⁰.

A Figura 3⁸¹ representa, em termos mundiais, por país e em percentagem, os níveis de acesso a água potável. Note-se que África é o Continente onde as populações demonstram mais dificuldade em aceder a água para consumo, com inúmeros países a não ultrapassarem

⁷⁶ Segundo este mesmo autor (*ibidem*), África tem cerca de 15% da população e 10% dos recursos hídricos ao nível mundial.

⁷⁷ Cfr. HAMEETEMAN (2013), p. 5.

⁷⁸ IPCC (2014), p. 80.

⁷⁹ Neste sentido, Naik (2016), p. 5.

⁸⁰ *Idem*, p. 4.

⁸¹ Retirada de GLOBAL WATER INSTITUTE (2010).

os 55% de acessibilidade e com as comunidades de muito poucos a terem um acesso superior a 85%. Paralelamente, é bem perceptível a dicotomia dentro do próprio território continental, com os Estados da região central (equatorial) a estarem mais carenciados do que os restantes.

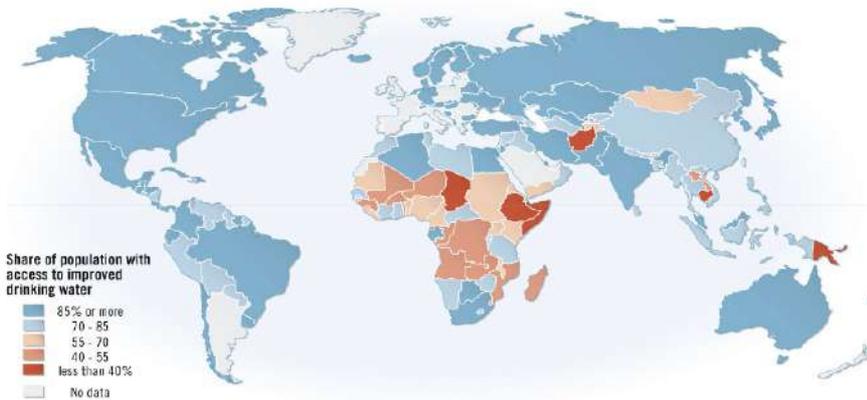


Figura 3 – Percentagem da população, por país, com acesso a água para consumo (2010)

Quanto ao acesso a água (potável) nos países sub-saarianos pode observar-se através da Figura 4⁸². Veja-se que nessa região do Continente a disparidade é enorme, com muitos dos países mais a norte e no centro (excepto Moçambique e Madagáscar, que já ficam a sul) a apresentarem um acesso inferior a 70%, (representados a azul) – alguns mesmo menos de 50%, (representados a vermelho) – contrastando com a relativa facilidade de acesso dos países mais a sul (representados a verde).

⁸² Retirada de *idem*.

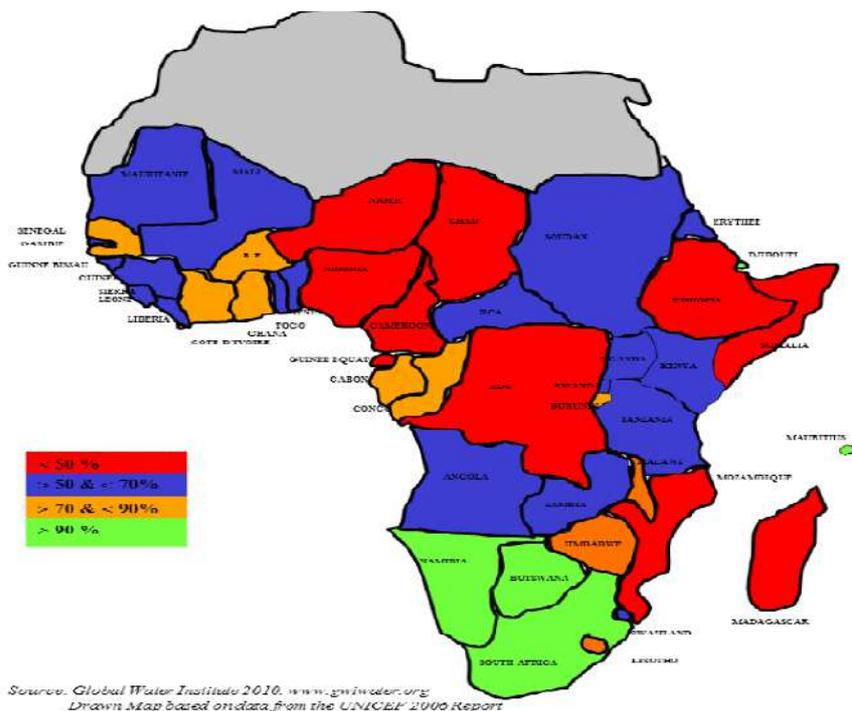


Figura 4 – Percentagem da população, por país da região sub-saariana, com acesso a água potável (2010)

1.4.2. Questão do uso

Em termos de uso da água, para além daquele que esta directamente relacionado com o consumo humano – nomeadamente em termos de qualidade e quantidade disponível para esta vertente – e com a saúde das populações⁸³, a água está intimamente ligada à agricultura que é uma das principais fontes de rendimentos dos países africanos. Segundo o IPCC, estima-se que esta actividade do sector primário contribua, em

⁸³ Por exemplo, ausência de água potável está directamente relacionada com o aparecimento e proliferação de casos de malária e cólera. Neste sentido, IPCC (2014), pp. 80-81.

média, para 21% (entre um mínimo de 10 e um máximo de 70%) do seu produto interno bruto, sendo que perto de 85% da água disponível em África é usada para fins agrícolas⁸⁴. Na verdade, para além disso, os produtos agrícolas ou pecuários estão na base da alimentação⁸⁵ de grande parte da população do Continente, pelo que, qualquer alteração significativa na disponibilidade e acesso de água para este efeito terá graves consequências para as pessoas, nomeadamente também em termos de saúde⁸⁶.

Ainda relacionado com a saúde e bem-estar, refira-se que, tal como nos restantes países do mundo, a água é essencial em África por questões sanitárias. Nos países em desenvolvimento, 80% das doenças devem-se ao consumo de água imprópria para tal e a condições sanitárias inadequadas, com 90% das descargas (esgotos) a serem efectuadas sem qualquer tratamento prévio. Na África sub-saariana (na maioria dos países), menos de 50% da população dispõe de fornecimento adequado de água e de um sistema apropriado de esgotos, sendo que, diariamente, naquele Continente, morrem cerca de 650 pessoas por dia – na maioria, crianças com menos de 5 anos – só devido a diarreia⁸⁷.

Além destes, a água tem ainda outra importante utilidade no Continente Africano: a produção de energia. Segundo o IPCC⁸⁸, o fornecimento de electricidade deriva na sua grande maioria de produção hidroeléctrica, isto ainda que a maioria da energia utilizada neste Continente derive da queima de madeira e sempre tendo em conta que só 51% da população urbana e por volta de 8% da rural tem acesso a energia eléctrica.

⁸⁴ UNECA (2011), p. 10.

⁸⁵ Sobre a questão da alimentação, ACCES (2010), pp. 18 e ss.; USAID (2014), p. 6.

⁸⁶ Cfr. IPCC (2014), p. 81.

⁸⁷ Cfr. HAMEETEMAN (2013), p. 6.

⁸⁸ Cfr. IPCC (2014), p. 80.

2. A matemática da segurança: mais alterações climáticas, menos água, mais migrações?

2.1. A escassez de água como causa de fluxos migratórios

A maioria dos autores refere que não está bem definido o nexo de causalidade entre as alterações climáticas e as migrações⁸⁹, uma vez que é difícil autonomizar as causas que levam aos movimentos migratórios⁹⁰. Ainda assim, por exemplo, é muito provável que um dos impactos das AC's se faça sentir, também como consequência de secas duradouras, significativamente através da redução da água para consumo humano, o que exporá milhões de pessoas à escassez deste bem essencial à vida⁹¹, colocando-se, então, a hipótese de migrar.

Na figura 5⁹² podem observar-se os diferentes factores que podem influenciar as migrações, nos níveis macro (ambientais, económicos, políticos, demográficos, sociais e económicos), médio (obstáculos ou facilidades/aptidões) e micro (características pessoais e familiares).

⁸⁹ Vários estudos apontam para uma mudança significativa nos padrões da migração internacional, diversificando-se essencialmente a partir das últimas décadas do Século XX, ao contrário do que sucedia anteriormente em que os fluxos tinham, na sua grande maioria, os mesmos países de origem e destino, muito devido a influências culturais. Cfr. IOM (sd), pp.3-4; ANGELUCCI, P. e M. ANDRADE (2015), p. 308.

Existem vários tipos de migrações, a saber: internas (dentro do próprio país e normalmente para as urbes) e externas (se entre diferentes Estados); temporárias ou definitivas; voluntárias ou forçadas; rápidas ou lentas. Sobre esta matéria, por exemplo: FLAUTRE, H. *et al* (2013), p. 7; GEDDES, A. e W. SOMERVILLE (2013), p. 1; HENRIQUES, A.B.M. (2016), pp. 33 e ss; MARTIN, S. (2013), p. 3; PINHEIRO, G. e M. TAVARES (2015), pp. 291-292.

⁹⁰ Entre outros, BOANO, C., R. ZETTER e T. MORRIS (2008), pp. 9-10; GEDDES, A. e W. SOMERVILLE (2013); NICHOLSON, C. (2011), pp. 13-14 [neste estudo, contudo, são identificadas relações bem estabelecidas entre AC's, catástrofes e migrações com origem nas mesmas (pp. 13-19)]; GMDAC (2015), p. 1.

No entanto, MBAYE e ZIMMERMANN afirmam que a relação entre desastres ambientais e migrações é possivelmente um dos maiores desafios que as futuras gerações terão de enfrentar. (2015), p. 2.

⁹¹ Entre outros, PARRY, M., J. LOWE e C. HANSON (2009); IPCC (2015), pp. 65.

⁹² Retirado de THE GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE (2011), p. 12.

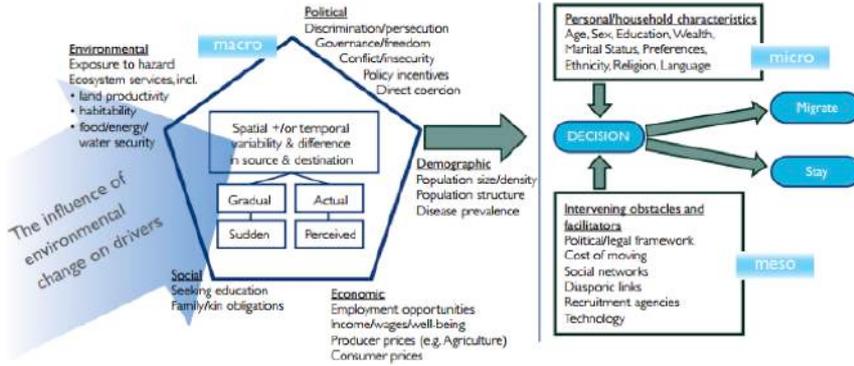


Figura 5 – Factores que podem influenciar as migrações

Segundo MARTIN⁹³, serão essencialmente quatro os fenómenos com origem nas alterações ambientais que, *de per se* ou em combinação com outros factores, poderão influenciar as migrações, a saber:

- O aumento dos períodos de longas secas, em resultado da alteração dos padrões do tempo, afectará o acesso à água, assim como terá impactos negativos na sustentabilidade familiar, nomeadamente nos meios de subsistência, tais como na agricultura, nas actividades florestais e na pesca. Neste caso, os movimentos migratórios dar-se-ão em resposta à falta de produção agrícola e ao desemprego de longa duração;
- A subida do nível médio das águas do mar, maioritariamente originada pelo degelo dos glaciares nos pólos, que provocará inundações e alagamentos em algumas áreas costeiras, tornando-as inabitáveis. Paralelamente, algumas ilhas (e Estados), cuja altitude é mínima, poderão, a médio prazo, ficar submersas, o que implicará que se tenham de realojar definitivamente populações e comunidades inteiras;

⁹³ Cfr. MARTIN, S. (2013), p. 3. Esta perspectiva é acompanhada também pelo IPCC (2015), pp. 49 e ss; ZETTER, R. (2015), p. 6; OFFICE OF THE DIRECTOR OF NATIONAL INTELLIGENCE (2016), pp. 5 e 6.

- c) A ocorrência, com maior frequência, maior severidade e perigosidade, de fenómenos atmosféricos, nomeadamente tornados e tufões, os quais tendem a provocar danos substanciais e mesmo a destruição de infra-estruturas e nas formas de subsistência das populações e fazendo com que estas tenham de ser realojadas temporária ou definitivamente;
- d) A competição por recursos naturais – que se tornam escassos também em resultado da desertificação⁹⁴ de grandes áreas de território, impossibilitando a agricultura e a pecuária, e ainda devido à acidificação dos oceanos que altera os ecossistemas marinhos⁹⁵ – aumenta a probabilidade de conflitos, originando movimentos migratórios.

Também KOLMANNSSKOG⁹⁶ evidencia que alguns fenómenos ambientais são propícios a desencadear migrações, destacando: a) os desastres naturais e repentinos; b) a degradação ambiental gradual e desastres lentos, como a subida do nível médio das águas do mar; c) conflitos ambientais; d) desastres ambientais na consequência de conflitos ou da utilização de determinadas armas nos mesmos; e) conservação ambiental (perda de biodiversidade); f) desenvolvimento de projectos que provocam alterações ambientais (como a construção de barragens); g) acidentes industriais de grande envergadura, como Bhopal e Chernobyl.

A UNHCR identifica, como factores que podem levar a migrações, os desastres hidro-meteorológicos, a degradação ambiental e os desastres graduais (redução de água disponível, desertificação, inundações recorrentes, salinização de zonas costeiras), assim como a submersão de pequenas ilhas e a ocorrência de conflitos devido à diminuição de recursos (água, terra e alimentos)⁹⁷. Em qualquer dos casos apresen-

⁹⁴ Pode definir-se ‘desertificação’ como sendo a degradação da terra de tal forma que se torna impossível ou muito difícil recuperá-la. Neste sentido, FLINTAN (2001).

⁹⁵ IPCC (2015), p. 67.

⁹⁶ KOLMANNSSKOG (2008), p. 8.

⁹⁷ UNHCR (2009), p. 4.

tados, a vulnerabilidade⁹⁸ e a resiliência⁹⁹ dos Estados, populações, comunidades ou sectores destas são sempre factores preponderantes no que concerne à decisão de migrar ou não, uma vez que, no caso do primeiro, releva para a determinação as repercussões, mais ou menos gravosas, que um determinado evento possa vir a ter. No segundo, porque determina a capacidade que os afectados têm para recuperar de uma situação de crise.

De notar que, da análise da literatura sobre estes assuntos, parecem existir duas abordagens distintas sobre a influência e relação entre alterações climáticas e movimentos migratórios: uma primeira, indirecta, que indica que as AC's originam conflitos¹⁰⁰ e estes promovem migrações; uma segunda, em que as migrações surgem causadas directamente pelas alterações e depois despoletam conflitos¹⁰¹.

⁹⁸ Cfr. *Ibidem*.

A UNISDR (2009) define vulnerabilidade como “as condições determinadas por factores ou processos físicos, sociais, económicos e ambientais, que incrementam a susceptibilidade de uma comunidade ser afectada por perigos” (*hazards*).

Conceitos derivados do de vulnerabilidade e relevantes neste âmbito são os de “vulnerabilidade dos meios de subsistência” e o de “grupos vulneráveis”. Quanto ao primeiro diz respeito à suscetibilidade de uma população poder ficar em perigo ou risco, motivado pela elevada probabilidade dos seus bens e formas de subsistência poderem ser seriamente comprometidos pela ocorrência de um evento extremo ou inesperado, quer seja de origem natural ou humana. Esta vulnerabilidade é mais sentida ao nível familiar e inclui possíveis perdas em bens, bem-estar, rendimentos, etc. Para mais detalhe, *vide*, por exemplo, MADHURI, TEWARI E BHOWMICK (2014). Já o segundo reporta-se a qualquer comunidade ou sector da sociedade que está em (alto) risco de ser sujeito ou ser vítima de práticas discriminatórias, violência, desastres ambientais ou naturais ou exposto a dificuldades económicas, comparando com outros grupos ou Estado. Cfr. IOM (2004), p.70.

⁹⁹ Resiliência pode definir-se como sendo a “capacidade de um sistema, comunidade ou sociedade potencialmente exposta a perigos para se adaptar, resistindo e mudando com a finalidade de atingir e manter um nível aceitável de funcionamento e estruturação”. Cfr. INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION – ISDR (2004), tradução livre.

¹⁰⁰ Note-se que estes conflitos não são violentos, normalmente apenas tomam essas proporções se os Estados, organizações internacionais e demais actores não tiveram capacidade para as evitar. KOLMANNSSKOG (2008), p 18.

Sobre conflitos ambientais, MESTRE (2006), pp. 34 e ss.

¹⁰¹ Cfr. *Ibidem*.

A Figura 6¹⁰² representa as regiões do globo onde existem na actualidade problemas graves relacionados com a escassez de recursos por motivos climáticos e ainda as zonas onde as migrações mais se fazem sentir devido a essas condicionantes e a conflitos também com elas relacionados.

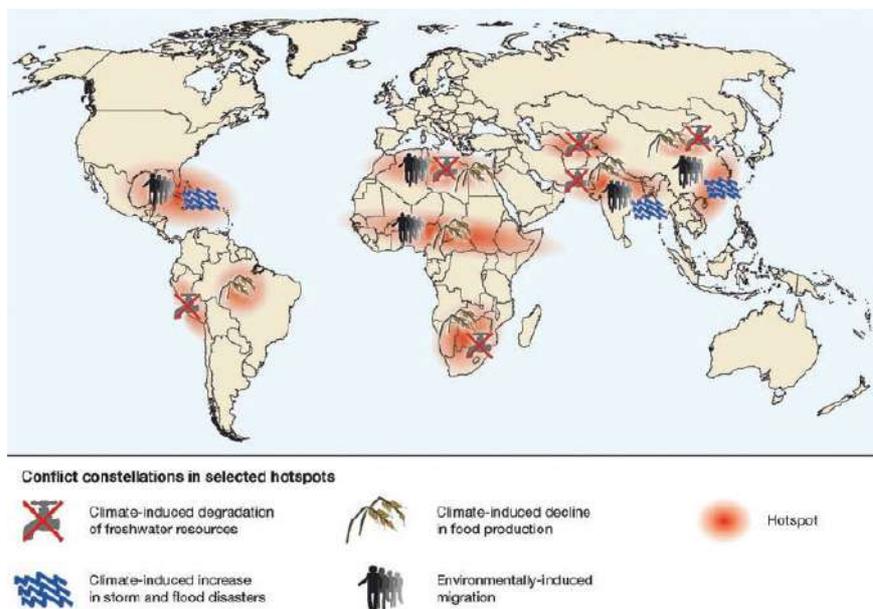


Figura 6 – Pontos-quentes de conflitos e migrações por escassez de água, tempestades ou inundações

Repare-se que as regiões de escassez de água assinaladas na Figura 2 coincidem também com as zonas de risco de conflitos identificadas na Figura 3 e que, no que ao que diz respeito a Portugal e à Europa, algumas delas estão relativamente próximas, se observadas as mais recentes rotas migratórias, como observaremos adiante no nosso estudo.

¹⁰² Retirada de GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE (2008), p. 4.

2.2. Migrações para a Europa e para Portugal: controlo das fronteiras e segurança

As migrações, especialmente as internacionais e ilegais, afectam negativamente a segurança¹⁰³ dos países e regiões de destino das mesmas, nomeadamente no que diz respeito a questões de tranquilidade e ordem pública e no que concerne à criminalidade¹⁰⁴. Além disso, as dificuldades legais e de enquadramento não ajudam à construção de uma efectiva protecção para os migrantes ambientais¹⁰⁵, nem permite uma verdadeira adaptação dos Estados (de destino) a esta relativamente recente realidade¹⁰⁶. A título de exemplo, vejam-se as dificuldades que a comunidade internacional teve para reagir e adaptar-se convenientemente à crise dos refugiados sírios, especialmente no ano de 2015¹⁰⁷.

Por este motivo, consciente desta problemática e ainda que não tendo em conta especificamente as migrações por motivos ambientais¹⁰⁸, a União Europeia¹⁰⁹ desenvolveu políticas que resultaram, por um lado, em regras comuns sobre política de asilo, vistos¹¹⁰, estadias de curta duração, e, por outro lado, na criação de instituições e o desenvolvimento e implementação de mecanismos que permitiram um maior e mais efectivo controlo das suas fronteiras. Estes mecanismos,

¹⁰³ As AC's interagem com factores de ordem sócio-económica e com problemas políticos, o que exponencia quatro elementos-chave de risco: instabilidade política, debilidade económica, insegurança alimentar e *migrações em grande escala*. BRAUCH (2008), p. 23 (itálico nosso). Para mais desenvolvimentos sobre esta relação: DOKOS *et al* (2008), pp. 62 e ss.; NICHOLSON, C. (2011), pp. 9 e ss.

Para uma perspectiva da relevância da segurança ao nível nacional e na UE, *vide* RIBEIRO (2014), pp. 183-197.

¹⁰⁴ Cfr. PEREIRA, J., X. MINILLO e N. COSTA (2013), pp. 182-193;

¹⁰⁵ Como complemento do já referido, veja-se Āurková, Gromilova, Kiss e Plaku (2012), pp. 9 e ss.

¹⁰⁶ Os estudos apontam que os países menos afectados pelas AC's serão aqueles que tendencialmente serão destino das migrações e, entre estes, os pertencentes à OCDE. Por todos, BROWN (2008), especialmente pp. 26-28.

¹⁰⁷ Sobre este assunto, por exemplo, OSTRAND (2015), pp. 255-279 e THE SOUFAN CENTER (2017), especialmente pp. 22 e ss.

¹⁰⁸ Cfr. GEDDES, A. e W. SOMERVILLE (2013), p. 3 e ss.

¹⁰⁹ Sobre a segurança da UE a este nível: VELASCO (2014), pp. 71 e ss.; NICOLAU (2015), pp. 40 e ss.; Castro (2015), pp. 371 e ss.

¹¹⁰ Sobre este assunto, resumidamente, COMISSÃO EUROPEIA (2014a), pp. 8-9.

embora não perfeitos, têm-se mostrado imprescindíveis para fazer face às migrações ilegais, à prevenção e reacção à criminalidade transnacional e organizada, nomeadamente no que diz respeito aos tráficos de seres humanos¹¹¹, de armas, de droga e de espécies protegidas, branqueamento de capitais, fraude e contrafacção¹¹².

Ao nível nacional, para além da adopção das directrizes da União e da existência de instituições comunitárias que integram portuguesas, o Sistema de Segurança Interna, através das Forças e Serviços de Segurança (FSS), desenvolve, como resumidamente veremos, missões diárias no controlo dos fluxos migratórios, de imigrantes – nomeadamente nos ilegais –, assim como da criminalidade com eles associados. E não poderia ser diferente, uma vez que, por exemplo, os estudos apontam para que Portugal seja um país de trânsito e destino, no que concerne ao tráfico de seres humanos de vítimas originárias de África (maioritariamente), da América Latina, da Europa de Leste e, de forma crescente, da Ásia^{113 114}. Além disso, qualquer imigrante (ilegal) que consiga entrar no Espaço Schengen tem depois a possibilidade de viajar entre os países onde este Acordo vigora sem nunca ser (formalmente) fiscalizado, salvo se for controlado nas acções aleatórias levadas a cabo pelas polícias.

2.2.1. A União Europeia e o Espaço Schengen

Decorrente daquilo que já acontecia em termos da livre circulação de mercadorias na União Europeia (na altura Comunidade Económica Europeia)¹¹⁵ e depois de avanços e recuos, foi também posta em prática a livre circulação de pessoas¹¹⁶. Assim, o Espaço Schengen foi

¹¹¹ Sobre imigração ilegal e tráfico de seres humanos em Portugal no contexto da UE, *vide* TOMÉ (2014).

¹¹² Cfr. COMISSÃO EUROPEIA (2016), pp. 8 e ss.

¹¹³ Cfr. NEVES e PEDRA (2012), pp. 45 e ss.

¹¹⁴ Para uma abordagem ao tráfico de mulheres para fins sexuais, com especial foco na realidade portuguesa, *vide* SANTOS, GOMES, DUARTE E BAGANHA (2009), especialmente pp. 17-326.

¹¹⁵ Sobre este assunto, Gorjão-Henriques, M. (2010), pp. 537-601.

¹¹⁶ Para mais desenvolvimentos, *Idem*, pp 583 e ss.

implementado em 1991, através da assinatura do Acordo de Adesão à Convenção de Aplicação do Acordo Schengen¹¹⁷, sendo que, no dia 26 de Março de 1995 foram abolidas as fronteiras (internas) entre os Estados signatários, contando, actualmente, com 26 países aderentes (ver Figura 7¹¹⁸) e tendo mais de 50.000km de fronteiras externas, das quais cerca de 80% são marítimas e 20% são terrestres.



Figura 7 – Espaço Schengen

¹¹⁷ O processo, no entanto, iniciou-se em 1985. O Acordo foi sendo aprofundado através da implementação das medidas previstas no designado “Acervo Schengen”, o qual é formado pela Convenção de Aplicação, pelas Decisões adoptadas pelo Conselho da EU e pelos Protocolos de Adesão.

¹¹⁸ Retirado de COMISSÃO EUROPEIA (2014b), p. 2.

Este Acordo prevê a livre circulação de cidadãos europeus (perto de 500 milhões) entre os Estados aderentes, assim como de todos os nacionais de Estados terceiros que se encontrem legais neste Espaço.

Este direito de circulação e abolição de fronteiras internas¹¹⁹ exigiu e exige, no entanto, um maior controlo das fronteiras externas, tendo, para tal, sido criada a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional das Fronteiras Externas (FRONTEX)¹²⁰, o Sistema de Informações Schengen (SIS II)¹²¹, assim como o Sistema Europeu de Vigilância de Fronteira (EUROSUR)¹²².

Para fazer face aos crescentes problemas da massificação imigração (ilegal) sentidos na UE, está em fase de implementação, desde o ano passado, a Agência Europeia de Fronteiras e Costeira, a qual, ancorada na FRONTEX, tem como missão “acompanhar de perto as fronteiras externas da UE e colaborar com os Estados-Membros para identificar e resolver rapidamente potenciais ameaças para a segurança”¹²³. Note-se que, segundo a FRONTEX¹²⁴, apesar do fluxo de migrantes ilegais para o Espaço Schengen ter diminuído de 1.822.177, em 2015, para 511.371, em 2016, este valor é ainda considerado muito alto, o que faz com que a Agência mantenha a sua actividade de vigilância, nas principais rotas migratórias que se identificam através da Figura 8¹²⁵.

¹¹⁹ Não se quer com isto dizer, muito pelo contrário, que os Estados não efectuem, em todo o seu território, acções de controlo de pessoas e aduaneiro, nomeadamente através de fiscalizações rodoviárias e operações de combate à criminalidade organizada, entre outras.

¹²⁰ Regulamento (CE) n.º 2007/2004, de 26/10/2004, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 863/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11/07/2007, prevendo-se a criação de equipas de intervenção imediata nas fronteiras. Foi ainda alterado pelo Regulamento (EU) n.º 1168/2011, de 25/10/2011, do Parlamento Europeu e do Conselho.

¹²¹ Aplicação informática de segunda geração que “permite às autoridades aceder e trocar mais eficazmente certos tipos de alertas e informações sobre pessoas e objectos (pessoas desaparecidas, veículos e armas de fogo, documentos de identidade roubados ou perdidos)”. Tem ainda capacidade para inserção e consultas de dados biométricos. Cfr. COMISSÃO EUROPEIA (2014c), p. 5.

¹²² Entrou em funcionamento em 02/12/2013.

¹²³ COMISSÃO EUROPEIA (2016). *Vide* também COMISSÃO EUROPEIA (2014c).

¹²⁴ FRONTEX (2017), p. 16.

¹²⁵ Retirada de *idem*, p. 18.

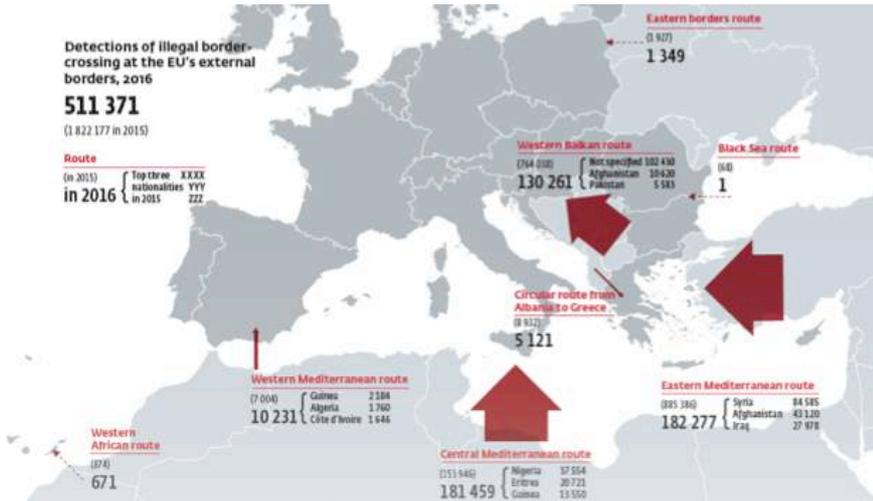


Figura 8 – Fluxos migratórios para a Europa (2015-2016)

Veja-se ainda que, no ano transacto, a Rota Mediterrânica Central constituiu-se como a segunda com maior fluxo, logo atrás da Mediterrânica Este, mas, se somados os valores das rotas cuja origem é o Continente Africano, é desta região do globo que provieram mais emigrantes ilegais para a Europa, algo a que não será alheio o descrito no final do *supra* ponto 2.1., apesar de, segundo alguns autores, ser improvável que as migrações para a Europa tenham as alterações ambientais como origem única do fenómeno¹²⁶. Os elevados números

¹²⁶ GEDDES, A. e W. SOMERVILLE (2013), p. 1. Estes autores acrescentam que as AC's tendem a afectar negativamente os meios de subsistência das pessoas, causando pobreza, o que implicará também uma dificuldade em realizar migrações por falta de recursos económicos. Não concordamos em grande parte com esta afirmação e bastará dar o conhecido exemplo dos fluxos migratórios providos, em condições degradantes e desumanas, da Síria (de 2014 até hoje) para perceber que não são necessários grandes recursos para que as pessoas optem por migrar. Bastará, isso sim, existirem condições extremas que as levem a abandonar os seus territórios de origem, algo que as AC's podem propiciar, como vimos [neste sentido, GBAGUIDI (2014), pp. 33 e ss.] Na verdade, analisando-se as causas da recente guerra civil naquele país, verifica-se que os conflitos motivados pela escassez de água para consumo humano foram um factor preponderante. Sobre este assunto, por exemplo, GLEICK (2014), pp. 331-340.

de migrantes que tentaram entrar na Europa em 2015 pela Rota Mediterrânica estão essencialmente relacionados com conflitos no Médio Oriente, nomeada e principalmente na Síria.

2.2.2. *Segurança interna e Lei de Segurança Interna*

Apesar da terminologia (designação) *segurança interna*¹²⁷, não nos podemos limitar a analisar o conceito tendo somente como referência o território do Estado¹²⁸. Motivada pelas alterações políticas, pelo fenómeno da globalização, entre outros, para a abordagem da questão da segurança (interna) devem considerar-se também os contextos regionais e internacionais, pois são muitos e diversos os factores que a podem influenciar, quer positiva, quer negativamente¹²⁹.

De acordo com CUSSON e DUPOND, a segurança interna é “a actividade desenvolvida pelos profissionais de primeira linha com vista à protecção dos seus concidadãos contra os perigos associados à vida em sociedade”¹³⁰, definição que nos parece curta dado não englobar os perigos e riscos causados pela própria natureza (ambientais ou outros).

A definição legal de segurança interna vem prevista no n.º 1 do artigo 1.º da Lei de Segurança Interna (LSI), , sendo “a actividade desenvolvida pelo Estado para garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das

¹²⁷ O “termo *segurança interna* terá sido, uma das primeiras vezes, utilizado, em 1977, no Conselho da Europa pelos representantes espanhóis e turcos”. HERMENEGILDO (2006), p. 30. Esta ideia é reforçada por DIAS, quando afirma que o conceito é “relativamente recente, quer na legislação quer na jurisprudência quer na doutrina”. (2005) p. 23.

¹²⁸ Segundo VALENTE, devemos “consciencializarmo-nos de que a Segurança Interna hoje não é uma questão do soberano isolado, de um só Estado, antes uma realidade de vários Estados Fronteira”, (2005a), p. 12.

¹²⁹ Quanto ao modo como os diversos actores interagem no ambiente global, FRIEDMAN (2000), pp. 27 e ss. e 179 e ss. Quanto ao fenómeno da globalização da segurança, FERNANDES (2005a), pp. 123 e ss. Para uma sintética percepção dos motivos que levaram à mudança do paradigma da segurança (interna), MATOS (2008), pp. 493-498.

¹³⁰ AAVV (2007), p. 29, tradução livre.

instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática”¹³¹.

Segundo MÁRIO DIAS, esta definição abrange conceitos tradicionais como os de “ordem pública, segurança pública, tranquilidade pública, segurança interior do Estado, prevenção da criminalidade, protecção das pessoas, etc..., unificando-os sob uma nova concepção filosófica, política e funcional”¹³².

Acompanhando o mesmo autor, a actividade de segurança interna fará parte das funções prioritárias, inalienáveis e indelegáveis do Estado, no âmbito dos seus poderes de soberania e de autoridade¹³³, sendo exercida, genericamente, pelos órgãos do Sistema de Segurança Interna¹³⁴ e, especificamente, pelas FSS – organismos públicos, exclusivamente ao serviço do povo português, e são rigorosamente apartidários¹³⁵ – elencados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 25.º da LSI¹³⁶ e que são a Guarda Nacional Republicana (GNR), a Polícia de Segurança Pública (PSP), a Polícia Judiciária (PJ), o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), o Sistema de Informações de Segurança (SIS) e os órgãos da Autoridade Marítima Nacional (AMN), bem como do Sistema da Autoridade Aeronáutica, exercendo, estes dois últimos, funções de segurança, nos casos e nos termos previstos na respectiva legislação [cfr. alíneas a) e b) do n.º 3].

¹³¹ Apesar desta previsão, a ‘segurança interna’ não está contida na Constituição da República Portuguesa (CRP) – pelo menos directamente – como tarefa fundamental do Estado. No entanto, o seu – alíneas a), b), d), e) e g) – mostra-nos, pensamos que de forma inequívoca, que é sua incumbência a promoção de uma ‘segurança interna’ amplamente entendida.

¹³² DIAS (2005), p. 24.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Cfr. artigos 11.º e ss. da LSI.

Para uma crítica à composição fixa do Conselho Superior de Segurança Interna, *vide* PEREIRA (2014), pp. 38-40.

¹³⁵ Cfr. n.º 1 do artigo 25.º da LSI.

Para um maior aprofundamento sobre o regime das FSS, SILVÉRIO (2014), pp. 199-230.

¹³⁶ A que o legislador constitucional atribuiu a designação de *polícia*, cfr. artigo 272.º da CRP.

A sua acção desenvolve-se nos domínios das informações (de segurança interna), da prevenção criminal, da ordem pública e da investigação criminal¹³⁷, respeitando os limites impostos pela Constituição (cfr. n.ºs 1 e 2 do artigo 18.^{º138}, n.ºs 1 e 2 do artigo 266.^{º139} e n.ºs 2 e 3 do artigo 272.^{º140}) e pela LSI (cfr. n.º 2 do artigo 1.^{º141} e n.ºs 1 e 2 do artigo 2.^{º142}).

De notar que, intimamente ligado com a crescente necessidade de cimentar e aprofundar a cooperação internacional – e, sem dúvida, também com as questões da imigração ilegal – o legislador, através do Decreto-Lei n.º 49/2017, de 24 de Maio, aditou à LSI o artigo 23.º-A, o qual institui o “Ponto Único de Contacto para a Cooperação Policial Internacional”, que tem, entre outras e resumidamente, competências na área da cooperação judicial internacional, da partilha de informações e da coordenação da representação externa.

Quanto às medidas previstas na Lei de Segurança Interna, “destinam-se, em especial, a proteger a vida e a integridade das pessoas, a paz pública e a ordem democrática, designadamente contra o terrorismo, a criminalidade violenta ou altamente organizada, a sabotagem e a espionagem, a prevenir e reagir a acidentes graves ou catástrofes, a defender o ambiente e a preservar a saúde pública” (n.º 3 do artigo 1.º).

¹³⁷ Neste sentido, FERNANDES (2005b), pp. 33-43 e DIAS (2005), p. 27.

¹³⁸ O princípio da proporcionalidade, *lato sensu*, engloba os subprincípios da necessidade ou exigibilidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* ou da razoabilidade. Quanto a este assunto, *vide* VALENTE (2005b) pp. 91-98.

¹³⁹ Princípios do interesse público, da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

¹⁴⁰ Nomeadamente quanto à necessidade de aplicação de medidas de polícia e no que toca ao respeito pelos Direitos, Liberdades e Garantias dos cidadãos. Note-se que as medidas de polícia são as previstas na LSI (artigos 28.º e ss.). Até entrada em vigor da actual LSI e das actuais leis orgânicas das FSS (nomeadamente da GNR e da PSP), as medidas de polícia constavam também das até então chamadas leis orgânicas e de funcionamento das FSS. Para uma distinção entre medidas de polícia e medidas cautelares e de polícia, BAGINA (2009), pp. 243-261.

¹⁴¹ Subordinação à CRP, às leis penais e processuais penais, à Lei Quadro de Política Criminal e leis orgânicas das FSS.

¹⁴² Conformação com os princípios do Estado de Direito democrático, com os Direitos Liberdades e Garantias dos cidadãos e com as leis de polícia, bem como exigências de necessidade, adequação e proporcionalidade na aplicação das medidas de polícia.

De notar que a inclusão e submissão da protecção civil aos desígnios da segurança interna – conforme parte final da norma enunciada – apenas se concretizou com a publicação da actual LSI, algo a que não será alheia a crescente preocupação mundial com as questões ambientais.

DIAS sintetiza os objectivos da LSI em três tópicos: a protecção da vida e integridade física das pessoas, a garantia da paz pública (incluindo, acrescentamos nós, a manutenção e, quando necessário, a reposição da ordem pública^{143 144}) e a defesa da legalidade democrática¹⁴⁵.

Desta forma, à segurança interna, através essencialmente dos organismos que identificaremos de seguida e das medidas previstas na LSI, incumbirão missões – administrativas ou de âmbito operacional – directamente relacionadas com os controlos dos imigrantes e, em geral, dos fluxos migratórios que pretendam aceder (como destino final ou *apenas* em trânsito) ao território nacional, considerando que a inexistência de actuação a este nível seria não só uma vulnerabilidade para o próprio Estado mas também para a UE e, com relevância acrescida, para os países aderentes do Espaço Schengen.

Como que a evidenciar estes últimos aspectos, a actual LSI prevê também, no n.º 2 do artigo 4.º que “no quadro dos compromissos internacionais e das normas aplicáveis do direito internacional, as forças e os serviços de segurança podem actuar fora do espaço referido no número anterior, em cooperação com organismos e serviços de Estados estrangeiros ou com organizações internacionais de que Portugal faça parte, tendo em vista, em especial, o aprofundamento do espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia”.

¹⁴³ CLEMENTE afirma que, “por norma, o legislador português expressa o conceito de ordem pública em sentido restrito, evocando a manutenção da ordem na via pública, em vez de considerar o conceito de ordem pública em sentido abrangente, traduzindo no conjunto das missões policiais de cariz preventivo dos actos anti-sociais. Por isso, a ordem pública e a segurança públicas aparecem a par nalguns diplomas legais”. (2009), p. 91.

¹⁴⁴ Sobre as restrições de direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição, mais particularmente sobre a ordem pública ou a cláusula geral de polícia, NOVAIS (2010), pp. 475-487.

¹⁴⁵ DIAS (2005) p. 24. Ainda sobre a temática das restrições não previstas pelas Constituições, em âmbito que não só o nacional, ALEXY (1993), pp. 282 e ss.

2.2.3. As forças e serviços de segurança no controlo das migrações

Do referido, em Portugal, são essencialmente quatro os organismos¹⁴⁶ que detêm atribuições no controlo e segurança – *stricto e lato sensu* – das fronteiras e das migrações, a saber: Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Autoridade Marítima Nacional, Guarda Nacional Republicana e Polícia de Segurança Pública. São as principais missões destes organismos neste âmbito que, sumariamente, passaremos a identificar de seguida.

No que se refere ao primeiro, é um serviço de segurança com implantação nacional e, decorrente Lei Orgânica (LO) do SEF, constitui-se como a autoridade nacional a quem compete “controlar a circulação de pessoas nas fronteiras, a permanência e atividades de estrangeiros em território nacional, bem como estudar, promover, coordenar e executar as medidas e ações relacionadas com aquelas atividades e com os movimentos migratórios”¹⁴⁷.

Genérica e resumidamente, o SEF tem, entre outras, as seguintes atribuições¹⁴⁸: emissão de pareceres para emissão de vistos consulares; concessão, em território nacional, de vistos, prorrogações de permanência, autorizações de residência, bem como documentos de viagem; proceder à instauração, instrução e decisão de processos de expulsão administrativa de estrangeiros de território nacional; decidir sobre a aceitação da análise de pedidos de asilo; emitir pareceres sobre a concessão de nacionalidade portuguesa¹⁴⁹.

Nestes termos, muito embora também desenvolvam alguma atividade de índole operacional, será nas questões administrativas (licenciamentos e autorizações) que a intervenção do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras mais releva nesta matéria.

Quanto à AMN, de acordo com o estabelecido no n.º 1 do artigo 2.º da LOAMN, conjugado com o disposto nos artigos 13.º e 15.º

¹⁴⁶ Deixamos propositadamente de fora a Polícia Judiciária por – apesar de a sua actuação resultar também em prevenção geral e especial – deter atribuições especialmente reactivas, no âmbito da investigação de crimes de maior complexidade.

¹⁴⁷ Cfr. artigo 1.º da LOSEF.

¹⁴⁸ Para uma visão alargada sobre a actuação do SEF em 2016, *vide* SEF (2017).

¹⁴⁹ Cfr. alíneas h) i), l) e o) do n.º 1 do artigo 2.º da LOSEF.

do mesmo diploma, tem, através dos Capitães de Portos e da Polícia Marítima, na sua área de jurisdição (leia-se portos marítimos), como atribuições no âmbito da segurança interna, entre outras, a coordenação e materialização dos policiamentos e das medidas de segurança consideradas adequadas, assim como, através do mesmo órgão e organismo, todas as competências que a Lei de Segurança Interna lhe confira. Desta forma, o controlo das migrações (especialmente, dizemos nós, as ilegais) são, nesta área territorial específica, missões, *lato senso*, desta Autoridade.

No que concerne à GNR, é uma força de segurança de natureza militar, uniformizada e única para todo o território continental¹⁵⁰, estando-lhe, no que concerne às migrações, também atribuída a participação “no controlo da entrada e saída de pessoas e bens no território nacional”, bem como a segurança a infra-estruturas aeroportuárias da sua área de responsabilidade¹⁵¹.

A este nível, são também atribuições da GNR o “assegurar, no âmbito da sua missão própria, a vigilância, patrulhamento e intercepção terrestre e marítima, em toda a costa e mar territorial do continente e das Regiões Autónomas”, assim como “prevenir e investigar as infracções tributárias, fiscais e aduaneiras, bem como fiscalizar e controlar a circulação de mercadorias sujeitas à acção tributária, fiscal ou aduaneira”, podendo, para tal, “controlar e fiscalizar (...) embarcações, seus passageiros e carga”¹⁵².

Desta forma, a intervenção da GNR, também considerando a sua área geográfica de actuação, terá mais acuidade nas áreas de fronteira terrestre e ainda, em determinadas circunstâncias, na costa do continente e dos arquipélagos dos Açores e Madeira, assim como no curso dos rios cuja responsabilidade territorial pela patrulha e vigilância não está incumbida à Polícia Marítima.

Não menos importante, como se referiu *supra* (final do ponto 3.1.), é a possibilidade de a GNR realizar, na sua área geográfica de implan-

¹⁵⁰ Cfr. artigo 1.º da LOGNR. Nos Arquipélagos dos Açores e Madeira apenas tem atribuições ao nível da sua Brigada Fiscal, não detendo, portanto, competências territoriais de segurança.

¹⁵¹ Cfr. alíneas h) e j) do n.º 1 do artigo 3.º da LOGNR.

¹⁵² Cfr. alíneas c), d) e e) do n.º 2 do artigo 3.º da LOGNR.

tação, acções de controlo aleatórias, quer no âmbito da fiscalização rodoviária, quer em outras fiscalizações de âmbito administrativo ou de prevenção e combate à criminalidade.

Por último, a Polícia de Segurança Pública é uma força de segurança de natureza civil, uniformizada e armada, única para todo o território nacional¹⁵³, com jurisdição em todas as capitais de distrito (grandes urbes), nomeadamente nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, assim como nas restantes maiores cidades do país¹⁵⁴.

Para além de outras atribuições¹⁵⁵, no que concerne às questões do controlo e segurança em torno dos fluxos migratórios, compete-lhe “participar no controlo da entrada e saída de pessoas e bens no território nacional” tendo a seu cargo a segurança de todas as grandes infra-estruturas aeroportuárias do continente e ilhas¹⁵⁶.

Este último ponto é especialmente relevante, se considerarmos que, segundo os dados mais recentes, os aeroportos internacionais têm sido as principais entradas de estrangeiros no país¹⁵⁷. A este nível, a PSP tem ainda outra grande responsabilidade, uma vez que tem como atribuição específica o controlo (licenciamento, fiscalização e organização de processos por contra-ordenação) da segurança privada¹⁵⁸, sendo que a sua actividade nos aeroportos (e também nos portos) é, como se sabe, essencial, especialmente no que concerne ao rastreio de pessoas e seus bens (bagagens e afins).

Ao mesmo tempo, e com a maior acuidade por ter sob a sua responsabilidade a segurança das principais urbes e áreas metropolitanas nacionais – cuja população fixa (residente) e flutuante (composta

¹⁵³ Cfr. artigos 1.º, 2.º da LOPSP.

¹⁵⁴ Através de Comandos Regionais (Açores e Madeira), Comandos Metropolitanos (Lisboa e Porto) e Comandos Distritais (restantes capitais de distrito)

¹⁵⁵ Desenvolve também, e entre outras, as actividades mencionadas na supra Nota de Rodapé 62.

¹⁵⁶ Cfr. alíneas h) e j) do n.º 1 artigo 3.º da LOPSP.

¹⁵⁷ SEF (2017). A Vinci Airports (empresa que gere os principais aeroportos Portugueses) divulgou que, em 2017, os aeroportos nacionais tiveram 51,8 milhões de passageiros (dados disponíveis em: <https://www.vinci-airports.com/fr>).

¹⁵⁸ Cfr. alínea b), do n.º 3, do artigo 3.º, da LOPSP, sendo esta atribuição reforçada pelo disposto no artigos 42.º e 55.º da Lei n.º 34/2013, de 16 de Maio (Regime Jurídico da Segurança Privada).

essencialmente por trabalhadores, estudantes e turistas) ultrapassa diariamente as 7 milhões de pessoas¹⁵⁹ – a PSP, no âmbito das suas atribuições e competências, desenvolve, entre outras, também operações selectivas e/ou aleatórias de fiscalização no âmbito rodoviário e para controlo (administrativo e criminal) das armas e explosivos¹⁶⁰, acções estas que são também relevantes na detecção de imigrantes ilegais.

Notas conclusivas

Dada a sua imensidão e volume, e considerando que chegam a todas as latitudes da Terra, os oceanos são vistos como o maior regulador do (imensamente complexo) sistema climático do Planeta, isto apesar de não existirem certezas absolutas sobre a (total) influência dos oceanos na modelação do clima – e são diversos os estudos que a isto fazem referência –, parece existir uma correlação entre o aquecimento comprovado da sua superfície, e até das camadas mais profundas dos mares, com algumas mudanças nos padrões de determinados fenómenos que estão associados à determinação climática, nomeadamente no El-Niño.

Com uma extrema influência em praticamente todo o Planeta, será em África que, porventura, mais se sentirão as consequências de uma possível mudança nos seus normais padrões, isto devido às conhecidas vulnerabilidades deste Continente, especialmente no que à questão da água (dita doce – para consumo humano, agricultura, saneamento, etc.) diz respeito.

Considerando este facto, é expectável que, devido aos constrangimentos no acesso e uso de água e no seguimento do que já sucede, muitos africanos procurem melhores condições de vida, emigrando para locais onde este desígnio lhe pareça atingível.

¹⁵⁹ Números aproximados em relação a 2011 (população fixa) e 2017 (população flutuante), segundo dados dos CENSOS 2011 e PORDATA (<https://www.pordata.pt/Municipios/Saldo+migrat%C3%B3rio+interno+segundo+os+Censos-556>).

¹⁶⁰ Como sua atribuição específica, de acordo com a alínea a), do n.º 3, do artigo 3.º, da LOPSP.

Dado o histórico recente, o Continente Europeu é a região do globo que se torna mais apeteçível neste caso, o que, pela enormidade dos números (de migrantes), tenderá a afectar a segurança (interna) da União Europeia, assim como a portuguesa.

Para fazer face ao fenómeno, quer a União quer Portugal têm adoptado diversas estratégias, assim como criado mecanismos e sistemas com o intuito de controlar este género de fluxos, no entanto, não há certeza de que estes sejam capazes de responder eficazmente a migrações em massa como aquelas que se prevêem poder vir acontecer e que até já aconteceram entre 2014 e 2016, decorrentes da recente e ainda inacabada guerra na Síria.

No nosso entender, quer ao nível da ciência, para os estudos climáticos (conhecerem-se as implicações de fenómenos ainda desconhecidos), quer no âmbito da segurança (essencialmente a preventiva, em detrimento da repressiva), muito há a fazer, esperando-se que desenvolvimentos a este nível não cheguem tardiamente, quando as soluções pacíficas já não possam ser concretizadas.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV (2007). *Traité de sécurité intérieure*. Coord. Maurice Cusson, Benoît Dupont e Frédéric Lemieux. Montreal. Éditions Hurtubise HMH
- ABRAHAM *et al* (2013). “A review of global ocean temperature observations: implications for ocean heat content estimates and climate change”. *Reviews of Geophysics*, n.º. 51, American Geophysical Union
- ALEXY, ROBERT (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales
- ANGELUCCI, PAOLA DURSO e MÁRIO CÉSAR ANDRADE (2015). “Responsabilidade internacional pelos refugiados ambientais: anomia, soft law e o caso do Arquipélago de Tuvalu”. *Refúgios e migrações: práticas narrativas*. Org Karine Silva, Mariah Pereira e Rafael Santos. Florianópolis. Nefipo. pp. 301-326
- AUSTRALIAN ACADEMY OF SCIENCE (2010), *The science of climate change – questions and answers*. Camberra

- ACCES (2010). *Climate Change and Security in Africa – Vulnerability discussion paper* (disponível em <http://www.africa-eu-partnership.org/en/documents/climate-change-and-security-africa-vulnerability-discussion-paper> – consulta a 20/10/2017)
- ARTAXO (2014). “Uma nova era geológica em nosso planeta: o Antropoceno?”. *Revista USP*, n.º 103, São Paulo. pp. 13-24
- BAGINA, FRANCISCO (2009). “Medidas de Polícia versus Medidas Cautelares e de Polícia”. *Estudos Comemorativos dos 25 anos do ISCPSI em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*. Almedina. Coimbra. pp. 243-261
- BARBOSA, Henrique M. J. (2014). “Vapor de água na atmosfera: do efeito estufa às mudanças climáticas”. *Revista USP*, n.º 103, São Paulo. pp. 67-80
- BATES, B. C. et al (Eds.) (2008). “Analysing regional aspects of climate change and water resources”. Chapter 5. *Climate Change and Water. Technical Paper*. Nova Iorque. IPCC (disponível em <https://www.ipcc.ch/pdf/technical-papers/climate-change-water-en.pdf> – consulta a 20/10/2017)
- BENNARTZ, RALF e MARC SCHROEDER (2012). “Convective activity over Africa and the tropical atlantic inferred from 20 years of geostationary meteorat infrared observations”. *Journal of Climate*, v.25, Janeiro. American Meteorological Society. pp. 156-169
- BOANO, CAMILO, ROGER ZETTER e TIM MORRIS (2008), *Environmental displaced people – Understanding the linkages between environmental change, livelihoods and forced migration (Forced Migration Policy Briefing 1)*. Oxford. Refugee Studies Centre (RSC) – Department of International Development – University of Oxford
- BOPP et al (2015). “The ocean: a carbon pump”. *Ocean and climate – scientific notes*. Paris. Ocean-Climate. pp. 13-19
- BRAUCH, HANS GÜNTER (2008). *Reconceptualizing security: Global environmental and Climate Change as new security dangers and concerns*. 49.º ISA Annual Convention, São Francisco (disponível em <http://www.afes-press-books.de/html/events.htm> – consulta a 28/10/2017)
- BROWN, OLI (2008). “Climate change and forced migration: observations, projections and implications”. Occasional Paper. *Fighting climate change: human solidarity in a divided world*. Human Development Report 2007/2008, Genebra. United Nations Development Programme (dis-

- ponível em <http://hdr.undp.org/en/content/climate-change-and-forced-migration> – consulta a 28/10/2017)
- CARIUS, ALEXANDER (2003). “A crise global da água: do conflito à cooperação”. *O desafio da água no século XXI – entre o conflito e a cooperação*. (Coord. Viriato Soromenho-Marques). Lisboa. Editorial Notícias. pp. 175-200
- CAMPOS, EDMO, J. D. (2014). “O papel do oceano nas mudanças climáticas globais”. *Revista USP, n.º 103*. São Paulo. pp. 55-66
- CASTRO, FLÁVIA RODRIGUES DE (2015). “A securitização da política europeia de refugiados e a criação de espaços de exceção”. *Refúgios e migrações: práticas narrativas*. Org Karine Silva, Mariah Pereira e Rafael Santos. Florianópolis. Nefipo. pp. 367-386
- CHAVAGNAC, VALÉRIE e CATHERINE JEANDEL (2015). “How does the ocean acquire its chemical composition?”. *Ocean and climate – scientific notes*. Paris. Ocean-Climate. pp. 23-26
- CIGI (2009). *Climate Change in Africa – Adaptation, mitigation and governance challenges. Special Report* (Eds. Handy Besada e Nielson K. Sewankambo). Ontario (disponível em <https://www.cigionline.org/articles/climate-change-africa-adaptation-mitigation-and-governance-challenges> – consulta a 20/10/2017)
- CLEMENTE, PEDRO (2009). “Polícia – o caminho...”, *Estudos Comemorativos dos 25 anos do ISCPSI em Homenagem ao Superintendente-Chefe Afonso de Almeida*. Coimbra. Almedina. pp. 87-107
- COLLIER, PAUL, GORDON CONWAY e TONY VENABLES (2008). “Climate Change and Africa”, *Oxford Review of Economic Policy*. Vol. 24, Issue 2, 1 July. pp. 337–353 (disponível em <https://academic.oup.com/oxrep/article-abstract/24/2/337/423417> – consulta a 30/10/ 2017)
- COMISSÃO EUROPEIA (2014a). *Compreender as políticas da União Europeia – Fronteiras e Segurança*. Luxemburgo
- COMISSÃO EUROPEIA (2014b). *Europa sem fronteiras: o Espaço Schengen*. Luxemburgo
- COMISSÃO EUROPEIA (2014c). *Garantir a segurança das fronteiras externas da Europa – Uma Guarda Costeira e de Fronteiras*. Luxemburgo
- COMISSÃO EUROPEIA (2016). *Garantir a segurança das fronteiras externas na Europa: lançar a Agência Europeia de Guarda de Fronteiras e Costeira*. Comunicado de Imprensa. Bruxelas (disponível em http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3281_pt.htm – consulta a 28/10/2017)

- CONWAY, GORDON (2009). “*The science of climate change in Africa: impacts and adaptation*”. *Discussion paper n. 1*. Londres. Grantham Institute for Climate Change. Imperial College (disponível em <http://www.imperial.ac.uk/grantham/publications/all-publications/the-science-of-climate-change-in-africa-impacts-and-adaptation---grantham-discussion-paper-1.php> – consulta a 20/10/2017)
- DIAS, MÁRIO GOMES (2005). “Limites à actuação das forças e serviços de segurança”. *Polícia e Justiça*, III Série, n.º 6 Jul-Dez, Coimbra. Coimbra Editora
- DOKOS, THANOS et al (Edit.) (2008). *Climate change: Addressing the impact on human security*. Policy papers. Atenas, Ministry of Foreign Affairs. Human Security Network
- ĐURKOVÁ, PETRA, ANNA GROMILOVA, BARBARA KISS e MEGI PLAKU (2012), *Climate refugees in the 21st century*. Regional Academy on the United Nations (disponível em https://www.researchgate.net/publication/263505865_Climate_refugees_in_the_21st_century – consulta a 18/10/2017)
- EPA (2007). *Achievements in stratospheric ozone protection*, Washington. Environmental Protection Agency (disponível em <https://www.epa.gov/> – consulta a 28/12/2017)
- EVANS, ALEX (2011). *Resource scarcity, climate change and the risk of violent conflict*. *World Development Report – Background paper*. Washington. World Bank (disponível em <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1752> – consulta a 20/10/2017)
- FERNANDES, LUÍS FIÃES (2005a). “Uma perspectiva sobre o Sistema de Segurança Interna”. *Segurança Interna – Reflexões e legislação*. Coimbra. Almedina
- FERNANDES, LUÍS FIÃES (2005b). “As ‘novas’ ameaças como instrumento de mutações de conceito de ‘segurança’”. *I Colóquio de Segurança Interna*. (Coord. Manuel Valente) Coimbra. Almedina
- FERREIRA, LUÍS (2003). “Nilo: um complexo de segurança hidropolítico instável”. *O desafio da água no século XXI – entre o conflito e a cooperação* (Coord. Viriato Soromenho-Marques). Lisboa. Editorial Notícias. pp. 201-212
- FERREIRA, PATRÍCIA MAGALHÃES e SÉRGIO GUIMARÃES (2003a). “Lago Chade: um equilíbrio frágil”. *O desafio da água no século XXI – entre o conflito*

- e a cooperação (Coord. Viriato Soromenho-Marques). Lisboa. Editorial Notícias. pp. 221-229
- FERREIRA, PATRÍCIA MAGALHÃES e SÉRGIO GUIMARÃES (2003b). “Volta: os imperativos da cooperação”. *O desafio da água no século XXI – entre o conflito e a cooperação* (Coord. Viriato Soromenho-Marques). Lisboa. Editorial Notícias. pp. 221-229
- FERREIRA, PATRÍCIA MAGALHÃES e SÉRGIO GUIMARÃES (2003b). “África Austral: a urgência de um processo regional”. *O desafio da água no século XXI – entre o conflito e a cooperação* (Coord. Viriato Soromenho-Marques). Lisboa. Editorial Notícias. pp. 231-250
- FLAUTRE, H. et al (2013). *Climate change, refugees and migration*. Position paper. The Greens in the European Parliament (disponível em <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1752> – consulta a 20/10/2017)
- FLINTAN, F. (2001). “Environmental Refugees – A Misnomer or a Reality?”, *Report of the Wilton Park Conference on Environmental Security and Conflict Prevention*, 1-3 de Março (disponível em <https://mbacenteronline.com/environmental-refugees-a-misnomer-or-a-reality-politics-essay/> – consulta a 28/10/2017)
- FRIEDMAN, THOMAS (2000). *Compreender a globalização. O lexus e a oliveira*. Lisboa. Quetzal
- FRONTEX (2017). *Annual Risk Analysis*. Varsóvia
- GATTUSO, JEAN-PIERRE e LINA HANSSON (2015). “Ocean acidification”. *Ocean and climate – scientific notes*. Paris. Ocean-Climate. pp. 19-22
- GBAGUIDI, CÉLESTIN (2014). “African Illegal immigrants disillusionment in Europe: a study of Amma Darko’s beyond the horizon”. *Revue du CAMES – Lettres, Langues et linguistique*, n.º 2, Nov, pp. 37-48
- GEDDES, A. e W. SOMERVILLE (2013). “Migration and environmental change: Assessing the developing european approach”. *Policy Brief Series*, issue n.º 2. Migration Policy Institute, Maio de 2013 (disponível em <https://www.migrationpolicy.org/research> – consulta a 18/10/2017)
- GERMAN ADVISORY COUNCIL ON GLOBAL CHANGE (2008). *Climate change as a security risk*. Londres. Earthscan
- GLEICK, PETER (2014). “Water, Drought, Climate Change, and Conflict in Syria”. *Weather, Climate and Society*, v6, Jul, pp. 331-340
- GLOBAL WATER INSTITUTE (2010) (<https://gwiwater.org/> – consulta a 09/10/2017)

- GOMES, CARLA AMADO (2014). *Migrantes climáticos: para além da terra prometida*. Lisboa. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. (disponível em <https://www.icjp.pt/estudos-e-artigos/1/38> – consulta a 15/10/2017)
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL (2010). *Direito da União Europeia – história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*. 6.^a ed. Coimbra. Almedina
- GUHA, SHOUVIK KUMAR (2015). “According refugee protection to environmental migrants: an overview under international refugee law”. *International Journal of International Law*, vol. 2 issue 1, pp. 126-143 (disponível em <http://www.ieduresearch.com/according-refugee-protection-to-environmental-migrants-an-overview-under-international-refugee-law/> – consulta a 28/10/2017)
- HAMEETEMAN, ELIZABETH (2013). *Future water (in)security – facts, figures and predictions*. Ottawa. Global Water Institute (Disponível em <https://gwiwater.org/> – consulta a 28/12/2017)
- HARTMANN *et al* (2013). “Observations: atmosphere and surface”. *Climate Change 2013: The physical science basis*. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [Stocker, T.F., D. Qin, G.-K. Plattner, M. Tignor, S.K. Allen, J. Boschung, A. Nauels, Y. Xia, V. Bex and P.M. Midgley (eds.)]. Cambridge. Cambridge University Press.
- HENRIQUES, A.B.M. (2016). *Alterações climáticas, migrações instabilidade política: O cenário na África Subsariana e no Médio Oriente*. Dissertação de Mestrado (policopiado). Lisboa. Faculdade de Ciências Sociais e Humana da Universidade Nova de Lisboa
- HERMENEGILDO, REINALDO SARAIVA (2006). “Estado e soberania: que paradigma?”. *Revista Militar*. n.º 2451, Lisboa. Abril
- INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION – UN/ISDR (2004). Nações Unidas (disponível em <http://www.unisdr.org/2004/wcdr-dialogue/terminology.htm> – consulta a 10/10/2017)
- IOM (sd). *Terminology. Section 1.1* (disponível em www.rcmvs.org/documentos/IOM_EMM/v1/V1S01_CM.pdf – consulta a 10/10/2017)
- IOM (2004). *Glossary on migration*. Genebra. IOM IPCC (sd). *Glossary*. Genebra. IPCC (disponível em <http://www.ipccdata.org/guidelines/pages/glossary/> – consulta a 10/11/2017)

- IPCC (2014). *Climate Change 2014: impacts, adaptation and vulnerability*. Chapter 22 – Africa. Geneva. IPCC (disponível em <http://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/> – consulta a 10/11/2017)
- IPCC (2015). *Climate Change 2014 – Synthesis report*, Geneva, IPCC (disponível em https://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full.pdf – consulta a 10/11/2017)
- IWMI (2007). *Water for food, water for life: A comprehensive assessment of water management in agriculture*. (Summary). Ed. Molden. Londres. Earthscan. International Water Management Institute (IWMI)
- LANDMAN, WILLEM e SIMON MASON (1999). “Change in the association between indian ocean sea-surface temperatures and summer rainfall over South Africa and Namibia”. *International Journal of Climatology*. n.º 19. pp. 1477-1492
- KOLMANNSSKOG, VIKRAM O. (2008). *Future floods of refugees – a comment on climate, conflict and forced migration*. Oslo, Norwegian Refugee Council
- MADHURI, TEWARI, H.R. e BHOWMICK, P.K. (2014). “Livelihood vulnerability index analysis: An approach to study vulnerability in the context of Bihar”. *Jàmbá: Journal of Disaster Risk Studies*, n. 6(1), art.º 127, (disponível em <http://www.jamba.org.za/index.php/jamba/article/view/127> – consulta a 30/11/2017)
- MATOS, RICARDO (2008). “O sistema de segurança interna e a reforma da polícia austríaca”. *EHPAA*, Coimbra. Almedina. pp. 493-498
- MARTIN, SUSAN (2013). “Environmental change and migration: what we know”. *Policy Brief Series*, issue n.º 2. Migration Policy Institute, Setembro de 2013 (disponível em <https://www.migrationpolicy.org/research> – consulta a 18/10/2017)
- MBAYE, L. e K. ZIMMERMANN (2015). *Environmental disasters and migration*. Discussion paper, n.º 9349, Bona. Institute for the Study of Labor (IZA) (disponível em <http://ftp.iza.org/dp9349.pdf> – consulta a 20/10/2017)
- MCCARTNEY, M. e V. SMAKHTIN (2010). *Water storage in an era of climate change: addressing the challenge of increasing rainfall variability*. Blue paper. Colombo. Sri Lanka. International Water Management Institute (IWMI)
- MESTRE, J. F. (2006). “Segurança ambiental e terrorismo”. *Revista Militar*, n. 2448. Lisboa. pp. 30-63
- MORAIS, TERESA TITO DE (2010). *Actas do IX Congresso Internacional do Conselho Português para os Refugiados*. Lisboa. CPR. pp. 47-49

- MEYSSIGNAC, BENOIT e GILES REVERDIN (2015). “Sea level rise”. *Ocean and climate – scientific notes*. Paris. Ocean-Climate. pp. 19-22
- NAIK, PRADEEP K. (2016). “Water crisis in Africa: myth or reality?”. *International Journal of Water Resources Development*. Routledge. pp. 326-339 (disponível em <http://dx.doi.org/10.1080/07900627.2016.1188266> – consulta a 18/11/2017)
- NEVES, MIGUEL S. e CLÁUDIA PEDRA (Coordenadores) (2012). *A proteção dos Direitos Humanos e as vítimas de tráfico de pessoas – rotas, métodos, tipos de tráfico e sectores de atividade em Portugal*. Lisboa. Instituto de Estudos Estratégicos Internacionais (disponível em www.poaftse.qren.pt – consulta a 20/11/2017)
- NICHOLSON, C. (2011). “Is the ‘environmental migration’ nexus an analytically meaningful subject for research”. *COMCAD Arbeitspapier*, n.º 104 – Paper presented at the ESF-UniBI-ZiF research conference on Environmental Change and Migration: from vulnerabilities to capabilities, Bad Salzflun, Alemanha, 5-9 de Dezembro de 2010 (disponível em <http://www.unibielefeld.de/tdrc/> – consulta a 21/11/2017)
- NICOLAU, PAULO ALEXANDRE NUNES (2015). *Fluxos migratórios e desafios de segurança: a circulação de pessoas nas fronteiras aéreas portuguesas*. Tese de Doutoramento (policopiada). Lisboa. Universidade Lusíada de Lisboa
- NOVAIS, JORGE (2010). *As restrições de Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. 2.ª Edição. Coimbra. Wolters Kluwer Portugal (sob a marca Coimbra Editora)
- OSTRAND (2015). “The Syrian Refugee Crisis: A Comparison of Responses by Germany, Sweden, the United Kingdom, and the United States”. *Journal on Migration and Human Security*, vol 3, n.º 3. pp 255-279
- OESTIGAARD (2011). *Water and climate change in Africa – from causes to consequences*. Nordic Africa Institute
- OFFICE OF THE DIRECTOR OF NATIONAL INTELLIGENCE (2016). *Implications for US national security of anticipated climate change*. Washington. Office of the Director of National Intelligence (disponível em <https://www.dni.gov/index.php> – consulta a 21/11/2017)
- PARLAMENTO EUROPEU (2012). *Human rights and climate change: EU policy options*. Bruxelas. Directorate-General for External Policies – Policy Department

- PARRY, M., J. LOWE e C. HANSON (2009). “Overshoot, adapt and recover”. *Nature*, vol 458, n.º 30 (disponível em https://www.researchgate.net/publication/24394679_Overshoot_adapt_and_recover– consulta a 21/11/2017)
- PEIXOTO, JOSÉ P. e ABRAHAM H. OORT (1992). *Physics of climate*, Nova Iorque. Springer. American Institute of Physics
- PEREIRA, ANA RAMOS (2001). O(s) Oceano(s) e as suas margens, Cadernos de Educação Ambiental, 5.ª ed. Lisboa. Instituto de Inovação Educacional
- PEREIRA, DAVID (2014). “Verde cor de (in)segurança? Da defesa do ambiente à defesa contra o ambiente – alguns contributos da PSP”. *Politeia*, ano IX – 2012. Coord. Manuel Valente, Lisboa. Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna. pp. 9-68
- PEREIRA, J.R.S., X. K. P. MINILLO e N. B. COSTA (2013). “O migrante forçado ambiental: uma questão de segurança internacional”. *Mudanças climáticas e segurança internacional: desafios à prevenção de conflitos*. Org. Clóvis Brigagão, Maira Segura e Rafael Seabra. Rio de Janeiro. Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro. Universidade Cândido Mendes. pp. 169-197
- PINHEIRO, G. M. e M. A. TAVARES (2015). “O recente caso do pedido de ‘refúgio climático’ na Nova Zelândia e o seu contexto internacional”. *Refúgios e migrações: práticas narrativas*. Org. Karine Silva, Mariah Pereira e Rafael Santos. Florianópolis. Nefipo. pp. 279-299
- PUREZA, J. M. (2010). Respostas às consequências humanitárias das alterações climáticas: migrações, deslocamentos forçados e apátrida (instrumentos jurídicos, protecção e soluções duradouras). *Actas do IX Congresso Internacional do Conselho Português para os Refugiados*. Lisboa. CPR. pp. 47-49
- PRESS *et al* (2006). *Para entender a Terra*. 4.ª edição. Porto Alegre. Bookman Companhia Editora
- RIBEIRO, LUÍS (2014). “A Segurança como Ato Indispensável e Global: o caso da República Portuguesa”. *RDeS – Revista de Direito e Segurança*. n.º 4 (julho/dezembro de 2014). Lisboa. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. pp. 183-197
- ROY, INDRANI (2017). “Indian summer monsoon and El Niño Southern Oscillation in CMIP5 models: a few areas of agreement and disagreement”. *Atmosphere Journal*. Atmosphere. 8, 154. MDPI

- SANTOS, GOMES, DUARTE E BAGANHA (2009). *Tráfico de mulheres em Portugal para fins de exploração sexual*. Lisboa. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género
- SEF (2017). *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016*. Lisboa. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
- SILVÉRIO, PAULO (2014). “Epítome do Regime das Forças e dos Serviços de Segurança”. *RDeS – Revista de Direito e Segurança*. n.º 4 (julho/dezembro de 2014). Lisboa. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. pp. 199-230
- SPEICH *et al* (2015). “Ocean, heat reservoir”. *Ocean and climate – scientific notes*. Paris. Ocean-Climate. pp. 8-12
- STAVROPOULOU, MARIA (2010). “Alterações climáticas: cenários futuros em Portugal e no Mundo”. *Actas do IX Congresso Internacional do Conselho Português para os Refugiados*. Lisboa. CPR, pp. 36-38
- TARBUCK, EDUARD J., FREDERICK K. LUTGENS e DENNIS TASA (2012). *Earth Science*. 13.ª ed. Nova Jersey. Pearson – Prentice Hall
- THE CARBON MAP (2017) (disponível em <http://www.carbonmap.org/# Emissions> – consulta a 18/11/2017)
- THE GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE (2011). *Migration and global environmental change*. Final Report. Londres
- THE SOUFAN CENTER (2017). *Syria – The humanitarian-security nexus*. Nova Iorque, TSC (disponível em <http://thesoufancenter.org/> – consulta a 10/10/2017)
- TOMÉ, LUÍS (2014). “Portugal as EU External Border/Portugal como fronteira exterior de la UE”. *Journal on EU External Borders*, n.º 2, 2013/14. (disponível em <http://repositorio.ual.pt/handle/11144/1752> – Consulta a 10/10/2017)
- UN (2016). *World economic situation and prospects 2016*. UN. Nova Iorque
- UNECA (2011). *Climate change and water resources of Africa: Challenges, opportunities and impacts*. Working paper 5. Addis Ababa. African Climate Policy Centre (disponível em <http://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/21058/Bib-20389.pdf?sequence=1> – consulta a 18/11/2017)
- UNEP (2002). *Vital water graphics – an overview of the state of the world’s fresh and marine waters*. Nairobi. UNEP (disponível em <http://>

- wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/20624 ?show=full – consulta a 18/11/2017)
- UNEP (2009). *Climate Change – Science compendium*. Genebra
- UNESCO (2009). *Climate change and water – An overview from the World Water Development Report 3: Water in a changing world*. Perugia.
- UNESCO (disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001863/186318e.pdf> – consulta a 18/11/2017)
- UNFCCC (1992). *United Nations Framework Convention on Climate Change* (disponível em <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf> – consulta a 10/10/2017)
- UNHCR (2009). *Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective*. Genebra (disponível em <http://www.unhcr.org/54aa91d89.html/> – consulta a 15/10/2017)
- UNISDR (2009). *UNISDR Terminology on disaster risk reduction*. Genebra. ONU. (disponível em <https://www.unisdr.org/we/inform/terminology> – consulta a 10/10/2017)
- UN-HABITAT (2014). *The state of african cities 2014: Re-imagining sustainable urban transitions*. Nairobi (disponível em [http://www.gwp.org/globalassets/global/tool box/references/the-state-of-african-cities-2014_re-imagining-sustainable-urban-transitions-un-habitat-2014.pdf](http://www.gwp.org/globalassets/global/tool%20box/references/the-state-of-african-cities-2014_re-imagining-sustainable-urban-transitions-un-habitat-2014.pdf) – consulta a 18/11/2017)
- URAMA, KEVIN CHIKA e NICHOLAS OZOR (2010). “Impacts of climate change on water resources in Africa: the role of adaptation”. *Climate Adaptation*. African Technology Policy Studies Network (ATPS). pp. 1-29 (disponível em https://www.ourplanet.com/climate-adaptation/Urama_Ozorv.pdf – consulta a 23/12/2017)
- USAID (2014). *Water & conflict*. Washington. USAID (disponível em <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/WaterConflictToolkit.pdf> – consulta a 23/12/2017)
- VALENTE, MANUEL (2005a). “Reflexões (breves) Técnico-Jurídicas sobre a segurança interna”. *Segurança Interna – Reflexões e legislação*. Coimbra. Almedina
- VALENTE, MANUEL (2005b). *Teoria geral do Direito Policial*. tomo I. Coimbra. Almedina
- VELASCO, SUZANA DE SOUZA LIMA (2014). “A securitização da imi na UE- legislação e práticas de regulação do excesso de mobilidade”, *EDUEPB*. Campina Grande. Scielo Books. pp. 65-107

- WALISER, DUANE *et al* (2012) “The ‘Year’ of tropical convection (May 2008-April 2010) – Climate variability and weather highlight”. *BAMS*. American Meteorological Society
- WANG, BIN (1994). “Climate regimes of a tropical convection and rainfall”. *Journal of Climate*. v. 7. Julho. American Meteorological Society. pp. 1109-1118
- WAYNE, GRAHAM (2013). *The beginners guide to Representative Concentration Pathways*. Skeptical Science (disponível em <https://www.worldatlas.com> – consulta a 23/12/2017)
- WORLD ATLAS (2017). ‘Africa’ (disponível em <https://www.worldatlas.com> – consulta a 23/12/2017)
- ZETTER, R. (2015). *Protection in crisis – forced migration and protection in a Global Era*. Washington DC. Migration Policy Institute

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade,
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Campus* de Campolide,
1099-032 Lisboa, Portugal.

E-mail: presidente@idilp.net

O Desafio da Reforma da Justiça em Moçambique¹

The challenges of Judicial Reform in Mozambique

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA²

Resumo: O presente artigo tem como objecto, a reforma da justiça em Moçambique. O artigo faz uma caracterização e uma análise do Sistema de Administração da Justiça em Moçambique e do Sistema Judiciário em particular. A crise da Justiça ocupa a centralidade do trabalho em geral são analisados os constrangimentos que se colocam no acesso à justiça e são definidos os caminhos da reforma que deve ser empreendida ao nível legal e da organização judiciária. Três aspectos são apresentados como factores críticos para uma reforma bem sucedida nomeadamente, a necessidade de uma abordagem global, sistémica e integrada e não de revisões pontuais e isoladas, a necessidade de simplificação de processos e procedimentos e a necessidade de ajustar as leis a realidade Moçambicana.

Palavras Chaves: *Reforma, Justiça, administração da Justiça, Sistema Judiciário, Crise da Justiça, Acesso a Justiça, celeridade Processual.*

Abstract: The purpose of this article is to study the Judicial Reform in Mozambique. The article characterizes and analyses the justice administration system in Mozambique and the legal system. The crisis of justice is the focus us this paper and analyses the constraints to justice access and the reform paths are set which should be applied at legal level and of the judicial organization. Three aspects are presented as critical factors to a successful reform namely, the need of a global approach, systematic and integrated and not the stand-alone and insulated revisions, the need of adjusting the laws to Mozambican reality.

Key words: *Reform, justice, justice administration, legal system, crisis of justice, access to justice, procedural promptness.*

¹ Entregue: 30.4.2018; aprovado: 31.5.2018.

² Mestre em Direito, Mestre em Administração Pública, Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás, Doutorando em Direito, Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano, Consultor e Docente Universitário.

1. Introdução

Falar do Desafio da Reforma da Justiça, no contexto moçambicano é na verdade falar dos desafios da construção do Estado, pois o fim do Estado é garantir a Justiça, segurança e o bem-estar dos cidadãos.

A reforma é diferente de uma alteração ou mudança legislativa, pois enquanto as alterações ou revisões visam o aprimoramento ou consolidação do sistema, a reforma visa uma mudança paradigmática do sistema, que pode assumir a forma de uma ruptura dependendo da sua profundidade.

i. A evolução da reforma legal em Moçambique

✓ Primeira fase de 1974/75 a 1983

A primeira geração de reformas legais teve lugar com o Governo de Transição e visava fundamentalmente criar as bases para a transferência da soberania de Estado colonial português, para o Estado moçambicano, e conseqüentemente criar as condições para a proclamação da independência nacional e nascimento do Estado moçambicano.

Nesta fase há que identificar a existência de duas vagas de reformas sendo que a primeira decorre a partir de 1974, com a criação do governo de transição, momentos em que foram realizadas reformas no quadro do processo da “ruptura revolucionária” em que se pretendia “escangalhar” o aparelho colonial, e a conseqüente criação de uma nova ordem Constitucional, assente nos valores “da utopia” da construção de uma nova ordem política, económica, social e cultural, no quadro dos princípios de um estado monopartidário, centralizado, assente nos valores da liberdade, justiça, igualdade e de orientação socialista. A segunda fase inicia com a proclamação da Independência nacional e visava criar o quadro legal regulador da nova ordem constitucional, construir o “Homem Novo”, edificar o projecto de Estado, de Nação, uma nova sociedade, e de uma economia, centralizados e de orientação socialista.

✓ *Segunda fase de 1983/84 à 1990*

A segunda fase de reformas inicia a partir de 1983 / 84 com a realização do IV congresso da FRELIMO, que marca o início de um debate interno por uma nova ordem económica, de abertura económica, e a adesão de Moçambique ao FMI e ao Banco Mundial, com o início do programa de reajustamento estrutural. Embora formalmente estivesse em vigor a Constituição económica de 1975, do ponto de vista material, Moçambique já havia iniciado uma transição constitucional com a adopção de reformas legislativas e aprovação de um quadro normativo tendente a introduzir a liberalização económica, promoção da economia do mercado, promoção do investimento privado nacional e estrangeiro e promoção do sector privado. Portanto, formalmente estava em vigor a Constituição económica de 1975, que consagrava uma economia centralizada, de orientação socialista e estatalizada, porém materialmente estava em vigor uma constituição económica material e diametralmente oposta, de uma economia liberal e de mercado como são os casos da Lei n.º 4/84, de 18 de Agosto que visava incentivar e promover o investimento estrangeiro e da Lei n.º 5/87, de 19 de Janeiro que visava promover o investimento privado nacional. A base da Constituição económica material assentava em três vectores nomeadamente: as directivas económicas e sociais do IV Congresso da FRELIMO, o Programa de Reabilitação Económica (PRE) e nos acordos com o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional que ditaram a necessidade de reformas estruturais da economia.

✓ *Terceira fase a partir de 1990*

A terceira fase de reformas começa formalmente com a aprovação da Constituição de 1990, com a consagração formal do Estado de Direito Democrático, do multipartidarismo e da economia do mercado, a chamada Segunda República. Esta fase ganha a sua expressão máxima com o lançamento da estratégia global da reforma do sector público a 20 de Junho de 2001, a criação da Comissão Interministerial da Reforma do Sector Público (CIRSP) a 28 de Março de 2000, com

a estruturação da unidade técnica da reforma do sector público, e a criação da unidade técnica de reforma legal através do decreto número 22/2008 de 27 de Agosto do Conselho de Ministros, com o objectivo de assegurar a planificação integrada, coordenação, articulação, execução e acompanhamento dos programas e projectos da reforma legal e foi extinta através do decreto número 8/ 2017 de 10 de Abril, por se considerar que havia sido cumprido o seu principal objectivo.

A Reforma global do sector público conheceu três fases³:

- A primeira de 2001 a 2005, que tinha como objectivo, a criação das condições básicas para a implementação da reforma do sector público, em particular as condições organizacionais, técnico – metodológicos e legais para a gestão da reforma e a mobilização de recursos financeiros e humanos.
- A segunda fase, de 2006 a 2011 cujo objectivo era consolidar as acções iniciadas na primeira fase, e com ênfase na descentralização e na melhoria na prestação de serviços públicos.
- A terceira fase, vai de 2011-2015, na qual foram definidos cinco componentes principais de intervenção: Profissionalização dos funcionários e agentes do Estado, Descentralização e Desconcentração, melhoria da prestação de serviços, consolidação e coordenação das estruturas da administração pública, e reforço da integridade na Administração Pública.

Há que reconhecer que, tanto na primeira como na segunda República houve uma assinalável e reconhecível produção legislativa, que consistiu na revisão, actualização e criação de leis, em face da evolução constitucional, porém faltou uma verdadeira reforma paradigmática do sistema jurídico.

2. Análise da Reforma Legal em Moçambique

Um olhar crítico ao processo da reforma legal em Moçambique permite tecer as seguintes considerações:

³ República de Moçambique, Autoridade Nacional da Função Pública, Programa da Reforma do Sector Público – FASEO (2006-2011), p. 4.

- ✓ As reformas incidiram com maior ênfase sobre leis orgânicas, visavam sobretudo adequar as instituições à nova ordem constitucional primeiro decorrente da Constituição de 1975 e segundo da Constituição de 1990 e 2004.
- ✓ Do ponto de vista do direito processual, não houve mudança do paradigma, pois continua sendo um sistema moroso, complexo, oneroso e burocratizado.

Do ponto de vista metodológico, apesar dos reconhecíveis esforços empreendidos através da Unidade Técnica de Reforma Legal (UTREL), houve um déficit na visão e abordagem sistémica e integrada do processo de reformas, pois prevaleceu uma visão e abordagem mais sectorializadas, o que explica por exemplo, o facto de a Constituição da República de 2004 não ter sido totalmente regulamentada, o que gera omissões legislativas inconstitucionais e põe em causa a materialização da própria Constituição da República, e particularmente dos Direitos Fundamentais.

Houve maior enfoque para as matérias de âmbito político e social do que para a justiça económica o que pode ser compreensível, pois a prioridade das reformas no contexto em que decorreram era a construção e consolidação do Estado, criação de instituições ou sua conformação à ordem constitucional no quadro do processo de construção e evolução do Estado Moçambicano.

O fim da missão da UTREL, não deveria ser o fim da visão subjacente à sua criação, isto é não deveria ter sido entendida como o fim da filosofia e metodologia, assente numa planificação, gestão e abordagem sistémica, integrada, coordenada, global e articulada da reforma legal. Aliás o fim da UTREL, não significou o fim da reforma legal.

Portanto, houve uma reforma legal, mas faltou a reforma do sistema legal. Uma reforma do sistema legal significaria uma ruptura paradigmática do sistema da justiça, criando um novo sistema da administração da justiça, ajustado à realidade moçambicana, uma justiça que responde aos anseios da sociedade, por uma justiça, simples, acessível, célere, eficiente e eficaz.

3. Análise do sistema de administração da justiça

O funcionamento eficiente da administração da justiça é um dos indicadores da funcionalidade do Estado de Direito Democrático, um impulsionador da paz social e de uma economia competitiva e eficiente.

Na verdade, as normas jurídicas buscam, em última análise, regular as actividades económicas, no sentido de tornar os mercados eficientes (função alocativa) e buscar melhor qualidade de vida para a população como um todo (função distributiva)⁴.

Um sistema jurídico sólido e funcional, legitimado pela democracia, é a base para uma actividade económica eficiente e sustentável, pois fornece os pré-requisitos para uma economia de bom desempenho, uma administração pública eficiente e próxima ao cidadão e garante a observância dos princípios de uma boa governabilidade, o que deve ser assegurado também através de uma regulação adequada que estimule a actividade económica competitiva e instâncias regulatórias e uma fiscalização consistente com vista a garantir o cumprimento das regras⁵.

A literatura económica aponta o mau funcionamento de justiça – em particular da justiça cível e administrativa como um dos maiores obstáculos ao dinamismo e á competitividade das empresas, assim como ao investimento estrangeiro nas economias nacionais, aliás as instituições envolvidas no programa de assistência Financeira a Portugal, na sequência de crise de 2011, identificam a falta de eficácia do sistema Judicial, ao lado da complexidade e imprevisibilidade dos procedimentos administrativos, como barreira estrutural ao investimento e ao dinamismo das empresas e apontam, essencialmente, para o funcionamento dos tribunais que mais imediatamente se interseccionam com a economia: os juízos de execuções e de comércio, na jurisdição comum e a jurisdição administrativa⁶. Esta é uma radiografia que também espelha a realidade moçambicana e outros países legatários do modelo de Justiça de matriz Romano-germânica.

⁴ In Marco António Sandoval de Vasconcelos e Manoel Enriques Garcia – 2012, p. 42, citado por Susan EmilyI ancoslki Soeiro, in www.ambito-juridico.com.br

⁵ *Idem* (in <http://www.kas.de/wf/doc/kas>)

⁶ Francisca Van Dunem – Ministra da Justiça de Portugal, in <https://www.publico.pt/politica/noticia/observatorio-para-a-justica-economica-1743471>

Os sistemas jurídicos repercutem nos factores que determinam o desempenho económico, pois ocorre a diminuição da eficiência alocativa da economia, quando os preços, no mercado de bens e serviços sofrem distorção diante da existência de risco jurídico⁷.

Pesquisas já assinalaram que os países com sistemas jurídicos decorrentes da *Civil Law* (tradição do direito romano-germânico), possuem baixo desempenho económico, pois são países que oferecem menor protecção jurídica aos investidores em razão do conteúdo das normas jurídicas (direito material) e da forma do cumprimento destas (direito processual), o que resulta em mercados de crédito e de capitais com menor desenvolvimento, enquanto que as regras jurídicas das nações de tradição da *Common Law* – também denominado direito consuetudinário, concedem maior protecção à accionistas e credores, pois, as normas jurídicas dos países de direito consuetudinário são mais apropriadas para a maximização de riqueza total da economia, isto é, são regras mais eficientes⁸.

Um estudo realizado sobre a Justiça Económica em Portugal pela Associação comercial de Lisboa (ACL), em coordenação com a Fundação Francisco Manuel, e que se aplica a realidade Moçambicana e de outros países com um sistema Jurídico de matriz comum, chegou a três conclusões, por nós sufragadas⁹:

A primeira é a de que o (mau) funcionamento da justiça, especialmente no que respeita a sua lentidão, é visto pelas empresas como um dos principais obstáculos a prossecução da sua actividade, acima, por exemplo, de preocupações como a complexidade das taxas e dos impostos, a legislação laboral vigente ou a tramitação de autorizações e licenças.

A segunda é a de que esta preocupação subjectiva dos agentes económicos adere substancialmente aos dados objectivos disponíveis,

⁷ in Pinheiro, 2008, p. 29 apud SZTAJN, Gorga, *Relação entre Direito e Economia* – 2005, p. 146, in www.ambito-juridico.com.br

⁸ *Idem*.

⁹ Gouveia, Mariana Franca e outros, Justiça Económica em Portugal, in <http://www.ccipt.pt/imagens/justeconport-resumo estudo simples>.

pois, apesar de se terem estabilizado, os níveis de congestão nas acções declarativas, especialmente nos tribunais judiciais, de primeira instância, mantêm-se muito elevados, e

A terceira é a de que, apesar de estes aspectos negativos do funcionamento da justiça terem necessariamente de ser vistos como podendo ser atribuídos a uma variedade de causas, as regras processuais vigentes, as obrigações e limites que criam, são provavelmente a principal fonte de problemas.

4. A Crise do Sistema Judiciário Moçambicano

Da análise efectuada aos processos e à tramitação processual resulta que são factores determinantes da crise do sistema judiciário em Moçambique¹⁰:

- 1) uma cultura jurídica que, assente na abstracção normativa e no dedutivismo lógico-formal, produz uma forma de conhecimento auto-sustentado, completo e coerente no interior do próprio sistema, mas estranho à sociedade;
- 2) e uma estrutura processual altamente complexa, burocratizada e baseada quase exclusivamente na adjudicação (decisão ganhador / perdedor), como forma de resolução de litígios, na qual se não faz um uso sistemático dos processos de mediação, negociação e arbitragem. A estes factores acresce o modo como os processos são tramitados, que é produtor de longos atrasos, que estudaremos à frente na secção da morosidade endógena ou organizacional.

Este consenso que se formou, relativamente ao acumular e à excessiva duração dos processos, designadamente no Tribunal Supremo, é, a par das práticas corruptivas, a principal fonte de descredibilização e de deslegitimação dos tribunais judiciais¹¹.

¹⁰ Boaventura Sousa Santos e João Carlos Trindade, *Algumas ideias para a reforma da justiça*, p. 549.

¹¹ *Idem*.

Apesar de uma procura cível e laboral do tribunal relativamente controlada, a duração das acções declarativas civis e laborais situa-se entre os 3 meses e os 2 anos (196, em 1987, e 473, em 1997), com um número bastante significativo de acções com uma duração entre os 2 e 5 anos. No ano de 1997, em que esta situação se torna mais grave, as acções mais morosas são as laborais, os litígios em torno da habitação e as cobranças de dívidas. Por província, a maior morosidade ocorre nos tribunais com mais litigação, ou seja, na cidade e na província de Maputo¹².

Em geral, registou-se um agravamento no tempo necessário para a resolução dos processos de querela e de polícia correcional entrados nos tribunais de província. Em 1997, um quarto dos processos durou mais de um ano. A aparente celeridade deve-se ao facto de, na quase totalidade dos processos, o réu ser detido em prisão preventiva, pelo que o processo é urgente e o julgamento deve ser efectuado antes do esgotamento da prisão preventiva. O crescimento da morosidade dos processos e o agravamento do desempenho da justiça criminal acompanha o aumento das pendências. Tal facto só é explicável, por um lado, com alguma desestruturação do desempenho do sistema judicial, que ocorreu a partir dos finais dos anos oitenta, com a saída dos tribunais de um conjunto significativo de juizes. Por outro lado, diminuiu a capacidade de supervisão e acompanhamento dos tribunais provinciais, por parte dos juizes do Tribunal Supremo. Por último, o crescimento da ineficiência do sistema judicial é também consequência de um défice de desempenho dos cartórios judiciais¹³.

A justiça de menores, apesar de algum crescimento, designadamente no Tribunal Judicial de Nampula, é uma especificidade da cidade de Maputo. É também de salientar que, entre 1987 e 1997, decresce a duração da resolução dos litígios de menores. Verificamos que, apesar de um aumento no volume de processos, estes são solucionados em menos de 3 meses. A jurisdição de menores, devido à sua especialização e, em regra, à ausência de contraditório, é uma jurisdição que podemos considerar excepcionalmente célere, em comparação com os tempos da justiça cível e criminal¹⁴.

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

No que se refere à duração legal e à morosidade decorrente de prazos legais excessivos, a lei, nomeadamente a processual, é um importante factor de morosidade muito para além do necessário. A acumulação dos diferentes tipos de morosidade – legal, organizacional ou endógena e provocada (não intencional ou intencional) – leva a que um certo número de processos se arraste no sistema ao longo dos anos. Identificámos as seguintes causas de morosidade endógena (ou organizacional) e de morosidade provocada: a organização judiciária e a concentração de competências nos tribunais judiciais; o crescimento, embora ligeiro, da procura; as condições de trabalho (instalações e equipamento); o recrutamento, selecção, formação e gestão dos recursos humanos; a insuficiência de conhecimentos jurídicos e de gestão; os comportamentos negligentes ou causadores de morosidade de magistrados, funcionários e advogados ou defensores; a ineficácia da organização e gestão do trabalho judicial; as debilidades da Procuradoria-Geral da República; a ineficiência da investigação criminal; a inexistência de meios de controlo do sistema e de recursos financeiros; e a falta de vontade política¹⁵.

A organização judiciária é deficiente e desajustada, distante da maioria dos potenciais utilizadores, cobrindo somente as capitais provinciais e pouco mais de metade das sedes de distrito. A dimensão populacional e o nível económico-social de alguns distritos fazem com que a divisão judicial não coincida com a divisão administrativa¹⁶.

Há distritos que não justificarão, por ora, a existência de um tribunal distrital, devendo a oferta da justiça ser colmatada através de tribunais comunitários. Por outro lado, há que ponderar as vantagens e as desvantagens da efectiva aplicação da actual Lei Orgânica, que classifica os tribunais distritais em primeira e segunda classe¹⁷.

O facto de a gestão do sistema judicial estar entregue aos próprios tribunais é uma das especificidades e inovações do sistema judicial em Moçambique. Tem um efeito paradoxal. Por um lado, é um garante e um símbolo de independência, mas, por outro, tem um efeito perverso

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

de sobrecarregar os juizes com funções administrativas e lhes retirar tempo para a sua função específica, a de julgar. Assim, a concentração no Tribunal Supremo de competências organizativas e de gestão administrativa, geralmente asseguradas pelos Juizes-Conselheiros, obriga-os a uma grande dispersão de tarefas e a relegarem para plano secundário aquela que devia ser a sua actividade principal: a de julgar os recursos submetidos à sua apreciação. Esta situação reflecte-se na progressiva redução do número de processos findos anualmente na mais alta instância judicial¹⁸.

A constatação de que esta concentração de funções também tem efeitos de bloqueio do desempenho dos tribunais, no actual estado de desenvolvimento do sistema judicial, não significa que se defenda a sua eliminação. Os tribunais, para manterem essa função, devem ser apoiados por juizes-auxiliares ou por assessores, de modo a que as pendências de processos e a morosidade não cresçam descontroladamente. Como já referimos, a morosidade é um dos principais factores de descredibilização da função judicial. O Tribunal Supremo, ao ser a mais alta instância da organização judiciária, tem uma especial importância no desempenho de funções políticas e simbólicas, designadamente de legitimação do sistema, pelo que não deve ser banalizado ou descredibilizado¹⁹.

Por ora, o crescimento da litigiosidade em tribunal é mais aparente que real, embora seja dominante no discurso dos nossos entrevistados, por força da ideia de que os cidadãos estão a ter uma maior consciência dos seus direitos e também da ideia de que o desenvolvimento da economia de mercado traz sempre associada o aumento da litigação. O número de processos entrados no sistema judicial não justifica o crescimento dos processos pendentes nos tribunais judiciais, que aconteceu de um modo muito desproporcional face aos processos entrados, o que indica o aumento de ineficiência dos tribunais. Há anos que os tribunais não conseguem terminar sequer um número de processos igual ao dos entrados e, conseqüentemente, não se diminuem as pendências. O crescimento da procura, para além das acções cíveis e

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

laborais em algumas províncias, é muito tímida. O mesmo não se pode dizer da entrada de processos no Tribunal Supremo. O crescimento da procura e do volume de trabalho só é causa explicativa da morosidade no Tribunal Supremo. As entradas aumentaram e a capacidade de resposta foi diminuta²⁰.

A análise dos relatórios do Conselho Judicial e do Conselho Superior do Ministério Público, bem como as entrevistas aos actores judiciários levam-nos a apontar a insuficiência dos recursos humanos, as dificuldades de recrutamento e formação, os baixos salários e o pagamento não atempado, como factores de bloqueio do sistema. Há questões conexas com a insuficiência de recursos humanos, como a da acumulação de funções de trabalho judicial ou a vacatura ou ausência de lugares ou falta de movimento²¹.

Em simultâneo, é grande a preocupação com a formação de magistrados e funcionários judiciais²².

Uma das características importantes do sistema judicial moçambicano é a existência de juízes não profissionais. Verifica-se, no entanto, uma desmotivação séria destes juízes, dado que disponibilizam o seu tempo e não recebem, em regra, com regularidade, qualquer compensação, gratificação ou remuneração. Acresce que alguns juízes, designadamente no Tribunal Judicial da Cidade de Maputo iniciaram já uma prática de efectuar julgamentos sem que os juízes eleitos estejam presentes. Para além da nulidade dos julgamentos, que tem fundamentado alguns recursos para ao Tribunal Supremo, parece-nos de salientar que a eliminação da participação dos juízes-eleito será uma perda para os tribunais, dado que os afastará ainda mais a administração da justiça dos cidadãos²³.

O baixo salário atribuído aos magistrados distritais e provinciais, sejam ou não licenciados, é um problema que tem de ser profundamente analisado e revisto²⁴.

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

²⁴ *Idem.*

Os advogados de Maputo mais qualificados explicam a duração dos processos pelas dificuldades técnicas dos juízes para decidirem alguns tipos de processos. O desconhecimento do direito e a inexperiência são, assim, uma forte causa explicativa da longa duração processual. As secções laborais, os juízes de instrução e os tribunais distritais são os principais visados. A incompetência jurídica é sobretudo assacada à falta de ensino jurídico adequado²⁵.

Na expressiva metáfora de um dos juízes por nós entrevistados, o juiz é a cabeça, o escrivão o coração e o oficial de diligências as pernas. Assim, o desempenho do cartório judicial é fundamental para a performance global do sistema. Ao cartório cabe preparar processos para decisão e cumprir os já decididos. A organização, a gestão e a modernização do cartório judicial são uma das prioridades para diminuir as pendências e desbloquear o funcionamento do sistema judicial²⁶.

Aos advogados é imputada a prática de diversos expedientes dilatórios ou causadores de acumulação de processos (ex: recurso a providências cautelares litispendentes e faltas a julgamentos)²⁷.

A investigação criminal, não sendo objecto do nosso projecto de investigação, é uma das condicionantes do bom desempenho da justiça criminal. Os principais bloqueios encontram-se na qualidade da investigação. Às críticas à Polícia de Investigação Criminal (PIC), juntam-se a consensual análise já efectuada sobre a relativa inoperância da Procuradoria-Geral da República e dos agentes do Ministério Público que, tendo por função orientar o combate contra a criminalidade, controlar e fiscalizar a legalidade em geral, assumem, por norma, uma atitude passiva e burocrática, em manifesto prejuízo dos interesses individuais e colectivos dos cidadãos e outras pessoas jurídicas²⁸.

Uma organização complexa como o sistema judiciário exige o funcionamento de sistemas de controlo interno. A ausência de uma inspecção judicial activa e operante, capaz de funcionar como instrumento de controlo, fiscalização e correcção do trabalho dos juízes e

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

dos oficiais de justiça e, desse modo, contribuir para a melhoria de qualidade do serviço público prestado pelos órgãos de administração da justiça, é um dos grandes problemas que afectam o sistema²⁹.

A baixa ou quase nula (no caso dos tribunais de distrito) dotação orçamental atribuída aos tribunais não permite o seu desenvolvimento. Segundo um dos nossos entrevistados, “estamos ainda no primeiro tempo, o tempo da paz e das políticas macro-económicas [...]. Primeiro a Paz e a estabilidade económica. Depois será o tempo da justiça”³⁰.

A ‘privatização’ de práticas públicas e a ocorrência de práticas corruptivas de natureza a legal, ilegal, ou criminal é ‘voz corrente’ na sociedade moçambicana. Segundo uma análise de imprensa, no ano de 1999, o desvio de fundos é, sem dúvida, o motivo que preside à maioria dos casos de corrupção. As formas de o fazer são várias. As quantias podem variar entre somas mais ou menos avultadas e os sujeitos que o praticam vão desde o funcionário governamental, ou, de forma mais abrangente, do aparelho de Estado, ao funcionário alfandegário e ao dirigente desportivo. Os tribunais são objecto de poucas referências na imprensa, embora uma delas refira que a corrupção impera de modo generalizado no sistema judicial, como aliás nos diversos sectores do Estado³¹.

A imagem de corrupção em sentido amplo está instalada, apesar do Conselho Superior de Magistratura, o Conselho Judicial e o Tribunal Supremo terem reagido, como demonstram os acórdãos do Tribunal Supremo. Segundo o discurso do Presidente do Tribunal Supremo ao Conselho Judicial de 1997, quando nas repartições do Estado ou nos cartórios judiciais faz-se uso de mecanismos ilícitos, por vezes com recurso à burocracia, obrigando-se o cidadão, esgotada a sua resistência, a ceder aos intentos do funcionário corrupto, está-se agir com violência contra o cidadão ainda que de forma dissimulada. Embora seja de se reconhecer ao juiz e ao oficial de justiça, a necessidade de uma certa condição material que o Estado ainda não logrou fornecer aos níveis que seriam de desejar, isso não justifica, de modo algum, os

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

actos perversos dirigidos contra os direitos do cidadão [...]. Não constituirá a situação material dos juízes remédio para a sua corrupção. O juiz iníquo, como militar que pretende usar da espada como fonte de receita, não será movido à honestidade por acréscimos de vencimentos, ou de soldos. A necessidade da melhoria das nossas condições materiais não deve, em situação alguma, servir de justificação para a iniquidade, qual arma defensiva contra golpes de lança [...]”³².

O conceito de corrupção não é por nós usado no seu sentido específico previsto pela dogmática jurídica penal num ‘tipo legal de crime’. Os fenómenos sociais que actualmente se encontram disseminados pela administração pública e pela sociedade violam não só a lei criminal, mas também outra legislação, como a administrativa. Assim, preferimos o conceito de práticas corruptivas e defendemos uma resposta proactiva a estes fenómenos, o que significa desde já proceder ao seu enquadramento na legislação em vigor. Segundo Graça (1992), Pode-se dizer que estas práticas ocorrem sobretudo em torno da apropriação, posse e utilização de bens alimentares e de equipamento, bem como de fundos. Áreas como as das forças armadas, policiais e para-militares, bem como a cadeia de importação, distribuição e comercialização de produtos parecem ser as realmente afectadas por práticas corruptivas. Existe também uma tendência para o tráfico da função para facilitar a obtenção mais rápida de decisões, documentos, entrevistas, atendimento por parte de profissionais na área de prestação de serviços, tais como o aluguer das habitações do Estado, docência no ensino secundário, assistência sanitária e de pessoal burocrático e de apoio nas instituições públicas, cujos salários são extremamente baixos para o custo de vida actual. Aos níveis de direcção, existem igualmente práticas corruptivas, embora não se conheça a extensão, tendo sido publicadas irregularidades aos níveis de directores de empresas ou instituições autónomas. O fenómeno da corrupção encontra-se em fase de implantação mais ampla, pelo que parece ser imperioso medidas de contenção³³.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

Essa contenção não se verificou e as práticas corruptivas também se estenderam, após 1992, à administração da justiça, apesar da reacção do Tribunal Supremo e do Conselho Superior da Magistratura Judicial, sempre que lhe eram denunciadas factos que lhe permitissem intervir. Como reconheceu o Conselho Judicial, reunido na sua V Sessão, de 9 a 12 de Setembro de 1997³⁴.

A onda de corrupção, de comportamentos eticamente censuráveis, de violações grosseiras da deontologia profissional, não são realidades virtuais, mas factos objectivos, que fazem o quotidiano dos nossos tribunais [...]. [Neles] estão envolvidos não apenas magistrados, mas oficiais de justiça aos diversos níveis³⁵.

Sempre excepcionando o Tribunal Supremo, todos os entrevistados acusaram os restantes tribunais de práticas corruptivas e referiram a completa incapacidade da polícia para proceder a uma investigação credível, prejudicando à partida a existência de justiça numa justiça penal. Frequentemente, o juiz toma a iniciativa de pedir dinheiro às partes, mesmo àquela que sabe que tem razão. Ainda segundo Graça (1992), há que tomar as seguintes medidas³⁶:

O sistema legal em vigor cobre suficientemente as práticas corruptivas, permitindo o combate à corrupção tanto ‘passiva’ como ‘activa’. Todavia, há necessidade de melhorá-lo, tornando-o mais claro, compreensivo e actualizado; importa também considerar no quadro de providenciar instrumentos de prossecução directa, por cidadãos ou organizações legalmente constituídas, de capacidade de acção judicial contra os indiciados por infracções criminais como corrupção, desvio de bens e de fundos e outras com alto grau de frequência; gerar um sistema de auditoria independente à eficácia da administração e fortalecer institucionalmente as inspecções internas: no imediato, as áreas de controlo da legalidade e de inspecção interna estão claramente carentes de recursos humanos, financeiros e materiais, pelo que o governo deveria atender as necessidades mínimas fundamentadas³⁷.

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

Ao nível do sistema judicial, para além das medidas referidas, há que encontrar um sistema de auditoria e inspecção judicial que, permanentemente, esteja presente e actue, quer de modo pedagógico quer repressivo. O problema da corrupção é também um problema da independência dos magistrados. A situação é obviamente grave, em face de uma magistratura muito mal remunerada e por vezes com muitas deficiências em matéria de formação. Para evitar a corrupção e garantir a independência é também preciso, não somente aumentar a transparência e melhorar o controlo dos processos pelas partes, mas também melhorar o salário, as condições de trabalho dos magistrados e oficiais de justiça e credibilizar o sistema judicial³⁸.

Actualmente, em Moçambique, regista-se uma distorção no mercado de serviços jurídicos, sendo escasso o número de advogados relativamente à procura potencial deste tipo de serviços. A quase totalidade exerce a sua actividade na cidade de Maputo, circulando alguns pelas províncias, onde, em 2000, apenas cerca de meia dúzia de advogados se encontra estabelecida. Se considerarmos apenas os mais reconhecidos como competentes, ou os que se dedicam a tempo inteiro ao exercício da profissão, essa distorção torna-se ainda mais visível. Ela permite que muitos se especializem, quase exclusivamente, numa sofisticada advocacia de negócios, trabalhando preferencialmente para grandes empresas (sobretudo com capital estrangeiro) e instituições públicas, desempenhando funções de consultoria. Para além disso, alguma litigação económica cível e grande criminalidade económica são únicos processos que têm lugar nestes escritórios³⁹.

O custo dos serviços de advocacia é, por isso, exageradamente elevado, em termos absolutos e relativos. Aliás, o sistema de pagamento à hora, praticado por alguns advogados é considerado, em geral, um sistema de honorários que torna os serviços jurídicos mais caros⁴⁰.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

5. Que justiça para Moçambique?

Segundo o Professor Lourenço do Rosário, a Justiça que queremos em Moçambique exige, antes de tudo, que se enquadre em nós próprios. Começando com as nossas Escolas de Direito, as nossas Escolas de Formação Policial, que ainda não demonstraram que a fonte do conhecimento da essência de se ser moçambicano esta no domínio de instrumentos que lhes permitam não ferir os códigos sociais que, ao longo do tempo, se sedimentaram nesta busca incessante do equilíbrio entre os dois povos que constituem a nossa essência de sermos africanos na modernidade, isto é, com uma universalidade virada para a herança que transportamos das nossas origens coloniais e uma singularidade que e a de termos as raízes bem enterradas neste solo pátrio⁴¹.

E simples e, reiteradamente, um exercício preguiçoso repetir que a administração da Justiça no nosso País anda mal. O que, em última análise, os analistas mais atentos tem compreendido é que, nas condições em que esta construído o nosso Estado, outra coisa não seria de esperar. Não depende da competência, nem da honestidade dos seus dirigentes. Tomemos como referência o que se diz de mal sobre a cadeia de comando do nosso Estado, considerando os sistemas dos três poderes, o Legislativo, o Executivo e o Judicial –, adoptados da ordem política safada da revolução burguesa europeia, de que a Revolução Francesa e paradigma. Sem qualquer critério hierárquico, todos dirão que o sistema instituído no nosso país favorece a impunidade, o nepotismo, a corrupto, a incompetência e não serve os objectivos para que foi criado⁴².

Esta acepção é consensual e os estudos de opinião pública feitos por entidades oficiais e privadas assim o confirma. Quer isto dizer que o cidadão, de uma forma generalizada, não nutre respeito, nem confia nas instituições estabelecidas para a governação da sua vida. Por outras palavras, estamos perante um Estado com instituições desmoralizadas.

⁴¹ Lourenço do Rosário, Oração de sapiência apresentada na abertura do ano judicial em Março de 2008.

⁴² *Idem*.

Algumas mais, outras menos. Por isso, antes de perguntar que justiça queremos, por que não perguntar que Estado queremos?⁴³

Se o discurso de base é promover a equidade, eliminar as desigualdades e promover a justiça como ponto de partida, a primeira etapa é não considerar que os males que grassam no sector da administração da justiça se devem a maldição que desabou sobre este sector, nem pensar que o grosso dos cidadãos desonestos deste país assaltou e dominou este sector de governação no nosso regime político.

Olho para esta plateia e vejo pessoas que me merecem apreço e vislumbro semblantes de quem quer fazer algo que contribua para que, cada vez mais, o seu desempenho permita melhorar os resultados do seu trabalho, de modo a moralizar o sector⁴⁴.

Contudo, o sistema foi montado de tal forma que –adivinho, sem ser bruxo daqui a um ano, quando cerimónia semelhante for realizada, teremos provavelmente as mesmas apreensões, as mesmas promessas e as mesmas frustrações, do meu ponto de vista, o mal e do sistema no seu todo. Estamos a vestir um fato que não foi devidamente confeccionado para nós. Volto as nossas Escolas de Direito. Vejamos os seus planos de estudo. Passemos aos Tribunais e analisemos os códigos aí aplicados e apreciemos o exercício dos seus actores, Juízes, Magistrados, Advogados, Réus, testemunhas, oficiais e outros.

Olhemos para o nosso sistema prisional e não deixemos de apreciar as relações que entre os nossos agentes da Lei e da Ordem se estabelecem com o público em geral⁴⁵.

O Professor Lourenço do Rosário conclui afirmando o seguinte⁴⁶:

– *Todos sabemos que somos um país com dois ordenamentos socio-culturais bem distintos: a ordem urbana, que esta no comando da governação, e a ordem rural, que representa o fundamental da nossa natureza universal e singular, isto e, homem e africanos.*

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

- *Não temos sabido gerir com a devida competência as várias transições que se nos impõem como realidade sociocultural, criada nas condições que histórica, geográfica e sociologicamente surgimos, muitos de nós não sabemos, não queremos saber e nem nos preocupamos com isso; e como se vivêssemos num comboio que esta a atravessar uma ponte interminavelmente e que, entre tanto, enquanto não chega ao outro lado, há que ir gerindo em permanente situação de transição.*
- *Aqui o fundamental do discurso sobre a governação das nossas vidas transporta um sentido de transição e mudança. Somos nómadas em nós próprios.*
- *Somos tão transitórios que nos falta coragem para sermos menos radicais nas medidas que tomamos, mesmo para corrigir fenómenos muito graves nas nossas vidas, e como se quiséssemos deixar tudo para melhores tempos. Adiar tudo transformou-se numa forma de cultura. Aqui veremos disposições para aplicar mais tarde, adoptamos decisões que temos preguiça de implementar. Apontamos com clareza o que esta mal, mas falta-nos o folego para agir em direcção oposta.*
- *Duma forma ou doutra, estamos na governação deste país, com vinte milhões de africanos, cuja maioria não entende os nossos actos, a nossa fala, nem o rumo que traçamos, não nos preocupamos em nos aproximarmos para criar o equilíbrio que libertara os nossos filhos desta trajectória. Em contrapartida, governamos este país com a cabeça em Paris, Londres ou Nova Iorque, em vez de a ter na Manhiça, Mopeia ou Macomia.*
- *A justiça que queremos em Moçambique vai resultar de uma nova atitude. Vamos conhecer o nosso país, o nosso povo, os seus valores, as adversidades que tem os, mas que reforçam a nossa cidadania. Vamos transformar este conhecimento em escola que crie o tal cidadão não travesti. Que a liberdade democrática não seja uma dádiva, mas um direito de cidadania. Que as nossas escolas falem de nós e que a cadeia de comando, ao governar os sistemas montados, saiba que o cidadão sabe o que está a acontecer⁴⁷.*

⁴⁷ *Idem.*

Portanto, o estudo sobre a justiça económica em Portugal realizado pela Associação Comercial de Lisboa em coordenação com a Fundação Francisco Manuel acentua e nós concordamos que o modelo processual actual (Português análogo ao Moçambicano) encontra-se obsoleto, desajustado das práticas de trabalho das empresas e dos cidadãos, sendo gerador de morosidade e complexidade desnecessárias e aponta para a necessidade de uma reforma e para a construção de um novo paradigma com as seguintes características por nós perfilhados⁴⁸:

- *Um novo modelo processual que seja inteligível, pois o actual modelo está repleto de complexidades processuais sem justificação razoável;*
- *Flexibilização das normas e reforço do poder de gestão processual por parte do juiz, o que passa por uma simplificação da tramitação processual, sem fases estanques ou ónus processuais rígidos acompanhados por fortes poderes de gestão de juiz.*
- *Uma mudança geral na concepção do processo como sendo composto por fases estanques, o que pode permitir que o juiz possa pedir esclarecimentos sobre questões de facto ou de direito quando entender necessário, julgar imediatamente quando não tiver dúvidas sobre procedência ou o avançar com alguns temas enquanto espera por elementos relativos a outros;*
- *Fomentar a oralidade no processo estimulando um diálogo frente a frente entre as partes em desfavor dos momentos escritos, que introduzem morosidade, complexidade, e distancia entre os cidadãos e a justiça sobretudo em sociedades como a Moçambicana que são predominantemente de civilização oral e onde 44.9% da população é analfabeta. A oralidade permite que questões processuais que são discutidas em dezenas de páginas possam ser resolvidas em reuniões relativamente breves, o*

⁴⁸ Estudo realizado pela Associação Comercial de Lisboa em coordenação com a Fundação Francisco Manuel.

que implica também por exemplo, a eliminação da distinção entre audiência preliminar e julgamento, permitindo-se que o juiz utilize as audiências para os fins que entende convenientes.

- *Eliminar todos os aspectos do modelo que, em nome do direito de defesa, não o protegem efectivamente e geram ao mesmo tempo ineficiências, por exemplo o actual regime de citação, num processo típico, tem uma duração que corresponde a metade da duração total, enquanto, nos processos em que seja necessário citar editalmente o réu dura mais de um ano do que aquele em que a citação seja postal, o que gera total desprotecção, dado que as hipóteses de a reverter são praticamente impossíveis, não sendo possível alegar na citação edital a falta de conhecimento não culposos.*

6. Propostas de Reforma da Justiça em Moçambique

Da análise da tramitação de processos penais e cíveis, resulta a necessidade urgente de reformar a lei processual de modo a que esta deixe de ser causa de morosidade e de estar desadequada à realidade moçambicana. Ao nível do processo civil, é necessário modernizar, simplificar e racionalizar. A título de exemplo sugere –se: a) a diminuição dos articulados, dentro do princípio de um articulado por parte; b) a simplificação do despacho saneador, especificação e questionário (ex. por remissão); c) que os róis de testemunhas sejam apresentados com os articulados; d) que os preparos sejam pagos no momento da apresentação dos articulados; e) a supressão de vista ao Ministério Público; f) a simplificação da acção executiva; e g) o alargamento dos títulos executivos⁴⁹.

O conjunto de propostas legislativas que se destinava a consubstanciar a almejada reforma da justiça teve como pontos permanentes de referência os princípios e regras constitucionais atrás referidos e levou,

⁴⁹ Boaventura Sousa Santos e João Trindade, *Algumas ideias para a reforma das justiças*, p. 586.

naturalmente, em consideração as críticas e os comentários recebidos das várias entidades auscultadas. Também as orientações do Plano Estratégico Integrado do sector da Justiça e dos restantes instrumentos de planificação adoptados pelo Governo, bem como os resultados da investigação e os estudos de direito comparado – principalmente com países da região – nas áreas da justiça comunitária e do acesso à justiça e ao direito, foram tidos em conta. Após ponderar as várias soluções de técnica legislativa, optou-se por elaborar um Anteprojecto de Lei de Bases do Sistema de Administração da Justiça – no qual se consagram os princípios gerais e as bases fundamentais de um sistema de justiça plural e integrado, que aproveite as potencialidades normativas e de solução de litígios existentes na sociedade moçambicana, completado pelos anteprojectos de Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, de Lei Orgânica dos Tribunais Comunitários e de Lei do Acesso à Justiça e ao Direito⁵⁰.

As inovações propostas podem agrupar-se em cinco grandes áreas⁵¹:

- a) *a construção de um novo modelo de institucionalização dos tribunais comunitários, decorrente do reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico;*
- b) *o estabelecimento de um novo modelo de organização e de repartição de competências dos tribunais judiciais;*
- c) *a criação de um sistema público de acesso à justiça e ao direito, em articulação com as instâncias de justiça não oficiais e em cooperação com associações de profissionais do direito e de promoção e defesa dos direitos humanos;*
- d) *o reforço da capacidade de direcção e de gestão dos tribunais judiciais; e*
- e) *a criação de um sistema de controlo do funcionamento, da qualidade do sistema de justiça e da avaliação do desempenho dos tribunais.*

⁵⁰ João Carlos Trindade, *Constituição e Reforma de Justiça*, 2010.

⁵¹ *Idem*.

Consideremos detalhadamente cada uma dessas áreas⁵²:

a) A construção de um novo modelo de institucionalização dos tribunais comunitários, decorrente do reconhecimento constitucional do pluralismo jurídico

O projecto de reforma inspira-se, como foi dito, no princípio constitucional do reconhecimento do pluralismo jurídico. A opção pelos tribunais comunitários como tribunais de base do sistema de justiça significa a escolha de uma solução emergente da sociedade moçambicana, na qual conflui uma boa articulação entre as formas de justiça da comunidade e os tribunais judiciais. Por isso, é reafirmada a centralidade dos tribunais comunitários para a promoção do acesso à justiça e ao direito e da igualdade de género; para a dinamização e consolidação de uma justiça de proximidade; para a prevenção dos conflitos e o reforço da estabilidade social; e para a valorização das normas, regras, usos, costumes e demais valores sociais e culturais existentes na sociedade moçambicana, nos limites da Constituição. Os tribunais comunitários constituem, assim, a base do sistema integrado de justiça, articulando-se com os tribunais judiciais e demais órgãos do sistema judiciário.

De acordo com dados oficiais constantes do Relatório ao X Conselho Coordenador do Ministério da Justiça, em 2004 haviam sido inventariados no país 1653 tribunais comunitários – dos quais 254 (cerca de 15%) instalados no período de 2000 a 2004 –, com cerca de 8265 juizes. Nos distritos abrangidos pela pesquisa realizada no âmbito dos trabalhos preparatórios, foi observada uma procura significativa destas instâncias para resolução, entre outros, de casos de família (em particular, conflitos entre casais constituídos segundo as normas tradicionais ou em união de facto, bem como relativos ao exercício do poder paternal), pequenas disputas entre vizinhos, dívidas de pequena monta, conflitos que envolviam acusações de feitiçaria e disputas em torno da habitação. Embora os tribunais comunitários respondam a esta procura, em regra, procurando, em primeiro lugar, reconciliar as partes, enfrentam um conjunto de dificuldades que tendem a colocar

⁵² *Idem.*

em causa a sua actividade ou a afectar o bom desempenho. A inexistência de regulamentação da Lei n.º 4/92, de 6 de Maio traduziu-se na falta de apoio a estes tribunais, quer em termos materiais, quer em termos de formação dos respectivos juizes. Traduziu-se, ainda, numa difícil comunicação entre estes e os tribunais judiciais, impedindo as partes de procurarem outra solução para os problemas, no caso de considerarem injusta a decisão do tribunal comunitário.

Foi igualmente observado que uma parte significativa dos tribunais comunitários tem vindo a fechar ou funciona com um número reduzido de juizes, alguns deles nomeados segundo critérios definidos localmente. Comprovou-se a existência de más instalações, falta de material e falta de apoio dos tribunais judiciais, quando solicitados. Os juizes dos tribunais comunitários reclamam ainda por orientação e formação para desempenhar o seu trabalho, na ausência das quais buscam, com frequência, as regras, que só vagamente conhecem, dos tribunais judiciais.

Esta situação conduz, na prática, a que alguns tribunais comunitários não cumpram a função essencial para que foram criados – ou seja, promover eficazmente o acesso à justiça e ao direito – dependendo o desempenho de cada tribunal sobretudo do perfil dos respectivos juizes e do contexto em que funciona. Foi nas situações em que os tribunais comunitários se articulam com o judiciário que se observaram as melhores práticas de respeito pelos direitos constitucionais. É o caso de alguns dos tribunais comunitários do distrito de Angoche.

A proposta apresentada procura responder a estes problemas, estimulando as potencialidades dos tribunais comunitários e procurando garantir o respeito pela Constituição. É nesse sentido que os projectos de Lei de Bases do Sistema de Administração da Justiça e de Lei Orgânica dos Tribunais Comunitários promovem a articulação entre estes e os tribunais judiciais, facilitam a aproximação cultural dos tribunais judiciais à população e a possibilidade de recurso das decisões dos tribunais comunitários para os tribunais judiciais; estabelecem um método democrático de eleição dos juizes, incluindo a garantia de representação das mulheres; delimitam o tipo de casos que os juizes terão competência para resolver, o conjunto de sanções que podem aplicar, as taxas que podem cobrar; estabelecem os Conselhos Provinciais

Coordenadores das Justiças Comunitárias, com a função primordial de assegurar a interacção entre a justiça judicial e a comunitária; e prevê a formação dos juizes pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária.

Deste modo, a proposta consagra um princípio de proximidade e acessibilidade da justiça, de modo a que, territorial, social e culturalmente, se encontre próxima dos cidadãos. Como corolário deste princípio, os tribunais comunitários são consagrados como órgãos de base do sistema de justiça, deixando de ser jurisdição voluntária e passando a ser jurisdição obrigatória. Nos termos do respectivo anteprojecto de Lei Orgânica, estes tribunais terão competência para todo o tipo de conflitos, à excepção daqueles em que estejam em causa princípios e normas constitucionais ou de contencioso administrativo, ou cujo valor da causa seja duas vezes o salário mínimo nacional, digam respeito à capacidade das pessoas, à validade ou interpretação de testamento, à adopção e à dissolução de casamento civil ou, ainda, em matéria criminal, relativamente a crimes de natureza pública ou sempre que o pedido de indemnização cível exceda duas vezes o salário mínimo nacional.

Das decisões proferidas pelos tribunais comunitários caberá sempre recurso para o tribunal judicial de distrito competente, e o recurso poderá ser interposto oralmente ou por escrito pelos interessados, sem necessidade de patrocínio jurídico. O julgamento destes recursos está sujeito aos mesmos critérios de equidade, bom senso e justa composição dos litígios, sendo vedado ao juiz decidir de acordo com critérios de legalidade.

Os juizes dos tribunais comunitários terão de ter idade superior a 35 anos. A qualidade de representante ou funcionário de qualquer partido político, de representante de autarquias ou de órgãos locais do Estado, de advogado, técnico jurídico ou profissional integrado no sistema de acesso à justiça e ao direito, de juiz de direito ou magistrado do Ministério Público, é incompatível com o exercício da função de juiz de um tribunal comunitário.

De modo a assegurar continuamente a legitimidade dos juizes, estes serão eleitos por períodos de cinco anos, por sufrágio universal, directo e secreto dos cidadãos moçambicanos eleitores recenseados na circunscrição territorial do respectivo tribunal. Os juizes apenas poderão exercer dois mandatos consecutivos.

Tratando-se de eleições para instituições de administração da justiça, o anteprojecto de Lei Orgânica prevê regras eleitorais específicas, promovendo a autogestão do sistema e assegurando a imparcialidade e a transparência do processo. Este será organizado e supervisionado pelos conselhos provinciais coordenadores das justiças comunitárias, que podem solicitar a colaboração das demais instituições administrativas e do Estado. Será, assim, da responsabilidade dos Conselhos Provinciais Coordenadores das Justiças Comunitárias, nomeadamente, a convocação das eleições, a apreciação das candidaturas, a constituição das mesas de assembleias de voto, o controle do processo eleitoral e a validação dos resultados das eleições. De forma a facilitar a gestão do processo eleitoral e a sua eficiência, os Conselhos Provinciais Coordenadores das Justiças Comunitárias poderão constituir comissões eleitorais distritais, que funcionarão sob a sua direcção.

A justiça comunitária será tendencialmente gratuita, devendo o orçamento anual dos tribunais judiciais de província incluir uma verba destinada aos tribunais comunitários situados na sua área de jurisdição, para financiamento dos recursos humanos e das despesas materiais correntes, à excepção das despesas com edifícios, equipamento e demais recursos materiais, que serão da responsabilidade dos governos provinciais.

b) O estabelecimento de um novo modelo de organização e de repartição de competências dos tribunais judiciais

Para responder à dimensão do território, à distribuição da população, dos recursos e das necessidades, foi consensual entre todos os operadores judiciários e as pessoas auscultadas durante a realização dos painéis de discussão, que o princípio actualmente em vigor da coincidência entre a divisão judicial e a divisão administrativa deveria ser afastado¹⁵. Deveria prever-se a possibilidade de existir tribunais distritais com competência territorial em mais do que um distrito, ou distritos com mais do que um tribunal judicial distrital. Também em cada província poderia ser instalado mais do que um tribunal judicial de província, se o volume e a natureza dos processos o justificassem.

O anteprojecto da Lei de Bases, tendo em vista melhorar o desempenho dos tribunais, diminuir a morosidade e promover a qualidade da justiça, consagra o princípio da especialização dos tribunais judiciais a todos os níveis, ou seja, nos tribunais judiciais de distrito, nos tribunais judiciais de província e no Tribunal Supremo, podendo, assim, ser criadas secções de competência genérica ou especializada, quando tal se justificar, face à natureza e volume dos litígios que demandem tutela judicial.

Ao Tribunal Supremo, a proposta de reforma pretendeu reservar, em termos jurisdicionais, progressivamente o conhecimento exclusivo de matéria de direito. Só seria ali conhecida matéria de facto quando actuasse como tribunal de primeira instância ou quando julgasse, em via de recurso, decisões proferidas pelos tribunais judiciais de província.

Esta proposta veio na lógica da resolução, a médio prazo, do problema da excessiva pendência e morosidade processual que bloqueia o actual funcionamento deste tribunal superior.

Em obediência à Constituição da República e com o mesmo objectivo de desbloquear o Tribunal Supremo do excesso de processos pendentes, e tendo ainda em conta a realidade e os recursos existentes, previa-se, no anteprojecto de Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais, a criação de uma secção de recurso nos tribunais judiciais de província, como instância intermédia antes do Tribunal Supremo. Essa secção de recurso teria competência para julgar, em matéria de facto e de direito, os recursos das decisões proferidas pelos tribunais judiciais de distrito, nos termos da lei do processo; conheceria dos conflitos de competência entre os tribunais judiciais de distrito, se a matéria do conflito respeitasse à especialização de mais de uma secção; julgaria os recursos das decisões proferidas, em primeira instância, pelos próprios tribunais judiciais de província, e, no caso dos processos-crime, quando a pena aplicada, em concreto, fosse uma pena não privativa da liberdade ou não fosse superior 8 anos de prisão; julgaria ainda os recursos das decisões proferidas pelos tribunais arbitrais.

A secção de recurso funcionaria com três juízes de direito efectivos dessa secção e, quando não existissem em número suficiente, com outros juízes de direito do tribunal judicial de província que não tives-

sem participado na decisão recorrida ou, ainda, com recurso a juízes de direito do tribunal judicial de província mais próximo.

Os anteprojectos de Lei de Bases e de Lei Orgânica, em obediência ao princípio fundamental da proximidade dos tribunais judiciais aos cidadãos, e na esteira das orientações estratégicas para o desenvolvimento do país, reforçaram a importância dos tribunais judiciais de distrito, alargando-lhes as competências. Assim, intervindo como tribunais de 2.^a instância, os tribunais distritais julgariam os recursos interpostos das decisões proferidas pelos tribunais comunitários; funcionando como tribunais de 1.^a instância classificar-se-iam em tribunais de 1.^a ou de 2.^a classe, consoante o limite das respectivas competências: a primeira categoria julgaria as questões respeitantes às relações de família, os processos jurisdicionais de menores e as acções cíveis cujo valor não excedesse cem vezes o salário mínimo nacional, bem como todas as demais cujo conhecimento não pertencesse a outros tribunais e, ainda, as infracções cujo conhecimento não fosse atribuído a outros tribunais e a que correspondesse pena não superior a 16 anos de prisão maior; a segunda categoria seria chamada a julgar as acções cíveis cujo valor não excedesse cinquenta vezes o salário mínimo nacional e para as quais não fossem competentes outros tribunais, bem como as infracções puníveis com pena não superior a 8 anos de prisão maior e cujo conhecimento não fosse atribuído a outros tribunais.

Os tribunais judiciais de distrito teriam, ainda, como já anteriormente referido, um importantíssimo papel na articulação permanente entre a justiça judicial e a justiça comunitária.

- c) A criação de um sistema público de acesso à justiça e ao direito, em articulação com as instâncias de justiça não oficiais e em cooperação com associações de profissionais do direito e de promoção e defesa dos direitos humanos*

Nos anteprojectos de lei que integram o pacote da proposta de reforma é desenvolvido e concretizado o princípio de que todos os cidadãos têm acesso à justiça e ao direito para defesa dos seus direitos

e interesses legítimos. Esse direito abrange a informação e a consulta jurídica, o patrocínio judiciário e o acompanhamento por advogado ou por qualquer outra pessoa de confiança perante as autoridades e entidades públicas.

O sistema de acesso à justiça e ao direito que se propõe aponta para a substituição do actual modelo do Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica – que já se revelou ineficiente e insustentável – tendo em vista a promoção das condições que permitam que a ninguém seja impedido ou dificultado, em consequência das condições sociais e culturais, ou por insuficiência de meios económicos, o acesso ao direito e às instâncias de justiça.

Pretende-se que a nova estrutura a criar – o Instituto Público de Acesso à Justiça e ao Direito (IPAJUD) – não se limite a prestar assistência e patrocínio jurídico directamente aos cidadãos carenciados, mas que tenha uma importantíssima função reguladora e de coordenação, devendo, por isso, operar em articulação com os tribunais, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados e outras entidades públicas, e estabelecer protocolos de cooperação com associações cívicas e organizações não-governamentais de promoção e defesa dos direitos humanos e de cidadania. Um dos principais instrumentos através dos quais essa cooperação se estabelecerá, se o projecto for adoptado, é a criação dos Centros de Acesso à Justiça (CAJ), destinados a prestar informação, consulta e patrocínio jurídico às pessoas que necessitem de tal apoio.

Os serviços a prestar pelos CAJ são todos aqueles que se relacionam com o conhecimento dos direitos e deveres dos cidadãos e outras pessoas jurídicas e com o exercício efectivo desses mesmos direitos e deveres. Assim, a informação jurídica em geral, o atendimento para prestar informação e promover o exercício dos direitos, o encaminhamento dos cidadãos para a instância ou entidade competente para conhecer da sua pretensão, a assistência jurídica – incluindo a consulta, o patrocínio jurídico e judiciário e a defesa pública – e o requerimento para dispensa, redução ou diferimento do pagamento de preparos, custas e outras taxas de justiça em qualquer tribunal, são alguns dos serviços e prestações a disponibilizar.

Beneficiários do sistema serão todas as pessoas singulares, residentes em Moçambique, que, em razão das condições sociais, culturais

ou económicas, tenham dificuldades de conhecer e defender os seus direitos e de aceder às instâncias de justiça e, bem assim, as associações sem fins lucrativos em situação de insuficiência de meios económicos e as entidades que, nos termos da Constituição e da lei, têm legitimidade para intentar acções para a defesa de direitos colectivos ou difusos (nos termos do art. 81 da Constituição).

d) O reforço da capacidade de direcção e de gestão dos tribunais judiciais

De modo a melhorar a eficiência dos tribunais é necessário reforçar a sua capacidade de administração e gestão. Nos termos da proposta formulada, isso será conseguido progressivamente através da criação da figura do gestor judicial junto do presidente do tribunal judicial de província para o assessorar na gestão do tribunal a que preside e dos tribunais judiciais de distrito e comunitários sob sua jurisdição.

De entre as competências que lhe são atribuídas no anteprojecto de Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais contam-se as de executar os planos de actividades definidos centralmente para os tribunais judiciais de província e de distrito; dirigir e supervisionar a execução dos orçamentos; dirigir e supervisionar os serviços administrativos e os recursos humanos dos tribunais; providenciar a elaboração das propostas de orçamento; supervisionar a recolha, sistematização e envio ao Departamento de Estatística Judicial do Tribunal Supremo, da informação estatística relativa à actividade judicial.

e) A criação de um sistema de controlo do funcionamento, da qualidade do sistema de justiça e da avaliação do desempenho dos tribunais

O controlo do funcionamento e da qualidade da administração da justiça compete aos órgãos de direcção e gestão dos tribunais e de gestão e disciplina dos juízes. Nos termos avançados pelo anteprojecto da Lei de Bases do Sistema de Administração da Justiça, o Governo

deverá mandar estudar e elaborar uma adequada grelha de padrões de qualidade a que deve obedecer o sistema de administração da justiça, devendo a mesma ser aprovada mediante Decreto-Lei. Propõe-se igualmente a criação de um Observatório da Justiça com a função de preparar a entrada em vigor da reforma e de monitorar e avaliar o grau de realização dos objectivos e de concretização das medidas estabelecidas nos diplomas que a integram.

Uma medida interessante e inovadora que, a nosso ver, se justificaria adoptar e estender a outros projectos de reforma com a mesma dimensão e amplitude, é a da criação de uma Comissão mista de acompanhamento, com a função de preparar a entrada em vigor da reforma e de monitorar e avaliar o grau de realização dos objectivos e de concretização das medidas estabelecidas na Lei de Bases. Na proposta apresentada, essa Comissão deveria incluir representantes de instituições com funções de controlo específico do funcionamento e qualidade do sistema de administração da justiça e do Centro de Formação Jurídica e Judiciária, dadas as atribuições a este cometidas no âmbito da formação, da pesquisa e da produção de estudos legislativos e de direito comparado na área da justiça.

Para garantir o sucesso da reforma e cumprir os compromissos nela assumidos, propôs-se igualmente que a execução e implementação da Lei de Bases do Sistema de Administração da Justiça fossem calendarizadas em três fases: i) uma de preparação e início da reforma; ii) outra de execução e acompanhamento; e iii) outra, ainda, de avaliação e homologação.

É necessário abrir a justiça à efectivação da tutela colectiva e os direitos da terceira geração, até porque a Constituição da República já proclama o direito da acção popular (art. 81) para a defesa, entre outros, das infracções contra a saúde pública, dos direitos dos consumidores, para a defesa do meio ambiente e do património cultural. Para além disso, é importante tutelar os menos desfavorecidos economicamente, relativamente às pequenas causas⁵³.

⁵³ Tomás Timbane, *Processo Civil de Moçambique: Uma Reforma Necessária e Urgente*, 2009.

Vejam os casos da previsão legal da marcação concertada das audiências. Medida acertada e de grande alcance prático, pode, se usada acertadamente, reduzir os adiamentos das audiências. Solução consagrada sem que tenha sido debatida com os operadores judiciais que a devem operacionalizar (magistrados judiciais), tem sido letra morta. Por aqui se vê a necessidade de reformar mentalidades. O juiz não é parte no processo, deve estar para com ele numa relação de equidistância. Deve cumprir a lei, independentemente de ter sido ou não ouvido na altura da discussão da mesma. Discutir propostas de lei é tarefa do poder legislativo⁵⁴.

Há, no entanto, que avançar algumas propostas. É importante que o Código respeite os princípios fundamentais do Estado de Direito, como é o caso do princípio da igualdade de armas, do contraditório, da cooperação e da justiça em prazo razoável e consagrar outros⁵⁵.

Em primeiro lugar, é necessário estabelecer um processo civil que privilegia as decisões de fundo às de forma, com um juiz mais interventivo para a regulação do processo. Isso já se pretendia com a revisão de 2005⁵⁶.

Mas, como já dissemos, os desafios que, à partida, eram colocados não poderiam ser atingidos com aquela revisão. Analisando a lei que autorizou o Governo a alterar o CPC constata-se que ficou muito aquém dos objectivos traçados. Uma parte dos princípios que devem norteiam uma reforma profunda podem ser encontradas naquela lei⁵⁷.

É necessário reforçar de forma efectiva os poderes do juiz, dando-lhe a possibilidade de ser mais activo na regulação do processo, sugerindo diligências que se mostrem pertinentes para o andamento regular e célere do processo, ordenando tudo o que for necessário para sanar os pressupostos processuais, sempre com objecto de uma busca da verdade material, enquanto precursor a de uma sã e harmoniosa convivência social⁵⁸.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

O desenvolvimento económico e o aumento da litigiosidade, impõem que o processo executivo seja melhor operacionalizado. Não se justifica que o executado seja citado para pagar ou nomear bens à penhora. Porque não fazer coincidir, sempre, o requerimento inicial da execução com a nomeação de bens à penhora pelo exequente? Será que justifica-se um processo executivo autónomo quando tenha havido um processo declarativo anterior? O processo laboral tem demonstrado que uma boa solução seria a de unificar os dois processos quando haja sentença condenatória, sem necessidade de instaurar uma acção executiva⁵⁹.

7. Conclusão

Apesar dos reconhecidos avanços registados na revisão e actualização legislativa e que já resultaram em mudanças significativas, Moçambique, mais do que revisões, precisa de reformas que configurem uma mudança paradigmática do sistema jurídico.

Moçambique carece de uma reforma profunda do sistema de administração da justiça, para que tenhamos um novo paradigma de justiça, uma justiça que facilita a vida dos cidadãos, um sistema simples, célere, eficaz e eficiente.

As leis não devem dificultar a dinâmica funcional da sociedade e da economia, devem ser simples e acessíveis não só para os cultores e operadores do Direito, mas também e sobretudo para o cidadão comum, destinatário das leis, uma justiça para a cidadania, pois quando o cidadão recorre à justiça formal espera uma resposta rápida, pois uma justiça retardada configura uma injustiça.

A Justiça, num Estado Social, Democrático e de Direito, deve inspirar a confiança dos cidadãos, a paz social, a eficiência económica, promover uma economia competitiva e atraente ao investimento.

É fundamental a adopção de um novo modelo do Direito Processual, acessível, menos oneroso, célere na tomada de decisões, sem fases

⁵⁹ *Idem.*

estanques e nem formalismos e procedimentos excessivos, o que passa necessariamente por uma reforma paradigmática da justiça.

A dinâmica social e económica actual não se compadece com uma justiça lenta, e desnecessariamente complexa, exige a redução dos prazos, redução dos custos, desburocratização do sistema, com vista a eliminar a morosidade processual, lentidão no processo decisório, de modo a melhorar o ambiente de negócios, tornar a economia competitiva e promover o desenvolvimento económico e social.

Para que as leis seja eficazes e sobretudo para que os cidadãos se identifiquem com as leis é fundamental que as leis sejam ajustadas à realidade social e cultural do país.

Para o sucesso da reforma da justiça é fundamental a construção e a partilha de uma visão e abordagem sistémica, integrada, inclusiva e participativa e uma boa coordenação e articulação entre os diferentes actores, designadamente:

- Aprimorar a coordenação entre as diferentes instituições e sectores do Governo.
- Continuar a alargar a participação da sociedade civil e do sector privado.
- Continuar a consolidar a interacção e o diálogo estruturado entre o Governo, a sociedade civil e o sector privado.
- Continuar a aprofundar o espírito de abertura e diálogo entre a Assembleia da República, o Governo, a sociedade civil e o sector privado.
- Definição de uma agenda nacional de reformas assumida pelas partes interessadas na matéria e pelos actores relevantes no processo legislativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Câmara de Comércio – *Justiça Económica em Portugal*: in<http://www.ccip.pt/pt/o-que-fazemos/projetos-especiais/justica-economica-em-pt>.

Francisca Van Dunem, in<https://www.publico.pt/politica/noticia/observatorio-para-a-justica-economica-1743471>

- Fundação Luterana de Diaconia-*Justiça Económica*, in <http://fld.com.br/page/justiça-económica/>
- Juan J. Linz e Alfredo Stepan, a transição e a consolidação da democracia, a experiência do Sul da Europa e da América do Sul.
- Gouveia, Mariana França e outros – *Justiça Económica em Portugal, Resumo de Estudo* in www.ccip.pt/imagens/documentos/justeconport
- Gouveia, Mariana França e outros – *Justiça Económica em Portugal, Inquérito à justiça Económica*, Dezembro de 2012, in www.ccip.pt/imagens/documentos/justeconport;
- SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos, Algumas ideias para a reforma da justiça, in Santos Boaventura de Sousa e Trindade, João Carlos (organizadores), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Maputo, 2003.
- Conclusões e Algumas Propostas de Reforma, in SANTOS, Boaventura de Sousa e TRINDADE, João Carlos (organizadores), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*, Edições Afrontamento, Maputo, 2003.
- TRINDADE, João Carlos, Constituição e Reforma da Justiça, um Projecto por realizar, in AAW, *Desafios para Moçambique*, 2010, Edições IESE, disponível em IESE.AC.MZ.
- TIMBANE, Tomas, Desafios para Moçambique 2014 são também desafios para a justiça, comunicação apresentada no lançamento do livro *Desafios para Moçambique*. 2014.
- , *Processo Civil de Moçambique: Uma Reforma Necessária e urgente*, “Verbo Jurídico”, em [LTTTP://www.VerboJurídico.com/doutrina/2009/Timbane-processocivilmoçambique.pdf](http://www.VerboJurídico.com/doutrina/2009/Timbane-processocivilmoçambique.pdf).
- , *A Reforma do Processo Civil Moçambicano e a Lei da organização judiciária*, in www.fd.lisboa.pt.
- ROSARIO, Lourenço de, *A justiça que queremos em Moçambique*, oração de sapiência apresentada na província de Maputo, na abertura do ano judicial, em Março de 2006.
- ANDRADE, Manuel da Costa e NEVES, Rita Castanheira, *Direito Penal hoje, Novos desafios e novas respostas*, Coimbra Editora, 2009.
- PINTO, Ana Luísa, *A celeridade no processo penal: o Direito à Decisão em prazo razoável*, Coimbra Editora, 2008.

Konrad Adenamer Stiftung, *Princípios para o Bem-Estar, a Justiça Social e uma actividade económica sustentável*;

Marco António Sandoval de Vasconcelos e Manoel Enriques Garcia – 2012, p. 42, citado por Susan Emily Iancoski Soeiro, in [www.ambito – jurídico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br)

Pinheiro, 2008, p. 29 apud SZTAJN, Gorga, *Relação entre Direito e Economia* – 2005, p. 146, in www.ambito-juridico.com.br.

Antepropostas de Leis

Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Anteproposta de Lei do Acesso a Justiça e ao Direito.

Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Anteproposta de Lei Orgânica dos Tribunais Comunitários, Exposição de Motivos.

Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Anteproposta de Lei do Acesso à Justiça e ao Direito.

Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Anteproposta de Lei de Bases de Organização Judiciária.

Centro de Formação Jurídica e Judiciária, Anteproposta de Lei Orgânica dos Tribunais Comunitários.

Sites da Internet

<http://jaga.afrique-governance.net>, memorando do workshop3, Reconstruir o Estado Africano pós-colonial através da descentralização e integração regional.

europarl.europa.eu, o princípio da subsidiariedade. Consultado às 10 horas do dia 22 de Novembro de 2017.

[https://pt.m.wikipedia.org/wiki/justiça social](https://pt.m.wikipedia.org/wiki/justiça_social).

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Campus* de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal.

E-mail: presidente@idilp.net

A Consensualização Processual do Direito da Arbitragem e a Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Âmbito do Direito do Jogo: Subsídios para a Interpretação do Art. 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau¹

The Procedural Consensualization of Arbitration and the Dynamic Distribution of Burden of Proof in the Scope of Gaming Law: Subsidies for the Interpretation of Art. 21.º, n.º 1, of Arbitration Law of Macau

HUGO LUZ DOS SANTOS²

Resumo: O presente texto destina-se a lançar luz sobre a doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova no âmbito da Lei da Arbitragem de Macau, mormente do ponto de vista da sua aplicação no horizonte do direito do jogo (fichas em circulação). Confere-se, ainda, uma visão panorâmica sobre os critérios de arbitrabilidade objectiva tendo como pano de fundo o direito comparado.

Palavras-Chave: *Direito da Arbitragem de Macau; Direito do Jogo de Macau; Fichas em Circulação; Critérios de Arbitrabilidade; Direito Comparado.*

Abstract: This paper intends to shed light about the dynamic distribution of burden of proof in the scope of Arbitration Law of Macau, specifically in the purview of gaming law (outstanding chips). Moreover, this paper provides an overview about the objective arbitration criteria in light of comparative law.

Keywords: *Arbitration Law in Macau; Gaming Law in Macau; Outstanding Chips; Arbitration Criteria; Comparative Law.*

¹ Entregue: 2.3.2018; aprovado: 9.7.2018. Por vontade expressa do autor, o presente artigo doutrinal segue a grafia anterior ao novo acordo ortográfico.

² Doutorando e Teaching Assistant da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China/Director of Ethics and Quality at Vantage 10, Panel of Experts and Mediators (Londres, Reino Unido)/Fellow of the Royal Society of Arts of the United Kingdom (Londres, Reino Unido)/Magistrado do Ministério Público de Portugal (em licença sem vencimento).

I. Introdução – a consensualização processual do direito da arbitragem

a) O florescimento do direito da arbitragem está, na sua génese, ligado ao poder vivificador da liberdade contratual e do império da autonomia privada (art.º 399.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau). É com base neles que as partes contraentes da convenção de arbitragem desenham consensualmente a conformação substantiva e processual do litígio arbitral que submeteram à apreciação do colégio arbitral. O que não é senão uma decorrência lógica da própria razão de ser da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem: o recurso aos mecanismos de resolução alternativa de litígios, que encontra no direito da arbitragem o seu expoente máximo, simboliza a vontade inequívoca das partes contraentes da convenção de arbitragem de subtrair um litígio ou um conjunto de litígios às malhas da sobrecarregada justiça estadual, quer pelo cunho de celeridade processual que as partes querem imprimir à composição alternativa do litígio, quer porque o núcleo essencial do litígio condensa referentes de complexidade jurídica. Tal asserção motiva que as partes contraentes preferem que seja dirimido pela justiça arbitral, constituído, não raro, preferam árbitros de reconhecido mérito.

Ora se assim é, nada mais natural do que as partes contraentes optarem por, com base na convenção de arbitragem, traçar consensualmente as linhas orientadoras que presidirão à liturgia processual da instância arbitral. Numa palavra, delimitar, consensualmente, as regras processuais que nortearão a composição do litígio arbitral, introduzindo, para o efeito, entorses ou desvios às regras processuais condensadas no Código Civil de Macau e no Código de Processo Civil de Macau, subtraindo-se, assim, ao jugo imperativo das regras processuais condensadas nesses diplomas legais.

b) A conformação processual do litígio arbitral, através da convenção de arbitragem, acaba por corrigir eventuais desequilíbrios probatórios emergentes da aplicação rígida e automática da teoria das normas e da conatural distribuição estática do ónus da prova, conferindo, desse passo, expressão prática ao princípio da igualdade das partes (art.º 20.º, n.º 1 e 2, da Lei de Arbitragem Voluntária Interna

de Macau): é um indisfarçável afloramento da consensualização processual do direito da arbitragem.

c) A consagração expressa da consensualização do direito da arbitragem encontra a sua densificação mais eloquente numa outra disposição legal constante no diploma legal da arbitragem de Macau. A condensação prática da consensualização processual do direito da arbitragem traduz-se, fundamentalmente, na susceptibilidade concreta de as partes contraentes, através da convenção de arbitragem ou de escrito posterior até à aceitação do primeiro árbitro, acordarem sobre as regras do processo a observar na arbitragem (art.º 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau).

d) Com base na consensualização do direito da arbitragem, as partes contraentes da convenção de arbitragem delimitam as regras do jogo processual que mais lhes convier e, fundamentalmente, mais adequadas à composição material do litígio e, necessariamente, mais conformes com um processo justo e processualmente equitativo. Por essa razão, a distribuição dinâmica do ónus da prova, revestida das notas típicas de consensualidade, deverá ser transposta para o âmbito processual do direito da arbitragem. E subsequentemente deverá sê-lo para o âmbito substantivo do direito do jogo. Tal transposição deve-se à sua matriz fortemente correctiva dos desequilíbrios processuais que separam os casinos de Macau e a Fazenda Regional de Macau, do ponto de vista da determinação exacta da matéria colectável referente, por exemplo, às *outstanding chips* (fichas em circulação).

e) Todavia, a submissão à justiça arbitral dos litígios emergentes do direito do jogo encontra-se indissociavelmente interligada, a montante, com os critérios de arbitrabilidade previstos na Lei de Arbitragem Voluntária de Macau e do seu confronto analógico com o direito comparado. É essa questão que abordaremos de seguida.

II. Excurso de direito comparado (a lei francesa, alemã, austríaca e suíça) – Os critérios de arbitrabilidade objectiva e o critério da disponibilidade do direito condensado no art.º 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau: perspectivas de *iure condendo*

a) A susceptibilidade abstracta de submissão à justiça arbitral de litígios emergentes do direito do jogo encontra-se, como acima se disse, umbilicalmente ligada com os critérios de arbitrabilidade objectiva condensados na Lei Voluntária de Arbitragem de Macau.

Com o estabelecimento de critérios de arbitrabilidade mais ou menos adstringentes, as leis nacionais acabam por reduzir ou ampliar, em larga medida, o acesso aos mecanismos de resolução alternativa dos litígios e, conseqüentemente, a extensão e a exequibilidade de uma justiça de base eminentemente arbitral. Essa realidade é particularmente visível através da análise de direito comparado, em sede da qual certas legislações prevêem critérios de arbitrabilidade de algum modo limitadores, quer da liberdade contratual, quer da autonomia privada das partes contraentes de uma convenção de arbitragem, e, essencialmente, da vontade contratualmente expressa de subtrair uma amálgama de litígios aos tribunais estaduais. Essa adstringência dos critérios de arbitrabilidade não pode ser dissociada de algumas considerações de soberania dos tribunais estaduais.

b) É precisamente porque a arbitragem é um processo privado com conseqüências eminentemente públicas que alguns tipos de litígios são exclusivamente reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público³. «É neste sentido que eles não são «capazes de resolução por arbitragem». As leis nacionais estabelecem o domínio da arbitragem, por oposição ao dos tribunais

³ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, in: *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Comércio e Indústria*, republicado na *Revista de Arbitragem e Mediação* 27 (RARB) Almedina, Coimbra, (2010), pp. 13-43, que seguiremos de muito perto; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *iure condendo*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA), (2006), Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 1233-1265, que seguiremos de muito perto.

locais. Por conseguinte, cada Estado decide que matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem de acordo com as suas concepções políticas sociais e económicas. O que bem se compreende. O carácter inarbitrável de certas matérias dá conta da ligação estreita que existe entre estas e os fundamentos da organização económica e social do Estado que o juiz tem precisamente por missão fazer respeitar. Assim, compete aos órgãos legislativos e/ou aos tribunais de cada Estado sopesar, por um lado, a importância das razões de interesse público que justifiquem certas matérias sejam reservadas para os tribunais estaduais, e, por outro lado, o interesse geral de se favorecer o recurso a arbitragem enquanto meio de resolução de litígios que melhor serve o eficiente exercício das actividades económicas»⁴.

c) Uma análise de direito comparado mostra a diversidade de critérios de arbitrabilidade condensados pelas diversas leis nacionais. A lei francesa merece algum destaque. Com efeito, a lei francesa, perante a formulação enfática constante dos artigos 2059, art.º 2060 parte final, art.º 2061, do Código Civil Francês «adoptou durante quase um século e meio, o critério de ligação (ou não ligação) do litígio com a ordem pública, o que significava que a presença de uma norma de ordem pública inibia qualquer veleidade de submissão do litígio a arbitragem. Como é bom de ver, esta concepção do espaço consentido à arbitragem era bastante restritiva: a simples invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública bastaria para excluir a sujeição do litígio à jurisdição privada»⁵.

⁴ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, pp. 13-43; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *jure condendo*”, *cit.*, pp. 1233-1265. Na doutrina inglesa, ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER/NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARASIDES, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, (2009), pp. 95-99; na doutrina francesa, BERNARD HANOTIOU, *L’arbitrabilité- Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, The Hague, (2003), pp. 43-61; na doutrina portuguesa, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Almedina, (2007), pp. 29-31.

⁵ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 22; Na doutrina francesa, OLIVIER CAPRASSE, *Les Sociétés*

No entendimento da esmagadora maioria da doutrina francesa, «o outro critério da arbitrabilidade enunciado no art. 2060.º do Código Civil Francês – a disponibilidade do direito – perdeu autonomia, pois que se fundiu com o critério de ordem pública, uma vez que um direito torna-se indisponível por razões de ordem pública, atento o facto de a noção de disponibilidade dos direitos não ser autónoma, mas dependente da de ordem pública. Assim entendida, a ordem pública mantém utilidade para definir a arbitrabilidade, mas só intervém mediante exclusões pontuais desta, segundo a natureza dos direitos (indisponíveis por razões de ordem pública) atribuídos às partes»⁶.

d) A delimitação do campo de arbitrabilidade objectiva não se esgota, todavia, na utilização do critério adoptado pela lei para esse efeito, visto que o resultado interpretativo da aplicação deste é, muitas vezes, objecto de alargamentos ou restrições por força de normas legais específicas ou da jurisprudência dos tribunais estaduais, em função de ponderação de interesses casuística⁷: são disso exemplo paradigmático, o direito alemão, cujo Código de Processo Civil (ZPO), após consagrar, no § 1030 (1), um conceito conceitual (misto) de determinação das controvérsias arbitráveis, exceptua da sua aplicação, no § art.º 1031 (2), os litígios sobre a existência de uma relação de arrendamento habitacional, ferindo/fulminando de nulidade as convenções de arbitragem que os tenham por objecto, sendo ainda de acentuar que os litígios emergentes de contratos individuais de trabalho são igualmente excluídos da aplicação do ZPO sobre arbitragem, ficando, deste modo, sujeitas à arbitragem especial regulada na lei sobre os tribunais de trabalho⁸. «Na Áustria, a lei que, em 2006, reformou o regime da

et L'Arbitrage, Bruxelas, Paris, Bruylant, L.G.D.J., (2002), p. 46; ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 22.

⁶ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 22; na doutrina francesa, OLIVIER CAPRASSE, *Les Sociétés et L'Arbitrage*, *cit.*, pp. 46 e ss.

⁷ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 16.

⁸ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 16.

arbitragem (sendo incorporada no Código de Processo Civil), não obstante acolher o critério conceitual (misto) da lei alemã, considera inarbitráveis os litígios emergentes de relações de arrendamento urbano bem como os relativos a matérias de direito da família, ainda que de natureza patrimonial»⁹.

e) De todo o modo, a lei suíça (art.º 177., n.º 1, da Lei Suíça de Direito Internacional Privado), a lei alemã (§ 1030, n.º 1, 1ª parte, do Código de Processo Civil Alemão), e a lei belga (art.º 1676, § 1.º, do Código Judiciário Belga) adoptaram expressamente o critério da patrimonialidade como critério de arbitrabilidade dos litígios, de acordo com o qual são arbitráveis os litígios respeitantes a pretensões de natureza patrimonial, i.e., susceptíveis de expressão pecuniária¹⁰.

Tem sido considerado por doutrina abalizada, cujos argumentos subscrevemos, que o critério da patrimonialidade é o que, com maior facilidade e congruência normativa, permite determinar os litígios arbitráveis, na medida em que só deve ser vedada a submissão a árbitros de litígios relativos a direitos ou interesses de carácter eminentemente não-patrimonial. Cabem aqui os direitos de personalidade, o estado civil das pessoas, e as relações familiares de natureza pessoal), nas quais, em regra, estão em causa valores axiológicos cuja tutela deve, à luz dos conceitos fundamentais um determinado sistema jurídico, ser reservada aos tribunais do Estado¹¹.

⁹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 16. Em sentido aproximado, na doutrina alemã, PETER SCHLOSSER, “Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes – eine rechtsvergleichende und internationalrechtliche Studie”, in: *Festschrift für Hans Fashing*, Wien, (2008); sobre estes *conceitos conceituais mistos*, na doutrina inglesa, ANTOINE KERRY, “Arbitrability: Current Trends in Europe” in: *Arbitration International*, (1996), pp. 372-378; na doutrina francesa, BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, in: *Recueil des cours de L’Académie de la Haye de Droit International*, Volume 296, (2006), pp. 29 e ss.

¹⁰ DÁRIO MOURA VICENTE, “A convenção de arbitragem: problemas actuais”, in: *O Direito*, Ano 147.º, II, (2015), Coimbra, Almedina, 2015, p. 304.

¹¹ ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, *cit.*, p. 35, que seguimos de muito perto.

f) Por outro lado, a combinação do critério da patrimonialidade do direito controvertido com o da sua transigibilidade do direito, adoptado pela Lei Alemã sobre a Arbitragem, de 1998 (§ 1030, n.º 1, 2ª parte, do Código de Processo Civil Alemão) – que foi adoptada também pela Lei Austríaca de 2006 – é ainda mais de louvar. Foi o que fez a nova Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa (LAVP), introduzida pela Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, no art.º 1, n.º 1 e 2, da LAVP.

Conjuga-se nessa disposição legal, no que tange à delimitação dos litígios arbitráveis, o critério da patrimonialidade dos interesses em litígio, a que se refere o art.º 1.º, n.º 1, com o critério da transigibilidade, acolhido no art.º 1.º, n.º 2 da LAVP, como critério alternativo no que se refere aos litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial. Este último critério normativo-legal não se afasta substancialmente do critério da disponibilidade do direito controvertido acolhido no art. 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau (LAVM), porquanto são susceptíveis de transacção, à luz do art.º 1249.º, do Código Civil de Portugal de 1966, os direitos que os respectivos titulares podem dispor¹².

g) À nova Lei da Arbitragem Voluntária Portuguesa presidiram, fundamentalmente, três ordens de considerações teleológico-normativas: i) por um lado, admitiu-se ser conveniente alargar, por comparação com a Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto (que se referia nesta matéria à disponibilidade dos direitos em litígio, como se refere ainda no art.º 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem de Macau), o âmbito das questões susceptíveis de serem cometidas à decisão de árbitros, estendendo-o a litígios relativos a direitos indisponíveis, mas de índole exclusivamente patrimonial, relativamente aos quais nenhuma razão ponderosa se opunha a que fossem dirimidos por árbitros (quanto aos litígios emergentes ou relativos a contratos de trabalho); o art.º 4.º, n.º 4, da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro manteve todavia em vigor o critério

¹² Neste sentido, à luz do direito comparado de Portugal, DÁRIO MOURA VICENTE (coordenação), *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, (2015), pp. 197 e ss.

de arbitrabilidade instituído pelo art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 31/86¹³; ii) por outro lado, revelou-se ser necessário contornar as dificuldades que a qualificação dos direitos litigados como disponíveis ou indisponíveis não raro suscita. Isso transparece claramente das querelas jurisprudenciais em torno do direito do agente comercial à indemnização de clientela prevista no art.º 33.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho¹⁴; iii) finalmente, teve-se em conta que, «como há muito fora salientado na doutrina portuguesa, não existe qualquer relação necessária entre a disponibilidade de um direito subjectivo e a arbitrabilidade de um litígio a ele respeitante, uma vez que, ao celebrarem uma convenção de arbitragem, as partes não renunciam a um direito nem o alienam»¹⁵.

h) Diferentemente, no art.º 2.º, n.º 1 da Lei da Arbitragem Voluntária Interna da Região Administrativa Especial de Macau; no art.º 2059.º do Código Civil Francês; no antigo art.º 1.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal de 1986; no art.º 1.º, da Lei de Arbitragem Voluntária Espanhola; no art.º 5.º, n.º 2, da Lei n.º 11/1999 de Moçambique; no art.º 1.º, n.º 1, da Lei n.º 16/03 de Angola; e no art.º 1020.º, n.º 3, do Código de Processo Civil Holandês, encontra-se

¹³ Neste sentido, à luz do direito comparado de Portugal, ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *jure condendo*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados* (ROA), (2006), Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 1233-1247; criticamente relativamente ao critério da patrimonialidade dos direitos subjacentes ao litígio, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in: *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, (2008), pp. 81 e ss; mais recentemente, sobre o critério da disponibilidade à luz do direito comparado de Portugal, JORGE MORAIS CARVALHO, “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação, e noutros negócios jurídicos processuais”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 831 e ss; MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, (2014), pp. 135 e ss.

¹⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 11 de Outubro de 2005, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵ DÁRIO MOURA VICENTE, “A convenção de arbitragem: problemas actuais”, *cit.*, p. 304 e ss, que seguimos de muito perto.

positivado o critério da disponibilidade do direito litigioso, que postula a arbitrabilidade dos litígios respeitantes a direitos disponíveis, i.e., aqueles de que o respectivo titular pode dispor, renunciando a eles ou transigindo sobre eles. Trata-se, claramente, de um critério mais restritivo do que o critério da patrimonialidade dos interesses em litígio, na medida em que exclui a arbitragem de litígios referentes a direitos patrimoniais indisponíveis (v.g., o direito a alimentos, o direito de sequência do autor ou os direitos emergentes de contrato individual de trabalho)¹⁶. Tal restrição acaba por corporizar um velho estigma da doutrina portuguesa, no sentido de que a sujeição a arbitragem de relações jurídicas indisponíveis permitiria às partes contornar a indisponibilidade legal através da designação de árbitros que actuassem de acordo com a sua vontade¹⁷.

i) Não há que escondê-lo: o critério da disponibilidade dos direitos em litígio, consagrado no art. 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau, condensa uma reserva (será desconfiança?) do legislador de Macau relativamente ao universo da arbitragem como meio de resolução alternativa de litígios e, conseqüentemente, ao desenvolvimento da (hoje incontestável) contratualização do direito da arbitragem.

Todavia, mal se vê que, à luz da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau, essa reserva, corporizada através da condensação legal do critério da disponibilidade dos direitos litigiosos, tenha, hoje, sustentabilidade jurídica. Na verdade, tem-se por incontestável que existe uma relação indissociável entre os direitos indisponíveis e o perímetro das normas imperativas, que, pela importância capital que têm para a Região Administrativa Especial de Macau, encontram-se subtraídos ao império da autonomia privada e à liberdade contratual das partes. Nessa medida, as partes não podem dispor do objecto do litígio e, por

¹⁶ DÁRIO MOURA VICENTE, “A convenção de arbitragem: problemas actuais”, *cit.*, p. 304.

¹⁷ LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A convenção de arbitragem: (Aspectos internos e transnacionais)”, in: *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), p. 149.

isso, sobre o mesmo não pode impender um negócio jurídico-processual ou um contrato-quadro de convenção de arbitragem.

j) Todavia, a convenção de arbitragem tem um sentido, alcance e limites muito mais vasto do que o que se pré-objectiva na literalidade do art.º 2.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau.

A assimilação entre a convenção de arbitragem e a disponibilidade do direito, previsto no art.º 2.º, n.º1, Lei de Arbitragem Voluntária de Macau, tem na sua génese um equívoco de base: o que as partes contraentes pretendem com a celebração de uma convenção de arbitragem é, fundamentalmente, a subtracção do litígio às malhas da justiça estadual, seja pelos crónicos problemas de celeridade processual que assolam o aparelho de administração da justiça estadual, seja pela intenção de que esse litígio, dada a sua complexidade jurídica, seja dirimido por um colégio arbitral altamente qualificado. Não a disposição de um direito através da celebração de uma convenção de arbitragem. A convenção de arbitragem é um acto convergente de vontades contratualmente livres e soberanas que visa dirimir o litígio que serviu de base à celebração da convenção de arbitragem, e não uma manifestação (expressa ou tácita) de disposição dos direitos subjectivos (relativos ou absolutos). A disposição do direito é um acto juridicamente posterior à celebração da convenção de arbitragem, e não contemporâneo daquela.

k) Por essa razão, a disposição dos direitos subjacentes à relação obrigacional complexa é, pois, intercambial: tanto pode ser realizada «em qualquer momento da instância arbitral» (art. 28.º, n.ºs 1 a 5, da Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau), como pode ser realizada, em qualquer momento, no âmbito da justiça estadual (art.º 1172.º, n.º1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999).

Compreende-se porquê: o direito de acesso ao direito e aos tribunais (arbitrais ou estaduais), subjacente a qualquer relação obrigacional complexa, não se confunde com a vontade posterior de transigir (que até pode, por qualquer razão, não existir) sobre o conteúdo dos direitos subjectivos corporizadas naquela relação obrigacional complexa.

Por outro lado, as regras imperativas, que fazem parte da materialidade subjacente de qualquer relação obrigacional complexa, e que dizem respeito a franjas de soberania estadual, tanto podem ser aplicadas por juízes togados como por juízes árbitros, porque, aqui como ali, parte-se do mesmo fundamento dogmático-legal: o acesso ao direito e aos tribunais arbitrais (art.º 36.º, da Lei Básica de Macau).

Por conseguinte, a celebração de uma convenção de arbitragem está genética e funcionalmente interligada com o direito de acesso ao direito e aos tribunais arbitrais (art.º 36.º, da Lei Básica de Macau), não tendo, pois, uma função dispositiva dos direitos subjectivos (relativos ou absolutos) que fundam a relação obrigacional complexa. É esse o seu pólo irradiador e a sua mais lídima razão de ser.

1) Tendo como fio condutor a extensão teleológica do art. 2.º, n.º 1, Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau e a fuga à ditadura da disponibilidade do direito condensado nesse dispositivo legal advogamos a arbitrabilidade dos litígios emergentes do direito do jogo. Não só porque o contencioso do direito do jogo corporiza, como qualquer outra relação obrigacional complexa, o direito de acesso ao direito e aos tribunais (art.º 36.º da Lei Básica de Macau) mas, sobretudo, interesses patrimoniais juridicamente relevantes. Tal parafernália de interesses patrimoniais (capitais para a sustentabilidade económico-financeira da Região Administrativa Especial de Macau) deve ser recoberta pelo universo da justiça arbitral.

Em suma, a arbitrabilidade de um conflito apenas deverá ser excluída do universo da justiça arbitral quando se verifique haver um interesse público fundamental em reservar aos tribunais do Estado o conhecimento do mesmo: neste ponto (e só nesse) cessa a vontade contratual das partes contraentes da convenção de arbitragem e emerge a soberania estadual em toda a sua plenitude axiológica. Desenha-se, também aqui, um corolário da maximização da justiça arbitral.

III. O fenómeno da consensualização processual do direito da arbitragem, o contencioso do direito do jogo e a importância dos mecanismos processuais que atenuam os desequilíbrios probatórios emergentes da teoria das normas e da distribuição estática do ónus da prova condensadas no Código Civil de Macau de 1999: a distribuição dinâmica do ónus da prova e a sua relevância no contencioso do direito do jogo (*outstanding chips* ou fichas em circulação) – a extensão teleológica do art.º 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau

a) O fenómeno da consensualização processual do direito da arbitragem tem como vector axiológico a tutela da liberdade contratual e o império da autonomia privada (art.º 399.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau de 1999). Para a consubstanciação prática dessa vontade contratualmente relevante, as partes contraentes podem delimitar, na convenção de arbitragem, as regras do processo a observar no decurso do processo de arbitral (art.º 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau).

b) Esta prerrogativa legal prevista na Lei de Arbitragem Voluntária de Macau é perfeitamente cabível no âmbito do contencioso do direito do jogo, e, principalmente, no contexto temático das *outstanding chips*.

Em que consiste tal fenómeno? As fichas em circulação (*outstanding chips*) em poder material dos jogadores, que poderão (ou não) ser trocadas por dinheiro, são contabilizadas pelos casinos de Macau, ora como *income* (rendimento), ora como *liability* (perda ou responsabilidade). Quando chega o momento de se determinar a matéria colectável e o imposto devido, colocam-se sérios problemas ao nível da quantificação exacta dos mesmos. Entende-se porquê: não se sabe concretamente qual é o número exacto de fichas em circulação que foram devolvidas e trocadas por dinheiro pelos jogadores junto dos casinos de Macau, e, por conseguinte, qual é a quantificação exacta da matéria colectável e do imposto devido que deverá ser levado a cabo pela Fazenda Regional de Macau.

Por conseguinte, quando a Fazenda Regional de Macau quantifica a matéria colectável e o imposto devido respeitante às fichas em

circulação (*outstanding chips*) e esse imposto devido é considerado excessivo pelos casinos de Macau, sobre quem impende o ónus da prova de provar o excesso desse imposto devido? Sobre os casinos de Macau? Sobre a Fazenda Regional de Macau?

c) Os critérios de direito probatório material inscritos no Código Civil de Macau de 1999, na medida em que condensam a teoria das normas e a distribuição estática do ónus da prova, fazem impender o ónus da prova sobre a Fazenda Regional de Macau. Numa palavra: sobre a parte processual que tem mais dificuldade probatória em apresentar a versão dos factos que mais lhe convém (a de que o imposto devido foi correctamente quantificado), quer porque não domina o complexo sistema algorítmico dos casinos de Macau, quer porque não tem como provar quantos (e quais) os jogadores que procederam à troca das fichas em circulação por dinheiro (*outstanding chips*). Em suma, é uma prova negativa, diabólica, e, por isso, impossível.

d) É neste contexto temático que se inscreve, por um lado, a importância da doutrina da distribuição dinâmica do ónus da prova, enquanto mecanismo correctivo da rigidez e injustiça material emergente da distribuição estática do ónus da prova, prevista no Código Civil de Macau de 1999, e, por outro lado, a consensualização processual do direito da arbitragem. O art. 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária Interna de Macau encerra a possibilidade legal de as partes processuais, consensualmente, reequilibrarem a rigidez do ónus da prova que resulta do Código Civil de Macau.

e) O Código Civil de Macau, seguindo o exemplo do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre facto constitutivo e facto impeditivo (art.º 335.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau). De harmonia com a denominada teoria das normas¹⁸, que teve em LEO ROSENBERG o prin-

¹⁸ Exposta exemplarmente, na doutrina alemã, por LEO ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, (1963), pp. 124-168.

cipal arauto, há que identificar o que é a regra e o que é a excepção na norma de direito substantivo e esta tarefa está facilitada quando a excepção é introduzida por palavras como «excepto», «salvo se», «a não ser que», «mas», constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, e.g., no art. 493.º, n.º 3, art. 495.º, art. 498.º, art. 502.º, n.º 1, art. 902.º, n.º 1, art. 904.º, n.º 1, todos do Código Civil de Macau. À luz da teoria das normas, a identificação dos factos constitutivos e impeditivos faz-se por interpretação das normas de direito substantivo, nomeadamente por distinção, no *Tatbestand* duma norma, entre o que constitui a regra (facto constitutivo) e o que constitui a excepção (facto impeditivo)¹⁹. Na dúvida, consideram-se os factos como constitutivos do direito (art. 335.º, n.º 3, do Código Civil de Macau)²⁰.

f) Todavia, à análise da norma de direito substantivo não deve presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a falta de clareza da norma de direito substantivo. Essa é a razão pela qual se propugna o recurso a «elementos racionais», cuja acuidade mais se faz sentir em campos temáticos baseados em conhecimentos privilegiados (i.e., a determinação concreta da quantidade total de *outstanding chips* que só pelos casinos – e só pelos casinos – pode ser, com um mínimo de fiabilidade, realizada), onde se divisam direitos colectivos (os da RAEM), cujo ónus probatório, onde a prova se afigure difícil, ou mesmo impossível, toldaria o naipe de direitos subjectivos que lhe foram conferidos pelo direito substantivo²¹.

¹⁹ MICAEL TEIXEIRA *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Instituto do Conhecimento AB, Coleção Estudos, N.º 2, Coimbra, Almedina, (2014), pp. 297-298, que seguiremos de muito perto.

²⁰ ELIZABETH FERNANDEZ, “A prova difícil ou impossível”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 828 e ss.

²¹ Neste sentido, à luz do direito de Macau, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O jogo e a aposta nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: (breves) subsídios para o enquadramento jurídico das “*Outstanding Chips*” e para a distribuição dinâmica do ónus da prova: um “*admirável mundo novo*” no Gaming?”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, n.º 110, Administração n.º 110, vol. XXVIII,

g) Por isso se compreende a razão pela qual a doutrina advoga, nos casos de dificuldade manifesta na prova de determinados factos, a inversão do ónus da prova (art. 337.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau) ou, pelo menos, uma redistribuição mais equilibrada do ónus da prova, e, no âmbito desta, a mobilização da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova²².

h) De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, cujo precursor, no seu desenho actual, foi o processualista argentino JORGE W. PEYRANO, «o ónus probatório deveria ser distribuído não por causa da função que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função do conceito de prova mais fácil, atribuindo-o, especificamente, à parte que está casuisticamente em posição mais favorável de o demonstrar»²³.

A concreta distribuição do ónus probatório deve autonomizar-se da natureza que os factos assumem no desenho processual (factos constitutivos ou impeditivos) quando e se essa natureza tornar impossível ou difícil a prova desses factos naturalísticos²⁴.

i) No caso concreto do direito do jogo e das *outstanding chips*, a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo da Fazenda Regional da Região Administrativa Especial de Macau quanto ao excesso do montante de imposto devido – por exemplo, pela contagem defeituosa (para mais) do número global de *outstanding chips*.

Compreende-se porquê: é o casino (que monitoriza e controla desde os números de série referentes a um dado lote de fichas (*chips*)

2015-4.º, (2016), 1101-1119; com maior desenvolvimento, HUGO LUZ DOS SANTOS, “The Outstanding Chips and the dynamic distribution of the burden of proof in the casinos of Macau: a brave new world in Gaming Law?”, in: *Gaming Law Review and Economics*, New York, United States of America, (2019), no prelo.

²² ELIZABETH FERNANDEZ, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, pp. 828 e ss.

²³ ELIZABETH FERNANDEZ, “A prova difícil ou impossível”, *cit.*, pp. 828 e ss.

²⁴ Na doutrina argentina, JORGE W. PEYRANO, “La prueba difícil”, in: *Civil Procedure Review*, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, (2011), pp. 86-96.

que coloca ou retira de circulação interna no casino; ao número de *outstanding chips* em poder material dos jogadores que foram (ou não) trocadas por dinheiro num dado ano civil/económico), quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita. De forma mais simples: é o casino que deverá provar que a liquidação do imposto exigível e devido derivou de um excesso no que respeita à determinação quantitativa das *outstanding chips* e que, por isso, aquele (o montante de imposto devido à Fazenda Regional da Região Administrativa Especial de Macau) deverá ser reduzido para um montante determinado com recurso a uma nova contagem das *outstanding chips*.

j) Esta conclusão é reforçada pela asserção de estarem em causa factos pessoais dos gerentes dos casinos (emergentes dos deveres laterais de protecção do património da RAEM – através do regular pagamento do imposto devido, e, ainda, do dever de monitorização do sistema informático de registo e quantificação das *outstanding chips* que dele se desdobra): estes estão em melhores condições do que qualquer outro (incluindo a Fazenda Regional da RAEM) para os trazer à instância arbitral.

De novo de compreende porquê: são factos pertencentes à sua «esfera de risco», ou, melhor dizendo, ao «círculo de vida» em que o facto se produziu²⁵: é a consagração da teoria das esferas de risco que preconiza uma ligação umbilical entre o ónus da prova e a dicotomia obrigações de meios/obrigações de resultado²⁶. Uma tal aplicação (distribuição dinâmica do ónus da prova) poderá ser mobilizada para o âmbito do direito da arbitragem e do contencioso do direito do jogo²⁷, e, por inerência, para a problemática das *outstanding chips*.

²⁵ Na doutrina alemã, BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, (1995), p. 218. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho 2010, Coimbra, Coimbra Editora, (2010), p. 22, nota 10, que seguimos de muito perto.

²⁶ Neste sentido, na doutrina alemã, pioneiramente, J. PRÖLSS, *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR, (1964), 33 (A), pp. 901-906.

²⁷ Parecendo expressar a admissibilidade de aplicação da teoria das esferas de risco a outros âmbitos temáticos, na doutrina portuguesa, PEDRO MÚRIAS/PEREIRA, MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos

k) Em resumo: as partes processuais podem consensualmente determinar, na convenção de arbitragem, as regras do processo, e, no âmbito desta, a distribuição dinâmica do ónus da prova (art.º 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau). Na falta de acordo das partes sobre as regras do processo a observar na arbitragem, cabe aos árbitros tal escolha (art.º 21.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau), que poderá passar, naturalmente, pela escolha da distribuição dinâmica do ónus da prova como uma das regras do processo a observar na arbitragem.

IV. Conclusões

A arbitrabilidade de um conflito apenas deverá ser excluída do universo da justiça arbitral quando se verifique haver um interesse público fundamental em reservar aos tribunais do Estado o conhecimento do mesmo: neste ponto (e só nesse) cessa a vontade contratual das partes contraentes da convenção de arbitragem e emerge a soberania estadual em toda a sua plenitude axiológica. Desenha-se, também aqui, um corolário da maximização da justiça arbitral.

A condensação prática da consensualização processual do direito da arbitragem traduz-se, fundamentalmente, na susceptibilidade concreta de as partes contraentes, através da convenção de arbitragem ou de escrito posterior até à aceitação do primeiro árbitro, acordarem sobre as regras do processo a observar na arbitragem (art. 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau).

Com base na consensualização processual do direito da arbitragem, as partes contraentes da convenção de arbitragem delimitam as regras do jogo processual que mais lhes convier e, fundamentalmente, mais adequadas à composição material do litígio e, necessariamente, mais conformes com um processo justo e processualmente equitativo.

Por essa razão, a distribuição dinâmica do ónus da prova, revestida das notas típicas de consensualidade, deverá ser transposta para

de produção”, in: *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Coordenador: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, (2012), p. 1012.

o âmbito processual do direito da arbitragem e, subsequentemente, para o âmbito substantivo do direito do jogo, pela sua matriz fortemente correctiva dos desequilíbrios processuais que separam os casinos de Macau e o Fazenda Regional de Macau, do ponto de vista da determinação exacta da matéria colectável referente, por exemplo, às *outstanding chips* (fichas em circulação).

Tendo como fio condutor a extensão teleológica do art. 2.º, n.º 1, Lei de Arbitragem Voluntária de Macau e a fuga à ditadura da disponibilidade do direito condensado nesse dispositivo legal, advogamos a arbitrabilidade dos litígios emergentes do direito do jogo, não só porque o contencioso do direito do jogo corporiza, como qualquer outra relação obrigacional complexa, o direito de acesso ao direito e aos tribunais (art. 36.º, da Lei Básica de Macau) mas, sobretudo, interesses patrimoniais juridicamente relevantes que, pela extrema relevância que assumem relativamente à sustentabilidade económico-financeira da Região Administrativa Especial de Macau, devem ser recobertos pelo universo da justiça arbitral.

No caso concreto do direito do jogo e das *outstanding chips*, a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova deverá ser aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo da Fazenda Regional da Região Administrativa Especial de Macau quanto ao excesso do montante de imposto devido – por exemplo, pela contagem defeituosa (para mais) do número global de *outstanding chips*.

Compreende-se porquê: é o casino (que monitoriza e controla desde os números de série referentes a um dado lote de fichas (*chips*) que coloca ou retira de circulação interna no casino; ao número de *outstanding chips* em poder material dos jogadores que foram (ou não) trocadas por dinheiro num dado ano civil/económico), quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita.

De forma mais simples: é o casino que deverá provar que a liquidação do imposto exigível e devido derivou de um excesso no que respeita à determinação quantitativa das *outstanding chips* e que, por isso, aquele (o montante de imposto devido à Fazenda Regional da Região Administrativa Especial de Macau) deverá ser reduzido para um montante determinado com recurso a uma nova contagem das *outstanding chips*.

As partes processuais podem consensualmente determinar, na convenção de arbitragem, as regras do processo, e, no âmbito desta, a distribuição dinâmica do ónus da prova (art. 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau).

Na falta de acordo das partes sobre as regras do processo a observar na arbitragem, cabe aos árbitros tal escolha (art. 21.º, n.º 3, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau), que poderá passar, naturalmente, pela escolha da distribuição dinâmica do ónus da prova como uma das regras do processo a observar na arbitragem.

Região Administrativa Especial de Macau, Novembro de 2018.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

(por ordem de citação, para comodidade do leitor)

ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER/NIGEL BLACKABY/CONSTANTINE PARASIDES, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th edition, Oxford, Oxford University Press, (2009);

BERNARD HANOTIOU, *L'arbitrabilité- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, The Hague, (2003);

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Arbitragem de Litígios com Entes Públicos*, Coimbra, Coimbra, (2007);

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “Critérios de arbitrabilidade dos Litígios: revisitando o tema”, in: *IV Congresso do Centro de Arbitragem da Comércio e Indústria*, republicado na *Revista de Arbitragem e Mediação* 27 (RARB), Coimbra, Almedina, (2010), pp. 13-43;

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *jure condendo*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, (2006), Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 1233-1265.

OLIVIER CAPRASSE, *Les Sociétés et L'Arbitrage*, Bruxelas, Paris, Bruylant, L.G.D.J., (2002);~

PETER SCHLOSSER, “Die objektive Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes – eine rechtsvergleichende und internationalrechtliche Studie”, in: *Festschrift für Hans Fasching*”, Wien, (2008);

- ANTOINE KERRY, “Arbitrability: Current Trends in Europe” in: *Arbitration International*, (1996);
- BERNARD HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, in: *Recueil des cours de L’Académie de la Haye de Droit International*, Volume 296, (2006), pp. 29 e ss;
- DÁRIO MOURA VICENTE, “A convenção de arbitragem: problemas actuais”, in: *O Direito*, Ano 147.º, II, (2015), Coimbra, Almedina, 2015, p. 304;
- DÁRIO MOURA VICENTE (coordenação), *Lei de Arbitragem Voluntária Anotada*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, (2015), pp. 197 e ss;
- ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de *jure condendo*”, in: *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, (2006), Coimbra, Coimbra Editora, (2006), pp. 1233-1247;
- CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos”, in: *I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa*, Coimbra, Almedina, (2008), pp. 81 e ss;
- JORGE MORAIS CARVALHO, “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação, e noutros negócios jurídicos processuais”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 831 e ss;
- MARIANA FRANÇA GOUVEIA, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, (2014), *passim*.
- LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A convenção de arbitragem: (Aspectos internos e transnacionais)”, in: *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, Coimbra, Coimbra Editora, (2004), p. 149.
- LEO ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, (1963), pp. 124-168.
- MICHAEL TEIXEIRA *Por uma Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*, Instituto do Conhecimento AB, Coleção Estudos, N.º 2, Coimbra, Almedina, (2014), pp. 297-298.
- ELIZABETH FERNANDEZ, “A prova difícil ou impossível”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 828 e ss.
- HUGO LUZ DOS SANTOS, “O jogo e a aposta nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: (breves) subsídios para o enquadramento

jurídico das “*Outstanding Chips*” e para a distribuição dinâmica do ónus da prova: um “*admirável mundo novo*” no Gaming?”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, n.º110, Administração n.º 110, vol. XXVIII, 2015-4.º, (2016), 1101-111

HUGO LUZ DOS SANTOS, “The Outstanding Chips and the dynamic distribution of the burden of proof in the casinos of Macau: a brave new world in Gaming Law?”, in: *Gaming Law Review and Economics*, New York, United States of America, (2019), no prelo.

JORGE W. PEYRANO, “La prueba difícil”, in: *Civil Procedure Review*, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, (2011), pp. 86-96.

JOSÉ LEBRE DE FREITAS, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho 2010, Coimbra, Coimbra Editora, (2010), p. 22, nota 10.

BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, (1995), p. 218.

J. PRÖLSS, *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, VersR, (1964), 33 (A), pp. 901-906.

PEDRO MÚRIAS/MARIA DE LURDES PEREIRA, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in: *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Coordenador: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Amedina, (2012), p. 1012.

Jurisprudência citada

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 11 de Outubro de 2005, disponível em www.dgsi.pt.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade,
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Campus* de Campolide,
1099-032 Lisboa, Portugal.

E-mail: presidente@idilp.net

Apontamentos para os Tribunais de Contas do Brasil em Perspectiva Comparada: Por uma nova forma de composição à luz dos modelos português, angolano e timorense¹

Notes to the Brazilian Courts of Auditors in comparative perspective: by a new form of composition in the light of the Portuguese, Angolan and Timorese models

LEONARDO DE ARAÚJO FERRAZ²

Resumo: A turbulência do momento histórico brasileiro, neste período de pós-impeachment, é replicada de modo especial na quadra jurídico-política e descortina um ponto de inflexão ainda de consequências imprevisíveis. A voz que reverbera das ruas, a postura salvacionista e quase messiânica de parcela do ministério público, polícia federal e do judiciário, ainda nos ecos dos jatos da operação Lava Jato, escancara uma obrigatória revisitação dos pressupostos constitutivos das instituições republicanas e democráticas, bem como das relações entre os poderes constituídos, para que se possa estabelecer um necessário (re)equilíbrio de forças entre eles. Nesse cenário de certa perplexidade e inquietude, o recado está dado: as instituições, e aqui mais especificamente os Tribunais de Contas, precisam mudar, adaptar-se aos novos tempos, para não soçobrar à avalanche que não poupa sequer o Presidente da República. Nesse contexto desafiador, o controle externo institucionalizado é pilar estrutural de qualquer país que professa ideais democráticos, pois, dentre suas diversas competências, estatuídas explicitamente ou não nas cartas constitucionais, destaca-se a assunção do papel de um *longa manus* da sociedade no controle das finanças públicas. Nesse processo, ombreando as ações estatais, as entidades fiscalizadoras superiores servem de intermediadoras do *accountability* democrático, o que, nos países latino-americanos, de democratização tardia, exige uma maior reflexão sobre o papel dessas instituições.

¹ Relatório Final de Pós-Doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia. Entre-gue: 4.5.2018; aprovado: 9.9.2018.

² Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Nesse contexto, uma análise do caso brasileiro mostra-se sobremaneira peculiar: as relações entre Executivo e Legislativo são marcadas por arranjos nem sempre republicanos e por lidas de natureza política de difícil trato, como o presidencialismo de coalizão tupiniquim. Tais características impactam diretamente na forma de escolha dos membros dos tribunais de contas brasileiros, porquanto boa parte das indicações descarta-se de mínimos requisitos técnicos, ao superlativizar os políticos, de sorte que não raro, restam não satisfeitas as exigências constitucionais para provimento do cargo. Para além, é com alarde que a imprensa escancara o fato de que parcela dos atuais integrantes das cortes de contas já foram condenados pela justiça ou respondem processo por ilícitos contra a administração pública. Num Estado republicano democrático é inconcebível que a fiscalização das finanças públicas seja dissociada da necessária *expertise* técnica, ou em um cenário ainda pior, de qualidades éticas indispensáveis. Dessarte, tomando como base uma análise comparativa da forma de escolha dos membros dos tribunais de contas em países lusófonos como Portugal, Angola e Timor-Leste, buscar-se-á construir uma alternativa ao modelo atual que introduza a necessária ampliação dos canais democráticos na forma de escolha dos ministros e conselheiros das Cortes de Contas no Brasil, complementado por uma radicalização do princípio republicano da alternância, como vetor de oxigenação da composição das cortes. Como coroamento, apresenta-se uma proposta de alteração na Constituição Brasileira, que leve em consideração, na seleção dos membros, tanto a valorização do conhecimento técnico quanto a ampliação dos canais democráticos e também a temporariedade dos mandatos, apartando o sistema de controle externo brasileiro das nem sempre republicanas ingerências políticas.

Palavras-chave: *Controle externo. Entidades fiscalizadoras superiores. Direito comparado. Países lusófonos. Princípio republicano. Paradigma democrático. Notórios conhecimentos. Idoneidade moral. Escolha de membros. Reforma constitucional.*

Abstract: In times of post impeachment trial, the turbulence of Brazilian historical moment is also seen, in a peculiar way, at juridical and political fields revealing an “inflection point” of unforeseeable outcomes. The voice that comes from the rallies, the Salvationist and almost messianic stance taken up by some public prosecutors, federal police and judiciary – during the jet echoes of Operation Carwash (“Operação Lava Jato”) – shows the need of revisiting the constitutive presuppositions of democratic and republican institutions as well as of State Powers, in order to strike a necessary (re)balance among them. In this scenario of some perplexity and unease, the message is given: the institutions, and mainly the Audit Courts, needs to be adapted to new times; otherwise they cannot even survive from the havoc that ousted even the President of the Republic. In this challenging reality, institutionalized external control is essential to any democratic

country, because, among all its powers – described or not in the Constitution –, it plays key role as a social *longa manus*, controlling public finances. In this process, overseeing all the State activity, supreme audit institutions work as intermediators to democratic accountability. In Latin American countries, which have had a late democratization process, it is necessary to mull over the role of this sort of institutions. In this context, an analysis of Brazilian case is interesting and *sui generis*: the relationship between Executive and Legislative are marked sometimes by some non-republican arrangements and by political issues that are difficult to be dealt with, such as the system that needs regularly of a coalition in Congress, sustained by the Presidency of the Republic. These characteristics impact directly the way of choosing the members of Brazilian audit courts, because good part of nominations does not observe minimal technical requirements, since they prefer to take into account political criteria such that the constitutional ones are not fulfilled by those who apply for the public position. Furthermore, Brazilian press makes a parade of the fact that part of those who are members of audit courts have already been condemned by the Justice or charged with unlawful acts against Public Administration. In a democratic republican State, it is unthinkable that auditing public finances may be dissociated from technical expertise or from ethical qualities. Thus, making a comparative analysis of the systems to choose members of Audit Courts that are used by some Portuguese-speaking countries – such as Portugal, Angola and East Timor –, we try to create an alternative to the Brazilian current model in such a way that expands the democratic channels involved with choosing them and continuously reinvigorate those courts through stablishing republican terms in office. At least, we purpose an amendment to Brazilian Constitution that becomes obligatory, in the selection process of Audit Courts, an evaluation of the technical knowledge of the candidates and an expansion of democratic channels as well as stablishes terms in office for the members, so as Brazilian system of external control would become even more republican and further from political issues.

Keywords: *External control. Supreme Audit Institutions. Comparative Law study. Portuguese-speaking countries. Republican principle. Paradigm of democracy. Outstanding knowledge. Good repute. Selection of members. Constitutional reform.*

1. Introdução

Para que seja possível conformar o alcance da importância do controle nas democracias contemporâneas e em especial o papel dos Tribunais ou Cortes de Contas como o guardião da escorreita aplicação

dos recursos públicos, até para que possam ser explicitadas as vicissitudes do modelo, com foco na forma de escolha de seus membros, fundamental que se faça uma breve digressão acerca dos contornos da evolução histórica do binômio Estado/democracia e do processo de formação da *res pública*, como forma de se compreender as razões que levaram a atividade controladora a se tornar ínsita à própria ressignificação do conceito de Estado Democrático de Direito.

Com essas considerações, de início, não é sem sentido afirmar que desde os imemoriais tempos do Egito antigo e da Roma imperial, já existiam autoridades, designadas pelo Rei ou Faraó, responsáveis pela análise das contas (finanças) do território que administravam. Nessa época, as contas tinham prioritariamente natureza informativa e gerencial, pois deixavam o soberano ciente da situação dos recursos que lhe pertenciam, auxiliando-o na aplicação dos setores mais prementes do governo.³

Nesse contexto, toda a civilização ocidental antiga desenvolveu mecanismos similares de auditoria de “finanças”, mas a separação entre a *res privata* ou *res singulorum*⁴ e a *res publica*, que hoje traduz a assentada noção de controle⁵ da “coisa pública” como pedra de

³ No mundo oriental, há relatos de que o Código Indiano de Manu, do século XIII a.C, teria sido um dos primeiros livros que tratam sobre fiscalização financeira. Igualmente na China, há relatos de autoridades fiscais da administração financeira (MONTEBELLO, Marianna. O tribunal de contas e o controle das finanças públicas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 139-235, 1999). Na Grécia com os denominados *legisperitos* surgiria o embrião dos atuais Tribunais de Contas. Em Atenas, em especial, as contas dos administradores públicos eram julgadas por uma corte composta de dez lojistas, que eram escolhidos pelo povo, com jurisdição sobre todos que atuavam em funções administrativas. (COSTA. Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo*. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social)–Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 16)

⁴ Nota-se certa confusão terminológica entre os romanos clássicos, que ora nomeiam a “coisa do particular” (*res privata*) como “coisa de uma só pessoa” (*res singulorum*). Com o desenvolvimento do Direito Romano e, mais tarde, do Direito Canônico, passou-se a utilizar o termo *res singulorum* em oposição a *res universitatis*, e *res privata* como contraponto de *res publica* (coisa pública). (SCIALOJA, Vittorio. *Teoria della proprietà nel Diritto romano*. Roma: Pietro Bonfante, 1928).

⁵ O termo é do Latim fiscal medieval (*contra rotulum* – em Francês *contre-rôle* – *contrôle*), no qual indica o exemplar do catálogo (dos contribuintes, dos censos,

toque de todos os Estados Democráticos contemporâneos, somente se aperfeiçoou com o avanço do Direito Romano e do Direito Canônico e com o desenvolvimento da tratativa que o Direito dava aos bens das coletividades.

Para compreender melhor essa trajetória, é importante deixar consignado que no Direito Romano, os agrupamentos humanos, com ânimo coletivo e intenção de definitividade, recebiam uma denominação específica: *universitas*⁶. Nesse sentido, pelo que se depreende dos registros históricos, não houve uma teorização inicial dos romanos sobre a *universitas*, atribuindo-se-lhe tão somente o caráter de pessoa ficta sujeita de direitos e obrigações.⁷ Como sobredito, o tratamento diferenciado conferido às *universitas* se deu naturalmente com o desenvolvimento daquele Direito, que passou a tratar essas coletividades como sujeito único, diferentemente do mero agrupamento ou aglomeração de pessoas (*omnia*).

Por essa mesma razão, passou-se a ser considerado relevante o tratamento diferenciado entre as *omnia* e as *universitas*, havendo reflexões sobre os critérios de caracterização destas últimas, porquanto não raro recebiam tratamento de ente unitário. Pillius⁸ dava-lhes uma concepção mais genérica: “*collectio personarum plurium*”⁹; Ugolino¹⁰ chegou a

dos foros anuais) com base em que se verifica a operação do exator. Porém, ingressa rapidamente na linguagem jurídica geral e a ultrapassa, para assumir significados totalmente diversos, como, por exemplo, o de predomínio (controle da situação), o de domínio (controle dos mares), que por vezes refluem para a ordem jurídico-conceitual. Tem significado preciso, porém, apenas em Direito Administrativo (controle-direção e controle-verificação), que em outros setores do Direito tendem a confundir-se. (GIANNINI *apud* COSTA, op. cit., p. 31)

⁶ Diversos juriconsultos romanos empregavam indistintamente os termos *universitas* e *corpora*. Entretanto, segundo Orestano, na Idade Moderna, mais precisamente no século XVI, os teóricos passaram a utilizar indistintamente *persona* para designar tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas (*universitas*) (ORESTANO, Ricardo. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*. Tormo: G. Giappichelli, 1968, p. 9).

⁷ ELIACHEVITCH, Basile. *La personnalité juridique en droit privé romain*. Paris: Sirey, 1942, p. 327-330.

⁸ *Apud* POST, Gaines. *Studies in medieval legal thought: public law and the state*. Clark: The Lawbook Exchange, 1964, p. 29.

⁹ “Reunião de várias pessoas” (tradução nossa).

¹⁰ *Apud* POST, p. 29.

fixar características outras: “*universitas est plurium collectio inter se distantium, uno nomine specialiter eis deputato*”¹¹.

Quando não se fosse possível estabelecer a propriedade de uma coisa devido ao grande número daqueles que dela usufruem, tratavam-na como *res publica*, entendida como o remanescente do que não se encaixasse na ideia de *res privata*, cabendo a administração daquela à Autoridade Real. Importante consignar que, com frequência, a *res publica* era manejada como *res privata* ou *res singulorum* do seu administrador, o Rei.

Nos séculos II e III d.C., evidencia-se uma mudança paradigmática¹² na tratativa das *universitas*: se antes eram tratadas como associações ou reuniões de indivíduos, passaram a ser entendidas como corporações, ou melhor, estabeleceu-se a incomunicabilidade entre a *res singulorum* e a *res universitatis*. Tempos depois, a *res universitatis* passou a ser um gênero no qual a *res publica* era espécie, sendo esta última entendida como o corpo sócio-político que viabiliza a vida em sociedade, administrado pela autoridade soberana. Assim, estabeleceu-se, com base em estudos que se traduzem como germe da noção do Estado enquanto pessoa jurídica a quem incumbe a administração da coisa pública, incomunicável com os bens de seus administradores.

Nesse particular, o aperfeiçoamento e o refinamento no trato da coisa pública como distinta das relações de natureza privada ganham corpo e novos contornos a partir das “profundas transformações que

¹¹ “*Universitas* é o nome atribuído ao agrupamento distinto de várias pessoas” (tradução nossa).

¹² A noção de paradigma aqui trabalhada remete o leitor à magna obra de Thomas Samuel Kuhn, intitulada *A estrutura das revoluções científicas*, publicado em 1962, na qual o físico estadunidense explicitou que o edifício do conhecimento humano não se processa de forma contínua ou regular, mas sim por meio de regularidades (paradigmas) entrecortadas por períodos de saltos, crises ou rupturas (paradigmáticas). Assim, em linhas gerais o paradigma pode ser entendido como visões ou recortes do mundo modelares em determinado domínio do saber, estabilizados e referenciáveis temporalmente. Para uma visão contemporânea acerca da construção de paradigmas, em especial no campo do direito, sugere-se de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

conformaram e informaram novas práticas nos domínios da filosofia, ciência, cultura e sociedade, reflexos da chamada era moderna ou Modernidade¹³, sedimentando bases que, no campo específico da teoria e práxis filosófica, viabilizou a passagem (fim) do modelo estatal dos antigos para o chamado Estado Moderno.”^{14, 15}

Destarte, essa nova configuração dos Estados Nacionais modernos (a exemplo de Portugal), que se apresenta em um primeiro momento na sua feição centralizadora e refém dos ditames do Soberano, caracteriza-se pela total irresponsabilidade (explicitado como ausência de controle) do Monarca em relação aos atos por ele praticados (*The King can do no wrong, l'état c'est moi*), fundindo-se os corpos do Estado e do Rei.

No decorrer do tempo, principalmente em função da ausência de limites do poder soberano e do progressivo crescimento das aspirações políticas da burguesia, passou-se a exigir gradativamente da Autoridade Soberana, um agir em conformidade com uma ética da responsabilidade, ou ética de grupo, vinculando toda as suas ações,

¹³ “O advento da modernidade, catapultado por fatores como a reforma protestante, as revoluções científicas, a expansão e consolidação do capitalismo e o racionalismo científico demarcou a gênese de um novo mundo, cuja novidade materializa-se pela dessacralização dos fundamentos de validade do Estado e do Direito e da crença no indivíduo e nas potencialidades da razão humana: laicidade e individualismo como pedra de toque daquilo que se afigura moderno” (FERRAZ, Leonardo de Araújo; MASCARENHAS, Fernando Vilela. Breve ensaio sobre a convalidação legislativa de pagamentos irregulares feitos pela Administração. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, ago./set. 2010, p. 30).

¹⁴ “Estado, compreendido a partir de sua feição moderno, explicitada com ineditismo por Maquiavel em sua magna obra *O Príncipe*, a unificação dos antigos reinos ou feudos representantes do esfacelamento do Poder político medieval, faz com que os Estados Nacionais emergentes nasçam com tendências centralizadoras e absolutistas em especial na Europa Continental.” (FERRAZ, Leonardo de Araújo; MASCARENHAS, Fernando Vilela. Breve ensaio sobre a convalidação legislativa de pagamentos irregulares feitos pela Administração. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, ago./set. 2010, p. 30).

¹⁵ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à crítica*. Princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Dictum, 2009.

ainda que autocráticas, a uma finalidade última que deveria reger todo o governo: fim público.¹⁶

Esse movimento, mais tarde, com esteio em trabalhos de intelectuais de diferentes matizes, deu sustentação à Revolução Inglesa do século XVII e à Revolução Americana, ao final do século XVIII, com destaque, no mundo anglo-saxão, para o contratualista¹⁷ John Locke. Este autor, em sua obra *Segundo tratado*¹⁸, defende que a tradição e a força não são fundamentos legítimos para servir de fonte de poder no governo civil, mas sim o consentimento daqueles que são governados¹⁹. De fato, observa-se, na Revolução Inglesa, uma intensificação do poder do Parlamento, que não mais servia apenas para referendar ou fazer valer as decisões do Rei. Essa nova modelagem teve seu ápice em 1688, quando o Parlamento não apenas havia se consolidado como autoridade última a se pronunciar sobre criação e majoração tributária, mas chegou a se impor sobre as regras sucessórias do trono inglês, alterando significativamente o padrão de herança da Monarquia. Por fim, em 1689, o Parlamento apresentou o *Bill of Rights* ao novo Casal Real, Rei William e Rainha Mary, não lhes sendo possível a outorga de qualquer *non obstante*^{20, 21}

¹⁶ SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtú. In: WEFFORT, FRANCISCO C. *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.

¹⁷ Os contratualistas – Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau – cada qual a seu modo – buscam teorizar a existência e a necessidade da figura do Estado, enquanto sociedade civil organizada, em contraponto a um hipotético Estado de Natureza.

¹⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Edipro, 2014.

¹⁹ Assim, o contratualismo lockeano funda-se num pacto de consentimento da sociedade que visa atribuir ao texto legal a baliza legítima das ações humanas, removendo o arbítrio e o uso da força das mãos do poder político unitário. *Vide* MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, FRANCISCO C. (Org.). *Os clássicos da política*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.

²⁰ *Non obstante* era uma cláusula comum em regulamentos reais que autorizava alguém a realizar determinado coisa ou agir de certa forma, mediante autorização expressa da Coroa, mesmo que a conduta fosse vedada por lei. (TOMLINS, T. E. *The English Law*. 4. ed. Londres: C. and R. Baldwin, 1810. v. 2. Disponível em: <<http://books.google.com>>. Acesso em: 18 set. 2016).

²¹ EDIE, Carolyn. A. Revolution and the Rule of Law: The End of the Dispensing Power, 1689. *Eighteenth-Century Studies*, Baltimore, v. 10, n. 4, p. 434-450, jun./set. 1977.

Tempos mais tarde, e já na Europa Continental do século XVIII, a Revolução Francesa contribui sobremaneira para a implementação do *l'état de droit*, já idealizado por Kant e influenciado pela ideologia rousseauniana. Nesse particular, brilha a estrela de outro contratualista, Jean-Jacques Rousseau na defesa de “uma forma de associação que proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e na qual cada um, embora unido a todos, possa ainda obedecer somente a si próprio, permanecendo tão livre como antes”²². Com o desenvolvimento de sua tese e a influência direta sobre a Revolução Francesa, Rousseau, obliquamente, trouxe ao mundo uma versão mais palpável de democracia, teorizada sobre a noção de “vontade geral” como fundamento de legitimidade da Figura do Estado. Segundo ele, esta não se confunde com o somatório das vontades dos indivíduos, mas corresponde a uma síntese dessas vontades; por isso, cada homem é livre para ter vontade individual contrária à geral, porém a vontade geral seria a única capaz de satisfazer a utilidade (interesse) pública(o).

Entrementes, entremeiam as contribuições da Revolução Inglesa e da Revolução Francesa, os trabalhos de Montesquieu – especialmente suas observações sobre a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes bem como sobre as funções executiva, legislativa e judiciária – e a Independência dos Estados Unidos da América. Os estudos montesquianos²³ levam à tese de que os o Estado deveria se manifestar mediante três principais funções equipotentes e inter-relacionadas²⁴: a executiva, com atribuições eminentemente administrativas e de governo; a legislativa, correspondente à tarefa de edição normativa e à de controle do Executivo; a judiciária, implícita em seu trabalho, entendida como

²² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. Porto Alegre: Globo, 1962, p. 27.

²³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²⁴ Embora a teoria dos poderes seja largamente conhecida como uma proposta de separação e independência dos poderes, Montesquieu, em verdade, demonstra existir uma imbricação de funções e uma interdependência entre elas. Por isso, é necessário que a expressão “separação dos poderes” seja interpretada à luz da própria obra de Montesquieu, adquirindo contornos semânticos diferenciados. (ALTHUSSER, Louis. **Politics and History: Montesquieu, Hegel and Marx**. Londres: NLB, 1972).

atribuição de um poder estatal nulo, porquanto os juizes seriam apenas o mecanismo de manifestação das leis nos casos concretos.

A tripartição das funções estatais não corresponderia a uma independência *stricto sensu* entre os poderes de Estado que as titularizariam – ou a uma mera organização do Governo para solução de eventuais problemas jurídico-administrativos –, mas sim a uma sorte de moderação intraestatal de forças²⁵: um poder deve ser dotado de mecanismos suficientes a possibilitar um controle efetivo sobre o avanço desarrazoado do outro; *i.e.*, o exercício das atribuições de um poder de Estado não pode invadir sobremaneira as competências do outro nem desenvolver-se a ponto de sobressair sobre os demais e a atividade estatal ser exercida com agigantamento de uma função.

Embora uma teoria consolidada²⁶ de moderação de forças autogerida pelo Estado encontra-se nos estudos de Montesquieu, sua efetivação prática é atribuída classicamente aos Estados Unidos da América, que, mediante os trabalhos dos Federalistas – em especial, Alexander Hamilton e James Madison –, transladaram o sistema de tripartição de funções do modelo monárquico para o republicano. Destaque-se o texto de James Madison publicado no n. 51 do *The Federalist Papers*:

TO WHAT expedient, then, shall we finally resort, for maintaining in practice the necessary partition of power among the several departments, as laid down in the Constitution? The only answer that can be given is, that as all these exterior provisions are found to be inadequate, the defect must be supplied, by so contriving the interior structure of the government as that its several constituent parts may,

²⁵ ALTHUSSER, Louis. *Politics and History: Montesquieu, Hegel and Marx*. Londres: NLB, 1972.

²⁶ Rudimentos do sistema de tripartição bem como dos *checks and balances* já são encontrados nos textos Aristóteles (Grécia Antiga), mas sem adentrar nos pormenores da forma como poderiam ser implementados na organização do Estado. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999).

by their mutual relations, be the means of keeping each other in their proper places.²⁷

Assim, na órbita norte-americana, dentre os conseqüências do sistema de *checks and balances*²⁸ ressaltam-se: o bicameralismo no Legislativo; o Poder Judiciário dotado de corte com atribuição de controle de constitucionalidade de normas; a competência para veto de leis dada ao Poder Executivo; o controle econômico e financeiro exercido pelo Legislativo; o controle parlamentar sobre os excessos da atividade executiva.

Assim, com o desencadeamento da Revolução Inglesa, da Independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, os germes do Estado de Direito e da democracia passaram por um processo de amadurecimento, culminando na demanda de criação de um sistema institucionalizado capaz de avaliar a legalidade dos atos da Administração, analisar minuciosamente as finanças públicas e a sua destinação conforme as disposições legais-constitucionais. De fato, pode-se dizer que, com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, houve a consolidação do surgimento do paradigma do Estado de Direito, e as atividades de controle externo ganharam ares de maior importância,

²⁷ “Então, a que meio devemos afinal recorrer, para manter na prática a necessária repartição de poder entre os diversos departamentos, tal como é estabelecido na Constituição? A única resposta que pode ser dada é que, como todas essas disposições exteriores se mostraram inadequadas, a insuficiência deve ser suprida imaginando a estrutura interna do governo de tal modo que as suas partes constituintes possam, através das suas relações mútuas, constituir os meios de manter-se umas às outras nos devidos lugares.” (MADISON, James. The structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments. *The Federalist*, Nova Iorque, n. 51, 6 fev. 1788, tradução nossa).

²⁸ *Checks* (comumente traduzido como “freios”) corresponde a uma imposição jurídica de um poder sobre o outro de forma a barrar arbitrariedades. É o caso do veto do Executivo sobre leis ou a declaração de inconstitucionalidade proferida por um tribunal constitucional. Já os *balances* (“contrapesos”) relacionam-se com o autocontrole ou *feedback* de um dos poderes, *e.g.*, no bicameralismo legislativo, há um sopesamento os interesses estatais (“Câmara Alta”) e os interesses do povo (“Câmara Baixa”), sendo uma o contrapeso de outra. Outro exemplo é a competência atribuída ao Legislativo para aprovar o orçamento anual encaminhado pelo Executivo. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Freios e contrapesos (checks and balances)*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999).

implicando uma nova consciência coletiva acerca do que se entendia por contas públicas: a Administração não só geria os recursos de toda uma coletividade (*res publica*), mas também passou a ser exercida pelo povo²⁹ (democracia³⁰).

Outrossim, nestes tempos de Modernidade tardia ou hipermodernidade³¹, talvez quem melhor ressignifique o conceito de democracia como regime político, sua operacionalização e sua organização, seja o jusfilósofo alemão Jürgen Habermas. A caracterização do Estado Democrático de Direito, nos moldes de sua Teoria do Discurso³², exige que os destinatários das normas se reconheçam como coautores das mesmas, em um contexto de cidadania ativa que visa conferir legitimidade aos processos deliberativos institucionalizados.

Nesses termos, segundo a teoria habermasiana, para que a autonomia privada possa se efetivar e constar do texto positivo, é necessário que tal construção possa obter um consenso na autonomia pública. Quer dizer, não é possível ao teórico social estabelecer as regras pelas

²⁹ Note-se que este trabalho não adentra à conceituação de povo ao longo das revoluções burguesas, mas cumpre anotar que a influência do “povo” sobre as decisões do Estado restringia-se principalmente à burguesia, até mesmo porque camadas miseráveis e menos favorecidas da população não tinham voz no Parlamento –seja o britânico, seja o francês. Para fins desses períodos, “povo” é entendido como elemento da população para além da nobreza e do alto oficialato do Executivo, não chegando a existir uma real representatividade, junto às autoridades públicas, das camadas social e economicamente mais desfavorecidas da sociedade. (HOBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009).

³⁰ Etimologicamente, este termo de origem grega tem por base outras duas palavras: *demos* (δῆμος), que significa povo, e *kratos* (κράτος), que significa poder, autoridade. Democracia significaria, portanto, poder do povo, e, por conseguinte, governo do povo.

³¹ Habermas não adota o conceito de pós-modernidade, uma vez que não descarta o objetivo maior do projeto emancipatório iluminista assentado nos pilares da racionalidade humana

³² Não será desenvolvida neste trabalho, em virtude da sua complexidade e extensão, a teoria habermasiana da sociedade. Recomenda-se a leitura da obra *Habermas e o direito Brasileiro*, do Prof. Álvaro Ricardo Souza Cruz (CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), que aborda com muita propriedade os principais pontos da teoria do autor alemão em uma sequência cronológico-evolutiva.

quais se pautarão a autonomia privada, pois essas só poderão ser construídas mediante a discussão entre os atores sociais.³³

É preciso, pois, que seja pensada uma liberdade de autogoverno para complementar a autonomia privada. Nesse contexto, os republicanos entendem que o povo deve tomar as decisões, tornando-se uma espécie de macrossujeito coletivo. O que propõe Habermas não é a ditadura do povo, ou seja, a colocação de tensão entre indivíduos a fim de que o lado mais forte (maioria no povo) vença. A teoria do discurso habermasiana propõe que se despersonalize o povo a fim de que os indivíduos sejam considerados por ele mesmos, os quais manifestam autonomamente seus argumentos (fluxo comunicativo), e o discurso se dê por aceitação dos demais sujeitos de que determinado argumento seja realmente o melhor. Assim, a vontade coletiva deve ser construída com base na discussão entre os vários atores, possibilitando que os destinatários dos direitos subjetivos sejam os próprios autores destes.

Tal “solidariedade” entre público e privado somente poderia ser possível mediante o implemento de três especificidades: autonomia pública procedimental, ou seja, os resultados da formação coletiva não encontram seu fundamento de legitimidade em costumes, tradições ou na própria natureza, e sim no consenso entre os atores sociais; a coletividade (“povo”) pressuposta na autonomia pública é ressignificada para o conceito de comunidade jurídica; o compromisso da autonomia pública com as liberdades individuais.³⁴

Destarte, ao mesmo tempo em que se confere ao Estado, pela via democrática, a titularidade da regulação e coordenação das atividades essenciais à vida em coletividade, cumprindo a ele o provimento das condições de coexistência de direitos e interesses individuais, coletivos e difusos³⁵, deve-se garantir ao tutelado total clareza e transparência na

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

³⁴ NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: LTr, 2008.

³⁵ FERRAZ, Luciano. Tomada de contas especial, responsabilidade civil e processo administrativo disciplinar. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 3, n. 26, abr. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43914>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

condução da atividade estatal. Como se vê, uma abordagem atrelada a um modelo de Estado Democrático de Direito, na qual se redescobre a importância do Direito como elemento de transformação e integração social, exorta uma mudança radical não só da forma de sua produção, mas também de sua operacionalização e aplicação nesse novo contexto de legitimidade e a necessidade de seu reconhecimento. Em síntese, a perspectiva democrática demonstra que, caso não se assente em bases legítimas, o Direito transmuda-se em arbitrariedade.

Justifica-se deste modo, nesse complexo construto no qual se assenta a legitimidade democrática, a imperiosidade do exercício de vigilância e fiscalização sobre o aparato das funções do Estado, indistintamente materializado sob a forma do controle³⁶. Conforme explica o prof. Luciano Ferraz³⁷, o que dita a face democrática de um Estado é exatamente o binômio controle/responsabilidade como forma de evitar a predominância ou o desequilíbrio de qualquer função (poder) estatal sobre outra³⁸. Esta constatação encontra amparo nas palavras de Robert Pyper³⁹, citado pelo administrativista (1999), quando preceitua:

Accountable government is deemed to be good government, and carries with it connotations of advanced democracy. Govern-

³⁶ O termo controle tem origem no latim clássico medieval *rotulum*, em francês *contre-rôle*, *contrôle*, no qual indica o exemplar do catálogo (dos contribuintes, dos censos, dos foros anuais) com base em que se verifica a operação do exator. Hoje, entretanto, incorpora-se na linguagem jurídica geral, assumindo significados bem diversos, conforme ensinamentos de Bergeron: **dominação** (hierarquia/subordinação); **direção** (comando); **limitação** (proibição); **vigilância** (fiscalização contínua); **verificação** (exame); **registro** (identificação). Cf. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos tribunais de contas. Belo São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 21-22. Cf. ainda MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 14-16.

³⁷ FERRAZ, Luciano. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 76.

³⁸ Isto, de certa forma, consagra o princípio da separação dos poderes preconizado por Montesquieu, em que a separação dos poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário) se presta como forma de autolimitação do poder dentro do chamado sistema de freios e contrapesos (da expressão inglesa *check and balances*), que no nosso ordenamento brasileiro encontra delineado na Constituição da República.

³⁹ PYPER, Robert. **Aspect of countability in the british system of government**. Esttham: Tudor, 1996, p.1.

ments which can be characterised as unaccountable or not properly accountable are likely to provide fertile ground for the cultivation of authoritarianism, totalitarianism and every type of abuse of power.⁴⁰

Caracterizada a importância do controle como instrumento básico do Estado Democrático de Direito e, por consequência, seu caráter indissociável dos mais ínsitos ideais de estabilidade democrática e garantia de direitos,⁴¹ importante trazer à colação as palavras do professor Paulo Neves de Carvalho, que, neste mesmo sentido, afirma que o verdadeiro controle é:

[...] instrumento de conscientização do agente político ou agente público do extraordinário e fecundo papel que lhe cabe na realização dos anseios comuns; isto tem que ver, é evidente, com educação, orientação, apoio e estímulo; tem que ver com a sociedade justa, cada centavo dos recursos públicos aplicados sob inspiração ética.⁴²

Diante do exposto, fez-se mister que o Estado criasse mecanismos para que o controle da Administração Pública pudesse ser efetivamente implementado, levando-se em consideração as diferentes

⁴⁰ “Um governo auditável é considerado um bom governo e carrega consigo traços de uma democracia avançada. Governos caracterizados como não auditáveis ou impropriamente auditáveis estão aptos a prover uma terra fértil para o aparecimento do autoritarismo, totalitarismo e todo tipo de abuso de poder.” (tradução nossa).

⁴¹ Nesse sentido, mencionem-se as palavras do prof. Ricardo Lobo Torres, da UERJ e UFRJ, trazidas à colação pelo Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais Flávio Régis Xavier de Moura e Castro: “a legitimidade do Estado Democrático depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento do controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e a desobediência civil a pretexto da ilegitimidade pública. O controle, como garantia da liberdade individual e dos princípios jurídicos, na exata observação de Klaus Vogel, não sofre limitações constitucionais, mas estímulos para sua plena realização”. (CASTRO, Flávio Régis Xavier. O papel do tribunal de contas e os desafios frente ao terceiro milênio. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, ano XVIII, abr./jun. 2000).

⁴² CARVALHO, Paulos Neves de. Prefácio. In: FERRAZ, Luciano. *Controle da administração pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

nuances do aparato estatal, principalmente em relação à melhor forma pela qual esse controle poderia ser institucionalizado. Insere-se, pois, nesse momento, a justificativa para criação e a existência entidades fiscalizadoras com especificidades próprias, órgãos cuja função precípua seria exatamente a de se prestarem ao desiderato de um controle externo independente e apartado de ingerências de qualquer ordem. Nesse cenário desafiador, exsurge, majestosa, a figura dos Tribunais de Contas⁴³ como o guardião da correta gestão, em sentido amplo, das finanças públicas.

Neste diapasão, não se desconhece na sua atuação, importância ímpar como fator de manutenção da estabilidade em países democráticos. No tocante ao Brasil, por exemplo, o professor Mário Lúcio Quintão, lembra que “durante os períodos autocráticos, os Tribunais de Contas perderam credibilidade e se desviaram de sua finalidade básica de aferir a transparência da Administração Pública [...]”⁴⁴. No mesmo sentido, nos dizeres do saudoso conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais Eduardo Carone Costa: “O nexos causal entre o regime das liberdades e os Tribunais de Contas é confirmado com os fatos verídicos de nossa história política recente ou remota pois, invariavelmente, quando se fraturam as instituições democráticas, ou se suprime o controle externo ou se abastarda sua atuação.”⁴⁵.

Nesses termos, esquadrihada a forma pela qual a teia ou rede de controle pode melhor responder às demandas de uma democracia participativa, com especial enfoque nessa relação simbiótica e equilibrada entre o público e o privado, torna-se possível adentrar no ponto central desta pesquisa que visa exatamente explicitar os contornos e as especificidades instituições autônomas de fiscalização financeira de forma ampla – com destaque para os Tribunais de Contas – não sem focar

⁴³ Importante deixar consignado que o modelo *Tribunais de Contas* não é adotado nos países anglo-saxões, que optam por um modelo de auditoria geral, sem funções deliberativas, naquilo que se conhece como *general accounting office*, conforme será melhor debatido no decorrer desta pesquisa.

⁴⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Atlas, 2010, p. 117.

⁴⁵ COSTA, Eduardo Carone. Incompreensão. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, jan./mar. 1996, p. 17.

o trabalho em uma análise crítica da forma de escolha dos membros dos Tribunais de Contas no Brasil. Para tanto, será feita uma análise comparada, a partir dos modelos adotados em Portugal, Angola e Timor-Leste, para ao final, se fazer a propositura de um modo alternativo de seleção dos Ministros e Conselheiros das Cortes de Contas no Brasil. Portanto, é este caminho que a pesquisa se propõe a percorrer.

2. Metodologia

A pesquisa se propõe a adotar uma linha crítico-metodológico, uma vez que busca estruturar uma análise crítica com uma reflexão sobre o modelo Tribunal de Contas no Brasil. Para tanto, adotar-se-á como guia metodológico principal a vertente jurídico-dogmática da pesquisa social aplicada e jurídica, balizada pela legislação, doutrina e jurisprudência comparadas, em especial aquelas relativas ao modelo Tribunais de Contas no Brasil, Portugal, Angola e Timor Leste.

O trabalho, em verdade, tangenciou – porquanto há conexão entre eles – diversos eixos investigatórios que envolvem o tipo histórico-jurídico, assentado na abordagem dos institutos em uma relação espaço-temporal; o jurídico-exploratório, que ressalta as características, percepções e descrições dos institutos; o jurídico comparativo, que identifica as similitudes e diferenças envolvidas em dois ou mais sistemas jurídicos; o jurídico-descritivo, que busca a decomposição do problema em diversos aspectos, relações e níveis; o jurídico-prospectivo, cujo objetivo é detectar tendências futuras de determinado instituto jurídico e por fim o jurídico-propositivo, que visam propor mudanças legislativas de regência dos institutos em questão.

3. Discussão e resultados

3.1. *Entidades de fiscalização superior*

Basicamente dois são os principais sistemas de controle externo utilizados no mundo: os tribunais de contas e as auditorias-gerais.

Mediante uma análise histórica, observa-se que o sistema colegiado de tribunal sempre esteve mais relacionado com países que priorizam o aspecto da legalidade dos atos de arrecadação e despesa públicas em detrimento do sistema de auditoria-geral, cujo olhar sempre esteve mais voltado para o desempenho daqueles que fiscaliza.⁴⁶

Contudo, o modelo de tribunais de contas passou, nas últimas décadas, por processos de intensa readaptação à administração pública contemporânea, principalmente no que tange ao foco em resultados. Exemplo disso são os tribunais de contas brasileiros, que, a partir da Constituição da República de 1988 e, mais acentuadamente, após a Reforma Administrativa de 1998, passaram a adotar técnicas capazes de aferir o desempenho de seus jurisdicionados (auditorias operacionais).

Há atualmente diversos tipos de tribunais de contas, estando todos ligados à jurisdição financeira – ou “de contas”, como comumente é chamada no Brasil. As principais diferenças entre eles estão relacionadas com a topologia dessas cortes no organograma estatal e o momento em que o controle externo prioritariamente se efetiva.

Exemplificativamente, os tribunais de contas de Portugal⁴⁷ e Grécia⁴⁸ possuem jurisdição própria nesses países; o Tribunal de Contas francês (*Cour de Comptes*) exerce função judicial (contencioso administrativo), mas não está associado a nenhum dos poderes de Estado⁴⁹; o Tribunal de Contas italiano (*Corte dei Conti*) também não está inserido em nenhum poder de Estado, mas exerce jurisdição própria no que tange às suas competências⁵⁰; o Tribunal de Contas austríaco (*Rechnungshof*) possui relações com o Legislativo, com independên-

⁴⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

⁴⁷ Artigo 209, 1, da Constituição de Portugal.

⁴⁸ Na Grécia, a “Câmara de Contas” (Ελεγκτικό Συνέδριο) acumula funções consultiva, fiscalizadora e judicial. Esta última constitui um dos três braços do sistema judicial grego – no caso, justiça administrativa – e é exercida no julgamento de contas de servidores públicos e da solução de litígios envolvendo aposentadoria e pensões, quando o Tribunal diz do direito em caráter definitivo e irrevogável. (Lei n. 4.129/2013)

⁴⁹ Artigo 47-2 da Constituição da República Francesa, c/c os Artigos L111-1 a L111-10 do Código de Jurisdição Financeira.

⁵⁰ Artigos 100 e 103 da Constituição Italiana de 1947.

cia apenas funcional, tendo função eminentemente fiscalizadora, sem poderes jurisdicionais⁵¹. Quanto ao tempo em que é exercida a atividade de controle, a França prioriza o controle externo *a posteriori*; a *Corte dei Conti* tem um forte viés *a priori* do controle, *i.e.*, os atos administrativos elencados em lei – em geral, os mais relevantes – não produzem efeitos sem um visto prévio do tribunal.

Já o modelo de Auditorias-Gerais – órgãos singulares – prevalece nos países cujo controle externo sofreram influência do sistema britânico. Esse tipo de entidade de fiscalização superior desenvolveu-se no Reino Unido. Durante a Idade Média, a Inglaterra possuía o *Exchequer*, um órgão liderado por uma autoridade pública submetido à Ordem da Coroa, responsável por fiscalizar as finanças públicas para o próprio Rei, fornecendo-lhe informativos gerenciais da arrecadação das receitas e da execução das despesas. Em verdade, tratava-se de uma espécie de fiscal de tributos da Coroa que conquistara outras competências e maior *status*.

No decorrer da história, diversos foram os cargos de controle externo no Reino Unido, mas apenas nos anos 1860 que o Parlamento, de fato, tomou para si a competência de controlar e fiscalizar as contas públicas, especialmente com a edição, em 1866, da Lei do Tesouro e das Auditorias (1866 *Exchequer and Audit Departments Act*). Este ato normativo criou o cargo de Controlador e Auditor Geral assim como órgãos e setores que lhe servissem de apoio para o exercício de suas funções. Sem dúvida, foi um dos maiores passos rumo à mudança de perspectiva da finalidade do controle externo, retirando o sentido de a Coroa manter auditores nomeados para fiscalizar suas próprias contas.

Compreendidas as diferenças de base entre os modelos de controle externo, para que se possa traçar um prognóstico de qual seria a melhor forma de organização das Cortes de Contas, tendo-se como foco o Brasil – que adota o sistema colegiado de controle externo na forma de *Tribunal de Contas* –, afigura-se fundamental explicitar o funcionamento em sentido amplo do sistema Tribunal de Contas em uma perspectiva comparada, adotando-se para efeito de recorte epis-

⁵¹ Capítulo VI da Lei Constitucional Federal (Áustria).

temológico os países de língua portuguesa, com especial destaque para Brasil, Portugal, Angola e Timor Leste.

Dada a dimensão de uma análise deste porte, optou-se por restringir o estudo ao caso do Brasil, país lusófono latino-americano, colonizado por Portugal, com um sistema jurídico *sui generis* e de influências múltiplas. Objetiva-se, assim, como sobredito, analisar as colaborações do direito comparado para o modelo brasileiro de EFS (entidades de fiscalização superior) – principalmente no que tange à forma de nomeação de seus membros – bem como propor alterações na sistemática constitucional-legal de modo que se aprimore o controle externo por ela exercido.

A justificativa da escolha do estudo comparado entre Brasil, Portugal, Angola e Timor-Leste ganha sentido quando se percebe que serão delineadas as principais características dos Tribunais de Contas nos quatro continentes: América, Europa, África e Ásia, o que permite uma compreensão globalizada da matéria, a demonstrar, ainda que lateralmente a relevância da língua portuguesa nos quatro cantos do mundo.

3.2. Tribunal de Contas de Portugal

Não obstante fugir do escopo desta pesquisa uma análise amide da evolução do Tribunal de Contas português – obviamente entendido como herdeiro de uma linhagem de outras instituições da Administração Pública, que, sob diferentes matizes e denominações, se encarregaram da fiscalização dos dinheiros públicos no curso da história, é imperioso deixar consignado alguns apontamentos sobre essa trajetória. Isso porque, partindo dessa premissa de uma linha de continuidade e identidade institucional, sobreleva afirmar que se trata de uma das mais antigas instituições do Estado Português, remontando aos longínquos idos de fins do século XIII.

Nesse primeiro momento, era a Casa dos Contos a responsável pela centralização e racionalização da contabilidade real, o julgamento das contas dos responsáveis até mesmo a exação fiscal, situação que já não mais se verifica nos Estados Modernos. A Casa dos Contos foi

substituída de 1761 a 1844, de forma sucessiva pelo Erário Régio e Tribunal do Tesouro Público, que à margem da atuação controladora, tipicamente verificada nos Tribunais de Contas, focavam sua atuação em atividades executivas e de tesouraria no âmbito da Administração Pública. O resgate na higidez de um órgão estruturalmente especializado com controle das finanças públicas se deu, sob influência francesa, com a criação do Tribunal de Contas – com essa designação em 1849 –, que a par de mudanças na esfera de suas competências e forma de atuação durante o período Salazarista, mantém seus pilares estruturais constitutivos até nossos dias⁵².

Assim, na atualidade, o Tribunal de Contas Português é uma entidade de fiscalização superior (EFS) de topologia constitucional *sui generis*. Na linha do Estado francês, que adota o modelo de conten-

⁵² A redemocratização portuguesa resgata a percepção – como a de outros Estados que passaram pelo mesmo processo – de que a democracia não é um fim em si mesmo, que se esgota na ocorrência deste ou aquele evento. A democracia é sempre um processo inacabado, repleta de sucessos e fracasso, idas e vindas, caracterizando sempre um caminhar para e não um chegar a. Nesse cenário, a consolidação dos tribunais de contas como órgão democrático soberano certamente encontra seus percalços e intercorrências. Essa constatação pode ser melhor compreendida quando se verifica que “É difícil, todavia, aos governantes aceitarem o controlo financeiro independente. Nada se fez de muito importante para dar execução efectiva à Constituição até ao final dos anos oitenta, época em que, a par com as novas necessidades de controlo financeiro resultantes da integração europeia a partir de 1 de Janeiro de 1986, a Revisão Constitucional de 1989 e a Lei de Reforma do Tribunal de Contas (Lei nº 86/89, de 8 de Setembro) deram efectiva e correcta execução ao que se encontrava disposto na Constituição de 1976, apesar de se tratar do início da constituição de um órgão de controlo externo democrático, carecido de desenvolvimentos futuros. Subsistem dúvidas e dificuldades, mas é incontestável que a combinação do dispositivo constitucional e da sua tardia execução – foi a instituição que mais demorou a ser adaptada aos novos princípios da Constituição da 306 República Portuguesa de 1976 – acabaram por operar no Tribunal de Contas uma verdadeira transição democrática, iniciando uma reforma da instituição que permitiu a sua modernização e actualização, embora em termos graduais e em moldes que tornam ainda clara a necessidade de novas etapas e desenvolvimentos.” (FRANCO, António L. de Sousa; BARROS, Manuel Freire de. **O Tribunal de Contas de Portugal: evolução e situação actual**. In: ORGANIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES SUPERIORES DE CONTROLE DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. [Sítio eletrônico]. Disponível em: <<http://www.oiscplp.org/lumis/portal>>. Acesso em: 30 set. 2017).

cioso administrativo⁵³, dando poderes à *Cour de Comptes* para fazer coisa julgada em suas decisões mesmo sem integrar a Justiça Francesa, o Constituinte português, sob os mesmos auspícios de uma não exclusividade no exercício da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, entendeu necessário elevar o Tribunal de Contas à categoria de Tribunal soberano, dotado de autonomia e competências próprias para exercer jurisdição especializada *strictu sensu* na seara das finanças públicas⁵⁴, afigurando-se, por assim dizer, como um *tertium genus*,

⁵³ “O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição. Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao poder judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel, 1964:60). Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos ‘as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem’. Essa norma foi confirmada, posteriormente, pelo decreto de 16 frutidor do ano 111: ‘Proibições iterativas feitas aos tribunais de conhecer atos de administração de qualquer espécie...’” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4-5).

⁵⁴ “A Constituição de 1976, que instituiu o Estado democrático após a revolução de 25 de Abril de 1974, definiu inequivocamente a natureza do Tribunal de Contas como um Tribunal financeiro integrado no aparelho judiciário, a par de todos os outros tribunais, dotando-o assim, ao menos no plano dos princípios, das características de real independência e de superioridade das suas decisões relativamente às da Administração, quando se trata de aplicação do Direito, que são requisitos do estatuto de qualquer Tribunal.” (PORTUGAL. Tribunal de Contas. [Portal eletrônico]. *Um tribunal de contas democrático*. Disponível em: <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia/tc1976-.shtm>>. Acesso em: 12 set. 2016.). Importante ainda deixar consignado que suas decisões são fundadas de forma exclusiva na Constituição e na legislação ordinária, não se submetendo a nenhum tipo de ingerência de outros órgãos também soberanos.

ainda que integrante do Sistema Judiciário (de Jurisdição) Lusitano, como se infere do disposto no art. 209.º da Constituição da República Portuguesa de 1976, *in verbis*:

CAPÍTULO II Organização dos tribunais

Artigo 209.º Categorias de tribunais

1. 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.**

No mesmo sentido, ainda nos termos da Constituição de Portugal, foi disciplinado que a finalidade do Tribunal de Contas associa-se à fiscalização da legalidade das despesas públicas e no julgamento das contas que lhe são submetidas por lei (artigo 216º n.º 1 da CRP), podendo ainda aplicar sanções. O Tribunal de Contas de Portugal é composto por 16 juizes e duas seções regionais autónomas⁵⁵ – Seções do Tribunal de Contas dos Açores e da Madeira, situadas nas cidades de Ponta Delgada e do Funchal, respectivamente –, compostas por um juiz cada⁵⁶.

A escolha dos membros se dá mediante aprovação em concurso de análise curricular, realizada por uma comissão específica composta pelo Presidente e Vice-presidente do Tribunal, pelo decano da Corte, um professor de Direito designado pelo Governo e um professor de Economia, Finanças, Organização e Gestão ou Auditoria também designado pelo Governo.

⁵⁵ Artigo 214º, n. 4, da Constituição Portuguesa.

⁵⁶ Art. 14º, n. 1º, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Portugal).

Como o Tribunal de Contas português integra o Sistema Judiciário, a Corte é dotada de independência institucional bem como de autonomia administrativa e financeira (autogoverno). Os seus juizes gozam das mesmas garantias da magistratura, quais sejam, inamovibilidade e irresponsabilidade, sujeitando-se apenas à legislação e à Constituição portuguesas.⁵⁷

As deliberações de alta relevância administrativa e de maior impacto funcional são feitas pelo Plenário Geral⁵⁸, integrado por todos os juizes-membros do Tribunal, sendo atribuição do Presidente convocar suas sessões, ou dos próprios integrantes mediante solicitação de um terço deles.

A autoridade representativa e diretiva do Tribunal de Contas português é o seu Presidente, competindo-lhe a presidência das sessões, relacionar a Corte com outros órgãos e entes de Estado, encaminhar proposta aos órgãos do Tribunal de Contas naquilo que for da sua competência, nomear os dirigentes de secretaria e serviços de apoio.

O Presidente do Tribunal é nomeado pelo Presidente da República, sob proposta do Governo,⁵⁹ para o exercício de um mandato de quatro anos⁶⁰ – renovável por igual período – podendo também ser por ele exonerado. Não há nenhum óbice à nomeação de pessoa estranha ao quadro de juizes-conselheiros do Tribunal. Contudo, caso a nomeação recaia sobre um membro da Corte, seu lugar lhe permanecerá reservado até o término do mandato de presidente.⁶¹

⁵⁷ Art. 7º, n. 2º, e art. 8º, n. 1, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) (Portugal).

⁵⁸ Exemplificativamente, ao Plenário Geral compete fixar o número de juizes de cada seção especializada (art. 15º, n. 2 e 3, da LOPTC); eleger o vice-presidente do Tribunal (art. 17, n. 1, da LOPTC); exercer o poder disciplinar sobre os seus juizes (art. 25 da LOPTC); exercer diversos poderes administrativos e financeiros do Tribunal (art. 32, da LOPTC); aprovar o programa trienal do Tribunal (art. 37º, n. 1, da LOPTC); aprovar o programa anual de atividades do Tribunal e respectivos serviços de apoio (art. 43º, n. 2, da LOPTC)

⁵⁹ Artigo 133º, alínea *m*, da Constituição Portuguesa.

⁶⁰ Artigo 214º, n. 2, da Constituição Portuguesa.

⁶¹ Art. 16º, n. 2º, da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Portugal).

Saliente-se que há doutrinadores portugueses que se insurgem contra o fato de a nomeação e a exoneração partirem de atos do Presidente da República. Nessa linha, destaca-se Carlos Moreno⁶², quem entende ser incompatível com o sistema de controle externo que o Governo possa nomear o Presidente do órgão que irá fiscalizá-lo, pois comprometeria a independência de que necessitam as EFS.

Corroborar este entendimento Paulo Nogueira da Costa, que propõe “em nome da ‘coerência do sistema organizatório e funcional do Tribunal’, que o Presidente da EFS Portuguesa seja trienalmente eleito pelo Plenário Geral, emergindo como o *primus inter pares*”⁶³. Por fim, o mesmo autor propõe ainda a alternativa de o Parlamento eleger o Presidente do Tribunal, por maioria qualificada, como se pode verificar do seguinte excerto de sua lição doutrinária:

Esta solução parece-nos razoável na medida em que: (i) cabe ao Tribunal de Contas a realização da justiça financeira em nome do povo, então faz sentido que seja o órgão de representação popular a eleger o presidente da ISC nacional; (ii) se uma das missões fundamentais do Tribunal de Contas é a de auxiliar tecnicamente o Parlamento de modo a que este garanta um eficaz controlo político da gestão financeira dos recursos públicos, seria natural que fosse o órgão de controlo político a nomear o presidente do órgão de controlo técnico; (iii) a eleição do presidente do Tribunal de Contas pelo parlamento seria apta a fomentar uma maior coerência entre os controlos político e técnico; (iv) aos olhos do cidadão, o facto de o Presidente do Tribunal de Contas (tal como o Procurador-Geral da República) ser proposto pelo Governo é apto a suscitar dúvidas quanto à adequação deste mecanismo às exigíveis garantias de imparcialidade do Tribunal de Contas e dos seus membros, podendo a respectiva eleição através do Parlamento contribuir para dissipar essas dúvidas.⁶⁴

⁶² MORENO, Carlos. Finanças públicas. Gestão, controlo e auditoria de dinheiros públicos. 3. ed. Lisboa: 2006, p. 340.

⁶³ COSTA, Paulo Nogueira da. O Tribunal de Contas e a boa governança. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Coimbra: Coimbra Ed., 2014.

⁶⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 129.

Quanto ao Ministério Público, este é representado, junto da sede do Tribunal de Contas, pelo Procurador-Geral da República, sendo-lhe facultado delegar as funções para um ou mais dos procuradores-gerais-adjuntos. Compete ainda ao Ministério Público realizar diligências complementares que entender necessárias e adequadas, desde que relacionadas com fatos constantes dos relatórios que lhe sejam remetidos. Tais diligências podem, inclusive, desencadear outros procedimentos jurisdicionais.⁶⁵ Saliente-se que é atribuição do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas levar a conhecimento da Corte e provocá-la a se manifestar sobre infracções financeiras, sendo vedado ao juízo agir *ex officio*.⁶⁶

3.3. *Tribunal de Contas de Angola*

O Tribunal de Contas de Angola também se encontra inserido no sistema jurisdicional da República de Angola.⁶⁷ Seus juízes-membros gozam das mesmas prerrogativas e vantagens dos demais membros do Poder Judiciário, sendo garantido formalmente ao Tribunal o autogoverno e a independência para sua atuação e jurisdição.⁶⁸

Na Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Angola (Lei n. 13/2010), ficam claras a função precípua jurisdicional da Corte e suas competências para o julgamento de contas públicas afetas aos serviços e às entidades sujeitas à sua jurisdição (art. 6º, *b*).

De forma semelhante a Portugal, os juízes-membros do Tribunal também são selecionados mediante concurso curricular (art. 22º), o qual é apreciado pelo Conselho Superior de Magistratura Judicial. Uma vez selecionados e nomeados, os juízes cumprem um mandato, não renovável, de sete anos.

Os membros da Corte devem ser escolhidos entre magistrados e não magistrados, desde que satisfeitas as condições impostas no art. 23º: ser

⁶⁵ Art. 29º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Portugal).

⁶⁶ Arts. 58º, 89º e 108º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (Portugal).

⁶⁷ CAPÍTULO IV (Poder Judicial), Seção II (Tribunais).

⁶⁸ Art. 13 da Lei n. 13/2010 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Angola)

cidadão angolano com pelo menos 35 anos de idade; possuir licenciatura em direito, economia, finanças, gestão ou “em cursos similares”, com ao menos 10 anos de experiência profissional; ser magistrado judicial ou o Ministério Público com classificação de bom e experiência profissional de no mínimo 10 anos; ser moralmente idôneo; gozar plenamente de direitos civis e políticos; não ter condenação por crime doloso punível com prisão maior. Na República de Angola, o Presidente do Tribunal, o vice-presidente e todos os demais juizes são nomeados pelo Presidente da República após o cumprimento das formalidades previstas em lei.

O Tribunal, em sua estrutura, ainda conta com a atuação do Ministério Público, o qual possui legitimidade para impetrar ações criminais e cíveis perante os demais juizes de Angola, desde que sejam relacionadas com atos financeiros do Poder Público⁶⁹.

Atualmente há uma divergência entre teóricos do Direito quanto à topologia do Tribunal de Contas de Angola em relação aos Poderes de Estado. É de se salientar que a própria Corte se classifica como integrante do Poder Judicial, como se depreende de diversas passagens do sítio eletrônico da instituição. *In litteris*:

Em Angola, o surgimento de um órgão de natureza judicial para o controlo do dinheiro público, remonta desde o ano de 1917, com a aprovação da “CARTA ORGÂNICA” da Província pelo Decreto n.º 3621 instituiu um Tribunal privativo para julgar questões do Contencioso Administrativo, Fiscal e de Contas, denominado por Tribunal do Contencioso e de Contas, onde vinha definida a sua competência, bem como as responsabilidades financeiras dos agentes da Administração da Fazenda e dos gestores públicos. Porém, as decisões proferidas pelas acções de contas eram susceptíveis de recurso para o Conselho Colonial.

[...]

A consagração do Tribunal de Contas, como órgão judicial, de competência especializada, passou a ter foro Constitucional e abriu-se

⁶⁹ Art. 28º da Lei n. 13/2010 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Angola).

uma nova era no controlo e fiscalização da “república”, âmbito da edificação de um Estado Democrático e de Direito, e responde de forma clara, à necessidade de preencher um espaço importantíssimo no domínio do controlo e da responsabilidade na utilização dos dinheiros públicos, uma realidade que no passado (pós independência), não mereceu a devida atenção do poder político.

UM TRIBUNAL DE CONTAS DEMOCRÁTICO (1996-2003)

[...] Neste ano (1994), foi constituído um grupo de trabalho encarregue de elaborar os projectos de diplomas para a criação e funcionamento do Tribunal de Contas, através do despacho n.º 45/94, de 17 de Agosto, por Sua Excelência Senhor Ministro da Justiça de Angola.

Esse grupo de trabalho encarregou-se, “grosso modo”, de apresentar o projecto da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, referindo-se sobre o âmbito da sua jurisdição, competência, funcionamento e natureza, como também, alguns aspectos referentes a estruturação e organização interna, a necessidade da sua **integração na unidade dos diferentes órgãos, que integram o poder judicial**, bem como, aspectos que têm a ver com a sua relação com os outros órgãos do poder do Estado.⁷⁰

Segundo Jorge Bacelar Gouveia, a organização dos tribunais angolanos é “complexa em face dos múltiplos critérios possíveis para discernir as competências jurisdicionais exercidas”⁷¹, se estabelecendo conforme dois principais critérios: o da hierarquia e o da matéria.

Segundo o critério da hierarquia, o Tribunal de Contas seria uma jurisdição única, embora haja mecanismos processuais que permitam mais do que um grau de decisão, assegurando o direito ao contraditório e à ampla defesa. Já conforme o critério material, a Corte de Contas

⁷⁰ ANGOLA. Tribunal de Contas. [Portal eletrónico]. **História**. Disponível em: <<http://www.tcontas.ao/portal/page/portal/Tribunal%20de%20Contas%20de%20Angola/Sobre%20TC/Historial>>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁷¹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Angola**. Lisboa: Norprint, 2014, p. 438.

exerceria o que Gouveia⁷² denomina de jurisdição financeira, a qual pode ser evidenciada pela leitura do art. 182º, n. 1º, da Constituição da República de Angola: “O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das finanças públicas e de julgamento das contas que a lei sujeitar à sua jurisdição”.

3.4. Câmara de Contas do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas, de Timor-Leste

No mesmo ano da proclamação de sua independência em relação a Portugal (1975), Timor-Leste foi invadido e ocupado pela Indonésia. A luta de vários anos, décadas, pela retirada dos indonésios do país abalou a já parca infraestrutura que existia no país. Vinte e quatro anos mais tarde, em 1999, houve um referendo popular em Timor-Leste – negociado entre Portugal e Indonésia por intermédio da Organização das Nações Unidas – sobre a independência desse território. Tendo a população decidido pela independência, a Organização das Nações Unidas, em 1999, aprovou a Resolução do Conselho de Segurança n. 1264, que determinou o envio de forças militares multinacionais para restaurar a ordem e a auxiliar no processo de independência do país.⁷³

Dado o fato histórico de Timor-Leste ser um país recém-independente no qual se instaurou um regime autocrático que perdurou por mais de duas décadas, verifica-se as suas instituições democráticas estão sendo paulatinamente criadas e consolidadas, entre elas, obviamente, está o sistema de controle externo.

A Constituição da República Democrática de Timor-Leste insere, entre suas cortes do Judiciário o Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas. Segundo o art. 129º do texto constitucional, compete a este tribunal, como instância única, “a fiscalização da legalidade das despesas públicas e o julgamento das contas do Estado”.

⁷² GOUVEIA, Jorge Bacelar. O poder judicial na Constituição de Angola de 2010. *História: debates e tendências*, v. 15, n. 1, p. 56-67, jan./mar. 2015.

⁷³ FOX, James J.; SOARES, Dionisio Babo (Ed.). *Out of the ashes: destruction and reconstruction of East Timor*. Hindmarsh: Crawford House, 2000.

O mesmo texto ainda lhe estabelece outras competências no tocante à jurisdição contenciosa administrativa, dando-lhes ainda outras funções jurisdicionais.⁷⁴

A fim de facilitar a organização jurisdicional, o Estado timorense decidiu, nos termos da Lei n. 9/2011, de 17 de agosto, criar um órgão especializado do referido Tribunal Superior com atribuição de julgar apenas contas públicas, qual seja a Câmara de Contas. Na prática, a Câmara de Contas tornou-se um equivalente ao Tribunal de Contas nos moldes de Angola e Portugal, porquanto é integrante do Poder Judiciário, possuindo jurisdição e poderes de controle financeiro nacional e estrangeiro; este último em relação a serviços, organismos ou representações do Estado de Timor-Leste no exterior.

Saliente-se que a criação da Câmara de Contas foi, em verdade, um passo rumo à implementação do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas – ainda não plenamente instalado –, como se verifica de parte do relatório emitido em 2012 pelo IV Governo Constitucional:

Foi criada uma Câmara de Contas para conduzir auditorias independentes do Estado. A Câmara de Contas é um órgão judicial estabelecido segundo o Tribunal de Recurso. A sua formação é o primeiro passo rumo ao estabelecimento pleno de um Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas. Os funcionários da Câmara de Contas têm vindo a receber formação rigorosa a fim de serem capazes de desempenhar devidamente o seu papel no que se refere à análise do Orçamento do Estado.⁷⁵

⁷⁴ “O processo administrativo contencioso é o que se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, com competências para proferir decisões com força de coisa julgada sobre as lides surgidas entre a Administração e administrado. Esse tipo de processo administrativo só existe nos países que adotam o contencioso administrativo; nos demais, essa fase se desenvolve perante o Poder Judiciário, porque só este pode proferir decisão com força de coisa julgada [...]” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 625).

⁷⁵ TIMOR-LESTE. “Adeus Conflito, Bem-vindo Desenvolvimento”: retrato da governação do mandato da AMP (2007-2012). [Relatório], maio 2012. Disponível em: <http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2012/07/ACBD_pt.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.

Os juizes-membros da Câmara de Contas, tal como nos demais estados soberanos ora estudados, têm a garantia formal de que não se sujeitam a ordens ou instruções de outros órgãos. Tal como em Portugal e Angola, as decisões do tribunal de contas fazem coisa julgada, e suas decisões prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades estatais.⁷⁶

Nos termos do art. 16º da Lei n. 9/2011, de 17 de agosto, o recrutamento dos juizes se faz mediante avaliação curricular e entrevista, realizada perante um júri composto pelo Presidente do Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas – que o preside –, dois juizes nomeados por este, um membro do Conselho Superior de Magistratura e um professor universitário da área de Economia, Finanças, Organização e Gestão ou Auditoria designado pelo Governo.

O júri faz uma avaliação graduada dos candidatos mediante apreciação global que considere classificações acadêmicas e experiência profissional relevantes para a função, perfil ético e moral para o exercício da função, preparação técnica para o exercício da função, trabalhos científicos ou profissionais desenvolvidos e outros fatores relevantes para o cargo.⁷⁷

Além dos requisitos previstos na Constituição para provimentos de cargos da magistratura, somente podem ser nomeados juizes da Câmara de Contas aqueles que tiverem idade superior a 35 anos e sejam:

Artigo 17º

Requisitos de Provitmento

[...]

- a) Magistrados judiciais ou do Ministério Público ou agentes da Defensoria Pública, com classificação superior a Bom;
- b) Doutores em Direito, Economia, Finanças ou Organização e Gestão ou em outras áreas adequadas ao exercício das funções;

⁷⁶ Artigo 6º, II, da Lei n. 9/2011 (Lei Orgânica da Câmara de Contas – Timor-Leste).

⁷⁷ Artigo 16º, III, da Lei n. 9/2011 (Lei Orgânica da Câmara de Contas – Timor-Leste).

c) Mestres ou licenciados em Direito, Economia, Finanças ou Organização e Gestão ou em outras áreas adequadas ao exercício das funções, com experiência na Administração Pública ou de funções docentes no ensino superior universitário em disciplinas afins da matéria da Câmara de Contas;

d) Mestres ou licenciados em Direito, Economia, Finanças ou Organização e Gestão de Empresas de reconhecido mérito com experiência em cargos de direcção de empresas ou de membro de conselhos de administração ou de gestão ou de conselhos fiscais ou de comissões de fiscalização.⁷⁸

O Ministério Público oficia, mediante o Procurador-Geral da República ou quem este delegue a competência para representá-lo, junto à Câmara de Contas em todos os processos que nela tramitam, podendo agir de ofício, inclusive realizar, ele próprio, diligências complementares sobre fatos evidenciados.⁷⁹

3.5. Tribunal de Contas do Brasil: análise crítica e propostas

3.5.1 A atividade de controle da Administração Pública no Brasil

Como ressaltado na introdução deste trabalho, contemporaneamente, o controle possui importância tamanha que chega a ser princípio basilar do próprio Estado Democrático de Direito. No modelo brasileiro, o controle da Administração Pública se materializa na forma dos controles legislativo ou parlamentar, jurídico e administrativo.

O controle parlamentar, desde que não incidente sobre seus próprios atos, é dessa forma classificado como externo aos outros poderes e entidades que integram a Administração pública, retirando seu arcabouço e limites do próprio texto constitucional. Nesse diapasão, esse controle pode se dar de duas formas: (1) diretamente, quando estruturalmente exercido pelas próprias casas legislativas. Na hipó-

⁷⁸ Lei n. 9/2011 (Lei Orgânica da Câmara de Contas – Timor-Leste).

⁷⁹ Artigo 23º da Lei n. 9/2011 (Lei Orgânica da Câmara de Contas – Timor-Leste).

tese, a feição é eminentemente política, máxime em relação às ações do poder executivo (ex: fiscalizar e controlar diretamente os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta – art. 49, X CR/88; sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o Poder Regulamentar – art. 49, V CR/88; convocar Ministros de Estado para prestar esclarecimentos – art. 58, § 2º, III CR/88; etc.) e (2) indiretamente, nos casos da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, conforme preceitua o art. 70 da CR/88, uma vez que realizada com o auxílio dos Tribunais de Contas (art. 71, *caput*, da CR/88).

O controle judicial, por outro lado, segundo assevera Luiz Zaidman, citado pelo Ministro Substituto do Tribunal de Contas da União Lincoln Magalhães Rocha⁸⁰, deve ser entendido como aquele que se desenvolve com o fito de salvaguarda da normalidade ameaçada ou atingida por uma atuação lesiva, objetivando a imposição de sanções ao agente dessa ação.

Na hipótese vertente, diversos são os mecanismos que o ordenamento jurídico brasileiro coloca como salvaguarda judicial da escorreita aplicação dos recursos públicos, permitindo um amplo espectro de controle ao permitir que tanto instituições integrantes do aparato estatal como o próprio cidadão possam provocar o Poder Judiciário. Dentre esses meios, podem ser citados o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da CR/88); mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX, da CR/88, e Lei n. 12.016/2009); mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CR/88, e Lei n. 12.016/2009), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CR/88, e Lei n. 13.300/2016); o *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CR/88); a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CR/88, e Lei n. 4.717/1965); a ação civil pública (art. 5º, LXIX CR/88 e Lei 7347/85), além de outros mais.

De outra banda, o controle administrativo é aquele realizado pela própria Administração Pública sobre seus atos, podendo ser efetivado tanto mediante provocação (*v.g.* denúncias ou representações e recursos administrativos), como também *ex officio*, a teor do que estabelecem

⁸⁰ ROCHA. Lincoln Magalhães da. A Função controle na Administração Pública. Controle Interno e Externo. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 2, abr. 2001, p. 125.

as Súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal⁸¹, ao esquadri-nhar a denominada *autotutela* administrativa.

Com essas considerações, é momento de desvelar os principais pon-tos atinentes à inserção dos Tribunais de Contas no aparato estatal bra-sileiro e estabelecer os contornos do exercício das suas competências.

3.5.2. *Tribunais de contas na federação brasileira*⁸²

A forma federativa de Estado é a adotada pelo Brasil desde a Pri-meira República, tendo sido positivada pela primeira vez no texto constitucional de 1891. O próprio nome que a Constituição de 1891 se deu bem como o título do Título I deixavam explícitos o Estado Federal “**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNI-DOS DO BRASIL; TÍTULO I – Da Organização Federal**”. Todas as demais constituições que lhe sucederam deixaram explícito que o Brasil adota o federalismo como forma de Estado⁸³⁸⁴.

⁸¹ **Súmula 346.** “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus pró-prios atos”; **Súmula 473.** “A administração pode anular seus próprios atos, quando evitados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

⁸² A referência normativa para discussão da temática ora proposta, é a Consti-tuição da República Federativa do Brasil, não obstante a matéria ser reproduzida nas Constituições dos Estados-Membros e nas leis orgânicas municipais. Isso porque, nos termos do que dispõe o art. 75 da Carta Magna, as normas relativas ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, no que couber, também aos demais entes federativos, com fundamento no princípio da simetria, em especial no que tange às competências e requisitos para investidura no cargo, que é exatamente o escopo desta pesquisa. A esse respeito também, conferir BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. Suspensão de Segurança n. 4580. [Decisão monocrática]. Presidente Cezar Peluso, 2 mar. 2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 916. Relator: min. Joaquim Barbosa. DJ, 6 mar. 2009.

⁸³ Nesse particular, relevante deixar consignado que a forma federativa é inclusive considerada cláusula pétreia da Constituição (art. 60, § 4º, I, da CR/88).

⁸⁴ Como é cediço, o federalismo se caracteriza pela existência de não apenas um (a exemplo de Portugal, Estado Unitário), mas múltiplos centros autônomos de Poder Político, sem que haja hierarquia formal entre eles, mas tão somente uma divisão de competências, matérias e legislativas, hauridas diretamente do Texto Constitucional.

Interessante é que a Federação brasileira pode ser caracterizada como *sui generis*, na medida em que além da modelagem tradicional de 2 níveis federativos (União e Estados membros), ainda possui um terceiro nível, que comporta a figura do município⁸⁵.

Nesse ponto, conquanto as Constituições de 1891 (arts. 6º, II, *f* e 68), de 1934 (art. 7º, I, *d*), de 1937 (art. 26, *caput*), de 1946 (art. 28, *caput*) e de 1967 (arts. 10, VII, *f*, e 16; arts. 10, VII, *e*, e 15, da EC n. 1/69) tenham estabelecido apenas a autonomia administrativa dos municípios, estes foram alçados à condição de ente federativo apenas com a Constituição de 1988 (art. 1º, *caput*). Esse é o entendimento da doutrina constitucionalista majoritária⁸⁶ e pacificado na jurisprudência⁸⁷.

Atualmente o modelo tribunais de contas do Brasil é composto de 34 unidades, sendo: o Tribunal de Contas da União, 26 (vinte e seis) Tribunais de Contas dos Estados, Tribunal de Contas do Distrito Federal, 4 (quatro) Tribunais de Contas Estaduais que analisam contas dos

Releva também dizer que a caracterização de um ente federativo, dotado de autonomia política, exige concomitantemente a presença da denominada auto-organização (capacidade de editar seus diplomas instituidores – Constituição), autolegislação (capacidade de editar leis em sentido formal) e autogoverno (capacidade de estruturação dos Poderes constituídos). A esses três se soma a chamada autoadministração, presente também nos casos de descentralização administrativa ou autarquias territoriais, que em síntese incorpora a capacidade de gerir seus “negócios”, como a prestação de serviços públicos. Nesses termos, a República Federativa brasileira é composta pela “união indissolúvel Estados e municípios e do Distrito e do Distrito Federal” (art. 1º da CR/88).

⁸⁵ No federalismo clássico ou dual a exemplo dos Estados Unidos da América, os “municípios” são dotados apenas de autonomia administrativa, na gestão dos seus próprios interesses.

⁸⁶ Alexandre de Moraes (2007), André Ramos Tavares (2013), Eros Grau (2001), Gilmar Mendes (2015), Kildare Gonçalves de Carvalho (2013), Luís Roberto Barroso (2015), Michel Temer (2014), Raul Machado Horta (2010), entre outros.

⁸⁷ Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 673.681/SP. [Decisão monocrática]. Relator: min. Celso de Mello. Julgamento em 5 dez. 2014. Na oportunidade o decano da Suprema Corte aduziu que ao município é assegurada competência constitucional para legislar sobre proteção e defesa ambiental, “encargo irrenunciável que incide sobre todos e cada um dos que integram o Estado Federal Brasileiro.”

municípios integrantes do Estado (Pará, Goiás, Bahia e Ceará)⁸⁸ e 2 (dois) Tribunais de Contas Municipais (São Paulo e Rio de Janeiro). Nesse particular, cumpre informar que os tribunais de contas municipais foram instituídos já antes da Constituição da República de 1988, uma vez que esta qual passou a vedar expressamente que municípios tivessem corte de contas própria⁸⁹.

No Brasil, a competência de atuação dos Tribunais de contas é definida em função da origem do recurso a ser fiscalizado. Dessa forma, o Tribunal de Contas da União fiscaliza recursos de origem Federal, e os tribunais de contas dos estados, os recursos originados do território sujeitos à sua jurisdição (sejam estados ou municípios).

Os membros do Tribunal de Contas da União, em número de 9 (nove), são chamados “ministros”, ao passo que qualquer outro membro dos demais Tribunais é chamado de “conselheiro”. Por expressa previsão constitucional, conforme o preceituado no art. 75, parágrafo único, 7 (sete) é o número de conselheiros que compõem as demais cortes de contas.

Ainda no tocante a sua organização e composição, o Tribunal de Contas brasileiro possui em sua estrutura Ministério Público especializado⁹⁰, cujos membros são dotados de independência funcional para

⁸⁸ Importante consignar que a existência do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará (TCM/CE), encontra-se sob apreciação no Supremo Tribunal Federal (STF). Isso porque em dezembro de 2016, foi aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Ceará (ALCE), emenda à Constituição do Estado, com o comando de extinção do TCM/CE. Tal norma foi questionada no STF, por meio da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5638, cuja liminar pela suspensão da eficácia da norma estadual foi deferida. Ocorre que em agosto de 2017, foi promulgada nova emenda à Constituição do Estado, com a mesma finalidade, ou seja, a extinção do TCM/CE, que foi novamente questionada no excelso pretório por meio da ADI 5763, cujo julgamento foi suspenso em 05/10/2017.

⁸⁹ Art. 31, §§ 1º e 4º: “§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver. [...] § 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.”

⁹⁰ Na vigência da atual Constituição, muito se discutiu se os Tribunais de Contas deveriam ter um Ministério Público especializado, ou se faria parte do Ministério ordinário ou comum, em face do disposto no art. 128, I, da CR/88. Instado a se manifestar sobre o assunto, o STF, no julgamento da ADI n. 789 entendeu que a especificidade do Ministério público junto ao TCU a projetava para um domínio

sua atuação junto à Corte. Nada obsta a que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas realize um procedimento investigativo, mas sua capacidade postulatória não se estende aos juízos cíveis e criminais, limitando sua atuação ao ambiente da Corte de Contas a que esteja vinculado.⁹¹ No Tribunal de Contas da União, por exemplo, há um Procurador-Geral do Ministério Público especializado – o qual deve comparecer às sessões plenárias –, que não guarda nenhuma relação, nem mesmo administrativa, com o Procurador-Geral da República.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas não possui autonomia financeira nem orçamentária⁹², os servidores de sua secretaria são oriundos dos quadros da Corte, e seu Procurador-Geral não detém legitimidade ativa para propor ao Parlamento leis do interesse do órgão, sendo esta competência privativa do presidente da Corte de Contas.⁹³ Ademais, por inexistir previsão constitucional para que se sujeitem ao Conselho Nacional do Ministério Público, órgão administrativo máximo do *Parquet* comum no Brasil, a correção de suas atividades está sujeita ao Tribunal de Contas que integra⁹⁴. Por isso,

institucional absolutamente diverso daquele em que se insere o Ministério Público da União. Essa desvinculação do Ministério Público Especial do Ministério Público Comum foi novamente chancelada no excelso pretório no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.192 e 3.307.

⁹¹ No máximo, o órgão ministerial estaria apto a representar junto ao Ministério Público ordinário irregularidades de que tomar conhecimento.

⁹² Essa é outra constatação bastante polêmica. Na já mencionada ADI 789, ficou assentado que o “Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos Procuradores pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na intimidade estrutural dessa Corte de Contas”, o que por consequência, lhe retira qualquer traço de autonomia financeira e orçamentária, apresentando-se como parte integrante do Tribunal de Contas a que está vinculado. Não obstante, a discussão não se encerrou com o aresto mencionado, em razão da concessão, por via legislativa, de fundo constitucional e infraconstitucional, de autonomia orçamentário-financeira ao *Parquet* especial por alguns entes da Federação. Estão sendo questionados no STF normas do Estado de Roraima (ADI n. 4727) e do Pará (ADI n. 5.254).

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789. Relator: min. Celso de Mello. Julgado em: 26 maio 1994. DJ, 19 dez. 1994.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Controle Administrativo n. 0.00.000.000470/2014-87. Relator: Conselheiro Walter de Agra

diz-se que o órgão ministerial que atua junto ao tribunal de contas compõe a estrutura deste último, não lhe assistindo sequer autonomia administrativa plena.⁹⁵

3.5.3. *Função estatal sui generis: órgão constitucional autônomo*⁹⁶

No Brasil, o Tribunal de Contas da União foi topologicamente disposto no texto constitucional afeto à organização do Poder Legislativo⁹⁷. Não sem sentido, como já mencionado, o *caput* do art. 71 da Constituição da República ainda atribuiu a titularidade do controle

Júnior. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 2 fev. 2015. Seção 1, p. 52-53.

⁹⁵ Faz-se importante detalhar que não se estendem as autonomias – especialmente financeira, orçamentária e administrativa – da instituição do Ministério Público comum ao que atua junto às cortes de contas. Em verdade, o texto constitucional apenas estende aos membros do *Parquet* junto ao tribunal as mesmas prerrogativas, deveres e vantagens dos membros Ministério Público comum. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.378. Relator: min. Maurício Corrêa. Julgado em: 19 maio 2004. DJ, 6 set. 2007.)

⁹⁶ Conquanto tangencie aspectos importantes deste trabalho, a natureza das cortes de contas brasileiras e de suas decisões possui ampla discussão doutrinária e jurisprudencial. Descer a detalhes importantes dessas questões demandaria texto especializado, que destoaria do objetivo deste trabalho, qual seja, uma análise legal-constitucional, mediante estudo comparado, da forma de escolha de membros dos tribunais de contas de países lusófonos a fim de extrair a melhor fórmula para o caso brasileiro.

⁹⁷ A inserção topológica dos Tribunais de Contas brasileiros no âmbito do Poder Legislativo, em verdade, reforça a natureza híbrida da instituição, conforme concebido originariamente por Rui Barbosa, quando da edição do decreto 966 A de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União. Na justificativa do Jurista, idealizava-se o órgão como “[...] **corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislatura** que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. [...] convém levantar, entre o Poder que autoriza periodicamente a despesa e o Poder que periodicamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a Legislatura, e intervindo na Administração, seja não só o vigia, como a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração de infrações orçamentárias por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta, próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças.

externo ao Congresso Nacional, que o exerce “com o auxílio do Tribunal de Contas da União”⁹⁸.

De início, consigna-se que as competências materiais dos Tribunais de Contas estão disciplinadas no art. 71, incisos I a XI da CR/88, não podendo ser mitigadas ou suprimidas pelo legislador infraconstitucional⁹⁹. Essa menção ganha relevo porquanto idônea a caracterizar de que forma deve ser concebida sua inserção no aparato estatal brasileiro. Isso porque sinaliza a posição majoritária que interpreta o Tribunal de Contas como órgão constitucional autônomo, não submetido, sob a perspectiva hierárquica, a quaisquer dos Poderes de Estado. Dessa forma, a inserção constitucional do TCU no Poder Legislativo teria efeitos meramente orçamentários e de organização do aparato estatal, **não guardando nenhuma relação de subordinação entre aquela Corte e este Poder estatal.**

Sobre a não subordinação do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo já se manifestou o Supremo Tribunal Federal ao julgar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190, cujo trecho do voto relator se transcreve a seguir:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República.¹⁰⁰

⁹⁸ “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]”.

⁹⁹ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 849, a Suprema Corte entendeu pela inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência de julgamento das contas da Mesa da Assembleia Legislativa – compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190. Relator: min. Celso de Mello. Julgado em: 10 mar. 2010. DJe, 11 jun. 2010.

De fato, a maior parte, quase a totalidade, das competências constitucionais relacionadas com o controle externo foram atribuídas diretamente ao próprio Tribunal de Contas, não havendo nenhuma ideia de subordinação ou integração funcional com o Poder Legislativo. Assim, a Corte de Contas brasileira não ocupa a posição de órgão auxiliar, porquanto não se presta a ser uma instituição *longa manus* do Legislativo para servir-lhe de assessor jurídico-contábil ou qualquer outra coisa que se a isso assemelhe. Tal fato pode ser depreendido pela própria atuação do Poder Legislativo, o qual não pode se imiscuir na atuação das cortes de contas, ou mesmo avocar suas competências, sob a alegação de que seria o real titular da atividade de controle externo das finanças públicas. Por demais, se houvesse subordinação, como poderiam os Tribunais de Contas ter competência para julgar as contas do Poder legislativo¹⁰¹? Se houvesse subordinação, como justificar a ação *ex officio* das cortes de contas para realizar inspeções e auditorias, inclusive no próprio Poder Legislativo¹⁰²?

Esse entendimento é chancelado por doutrinadores que se debruçam sobre a temática, a exemplo do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, cuja posição, em síntese, sustenta que¹⁰³: essas cortes não estão subordinadas ao Poder Legislativo; suas decisões possuem natureza *sui generis*, pois, apesar de serem eminentemente administrativas, o regime jurídico do tribunal de contas é depreendido direta e imediatamente do texto constitucional; a composição do Poder

¹⁰¹ Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 849/MT. Relator: min. Sepúlveda Pertence. DJ, 23 abr. 1999; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.597/PA. Relator para acórdão: min. Eros Grau. DJ, 17 ago. 2007.

¹⁰² O art. 71 da CR/88, ao tratar das competências dos Tribunais de Contas, disciplina em seu inciso IV: “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II”.

¹⁰³ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, n. 9, dez. 2001.

Legislativo consta do art. 44, *caput*, da Constituição¹⁰⁴, não lhe inserindo o Tribunal de Contas como órgão auxiliar, sendo, assim, órgão constitucionalmente autônomo. Sem mais, nem menos.

3.5.4. *Tribunais de Contas e jurisdição*

Outro ponto que não raro desafia embates, especialmente no campo doutrinário, é aquele que discute se os Tribunais de Contas no Brasil, a exemplo de Portugal, Angola e Timor-Leste, exercem jurisdição em sentido estrito do termo. No Brasil, muito se apegam à letra do disposto no art. 71, II, da CR/88, que estabelece competir ao Tribunal de Contas da União “**julgar** as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Segundo essa linha doutrinária, que se fia em uma interpretação literal do dispositivo¹⁰⁵, o verbo “julgar”, adotado pelo Constituinte Originário ao tratar dos tribunais de contas, traz ínsita a ideia de exercício de função tipicamente jurisdicional; dessa forma, a Corte de Contas seria um órgão constitucional com capacidade de dizer do direito em caráter definitivo (coisa julgada judicial). Entre outros autores que integram a linha de frente dessa corrente doutri-

¹⁰⁴ “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.”

¹⁰⁵ Foge ao escopo deste trabalho uma crítica àqueles que ainda se encontram presos a uma visão estritamente semântica da linguagem, ao envidar uma ingloria busca de um sentido unívoco para o texto. A linguagem tem uma tessitura aberta, cuja sentido só pode ser construído a partir de um contexto de aplicação. O poeta argentino José Luiz Borges zomba dessa falácia essencialista ao declamar: “Se o nome é o reflexo da coisa (como diz o grego no crátilo), nas letras de “rosa” está a rosa e todo o Nilo, na palavra “Nilo”. Para uma visão mais detalhada, ver FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O administrativismo do século XXI**: por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2013;

nário, pode-se citar, Evandro Martins Guerra¹⁰⁶, Fernando Gonzaga Jayme¹⁰⁷ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁰⁸.

Para contrapor essa premissa – linha adotada por esta pesquisa –, é necessário primeiramente explicitar que inexistente no Brasil a dualidade de Jurisdição, cujo monopólio foi atribuído exclusivamente ao Poder Judiciário¹⁰⁹. Em outros termos, não obstante as decisões dos Tribunais de Contas serem dotadas de coercitividade¹¹⁰, é perfeitamente conforme ao ordenamento jurídico sustentar que as decisões Tribunais de Contas têm natureza administrativa (não jurisdicional), suscetíveis, portanto, de ampla revisão por parte do Poder Judiciário, inclusive sobre suas razões de decidir, o que, de fato, verifica-se na prática¹¹¹.

A natureza administrativa da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil já foi cancelada até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. No

¹⁰⁶ GUERRA, Evandro Martins. *Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁰⁷ JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal de Contas: jurisdição especial e a prova no procedimento de julgamento de contas*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XVII, n. 3, 1999.

¹⁰⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

¹⁰⁹ Nos termos do que dispõe o art. 5º, XXXV da CR/88, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

¹¹⁰ Posto que o ordenamento jurídico confere aos Tribunais de Contas mecanismos para assegurar o cumprimento de suas deliberações, como a adoção de medidas cautelares (ex: determinação de indisponibilidade de bens; sustação de ato ou procedimento, etc.), bem como a aplicação de sanções (ex: multa, inabilitação para o exercício de cargo ou função; declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público; cominação de multa diária por descumprimento de obrigação de fazer), entre outras medidas.

¹¹¹ Não obstante se tratar de um argumento de fundo pragmático, é importante deixar claro que a *práxis* jurídica está a demonstrar que o Poder Judiciário de fato revisita as decisões dos Tribunais de Contas, inclusive quanto a *ratio decidendi*. A título ilustrativo cita-se a antecipação de tutela concedida no processo 9037355.20.2016.813.0024 que tramita perante a 16ª unidade jurisdicional cível de Belo Horizonte/MG, que se trata de ação declaratória de nulidade de processo administrativo cumulado com inexigibilidade de multa visando desconstituir o decidido pela Corte de Contas Mineira no bojo do processo administrativo 691.221. Em sede cautelar, o magistrado assim decidiu: “DEFIRO o pedido de tutela de urgência para fim de determinar a suspensão da exigibilidade da multa aplicada pelo réu em razão do processo administrativo de nº 691.221, até ulterior deliberação deste juízo.”

juízo do Mandado de Segurança n. 26.969/DF, ficou consignado, no voto condutor do ministro relator, que a existência de uma ação de improbidade e um processo em curso no TCU versando sobre a mesma matéria não configuraria *bis in idem*, uma vez que “[...] merece destaque o fato de a instância judicial da improbidade administrativa ser distinta da **instância administrativa** que se desenvolve no âmbito do Tribunal de Contas da União.”

Como argumento adicional, essa natureza administrativa (não jurisdicional) pode ser sustentada pelo fato de, no Brasil, os Tribunais de Contas possuírem competência para agir de ofício, de forma multifacetada (ex: auditorias, requisição de editais de licitação e concurso público, julgamento de contas tomadas), nem sempre a caracterizar uma contraposição de interesses entre o Estado-controlador e o controlado¹¹², o que se contrapõe à necessária inércia do Poder Judiciário, o qual demanda provocação para que, como um terceiro imparcial, solucione o conflito de interesses entre os envolvidos.

Nesse cenário, cirúrgicas são as lições de Luciano Ferraz¹¹³

O exercício da função administrativa consiste na aplicação da lei de ofício, ao passo que o exercício da função jurisdicional denota a aplicação da lei mediante provocação; na administração, a relação Estado/indivíduo é linear, ou seja, não possui o caráter de substitutividade da vontade das partes, enquanto na jurisdição a relação é angular, substituindo, e Estado-juiz, a vontade das partes (autor e réu), incluída a do próprio Estado-administração, para fazer valer a vontade da lei; a administração não detém o caráter de definitividade, vale dizer, o ato final da função administrativa não gera coisa julgada, em sentido material, já na jurisdição esse caráter é imanente.

¹¹² Observe-se que neste caso o Estado (Tribunal de Contas), não funciona como um árbitro equidistante (relação angular), cuja atuação reativa, encerra-se no dizer o direito em relação à questão litigiosa. Ele é protagonista proativo na avaliação dos atos da Administração Pública (relação linear), manifestando-se ao final como corporificação do Estado-Administração.

¹¹³ FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 168-169.

Ademais, conforme já pacificado na jurisprudência brasileira, a interpretação consolidada do que dispõe o art. 71, § 3º, da CR/88, é a de que o título executivo constituído da decisão do Tribunal de Contas que imputa débito e/ou multa ao gestor é de natureza **extrajudicial**¹¹⁴, o que, amplia sobremaneira o espectro de defesa do executado em relação aos limitados contornos da impugnação do cumprimento da sentença judicial.

Assentado em outros argumentos, o ex-Ministro do STF Carlos Ayres Brito¹¹⁵ também afasta as Cortes de Contas do exercício da jurisdição *strictu sensu* ao sentenciar que

[...] fica evidenciado que os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988.

Para concluir este tópico, não se pode olvidar que inobstante possa o Poder Judiciário imiscuir-se de forma ampla nas decisões emanadas pelos Tribunais de Contas, não deve ser esta a regra da relação entre esses órgãos. Isso porque esse controle substitutivo feito pelo Judiciário carrega consequências danosas para a sociedade, que é sem dúvida a final destinatária tanto de um como do outro. Isso porque de um lado contribui para o aumento do número de processos que tramitam no Judiciário, agudizando o grave problema da ineficiência da prestação jurisdicional, sobremaneira abarrotado, e de outro menoscaba as potencialidades de um controle conjunto e complementar, em que o

¹¹⁴ Nesses sentido, são os acórdãos proferidos no Recurso Extraordinário n. 691.743 (Supremo Tribunal Federal), Agravo em Recurso Especial n. 618.722 (Superior Tribunal de Justiça) e Apelação Cível n. 70041602210 (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

¹¹⁵ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 9, dez. 2001.

Poder Judiciário possa se valer da expertise multidisciplinar dos Tribunais Contas, nos processos que lhe são endereçados. Mais do que fomentar um agastamento interinstitucional ou uma “briga de família”, é fundamental construir uma agenda positiva, na geração de um pacto de confiança recíproco, que passa inclusive por um giro qualitativo nas ações das cortes de contas, que se reverta em benefício da sociedade.

3.5.5. *Requisitos para investidura no cargo e forma de escolha dos membros dos tribunais de contas: análise crítica*

Os requisitos constitucionais exigidos para o provimento do cargo bem como a sistemática de escolha dos membros do Tribunal de Contas da União estão disciplinados na Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 73, *caput* e §§ 1º e 2º, *in litteris*:

Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.

[...]

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

- I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade;
- II – idoneidade moral e reputação ilibada;
- III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;
- IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.

§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos:

- I – um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e mem-

bros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento;

II – dois terços pelo Congresso Nacional.

Como se observa da dicção constitucional, o Tribunal de Contas da União é composto por nove ministros nomeados pelo Presidente da República, devendo ser escolhidos: um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal – sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento – e dois terços pelo Congresso Nacional, na proporção de três indicados pela Câmara dos Deputados e três pelo Senado Federal.¹¹⁶

Como já abordado em tópico anterior, embora o Tribunal de Contas da União esteja topologicamente inserido no capítulo constitucional afeto ao Poder Legislativo, como já abordado, a Constituição estende aos seus membros as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça. Isto é, entre outras garantias, o texto constitucional conferiu aos ministros do Tribunal de Contas da União vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.¹¹⁷

O cargo de ministro do Tribunal de Contas é privativo de brasileiro, que atenda aos critérios definidos no art. 73, § 1º, da Constituição: ter no mínimo 35 e no máximo 65 anos de idade; ser moralmente idôneo e possuir reputação ilibada; ter notórios conhecimentos jurídicos, con-

¹¹⁶ Interessante fazer uma ressalva sobre a composição dos Tribunais de Contas estaduais e municipais, que, como já dito alhures, são integrados por 7 (sete) conselheiros (art. 75, parágrafo único, da CR/88). Assim, a proporção 1/3 (3) e 2/3 (6) para o Tribunal de Contas da União, que é composto por 9 (nove) Ministros, não gerava nenhuma controvérsia, uma vez que as frações correspondiam a números inteiros. Para os demais, ficava o questionamento: como compatibilizar o comando constitucional se as proporções geram números fracionários (1/3 e 2/3 de 7)? Por óbvio a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que pacificou o entendimento no sentido de caberem 3 (três) vagas ao Poder Executivo e 4 (quatro) vagas ao Poder Legislativo. Por todos, ver Súmula 653 do STF.

¹¹⁷ Art. 95 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

tábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; possuir mais de 10 anos de exercícios de função ou de efetiva atividade profissional que exija esses conhecimentos.

Nesse panorama constitucional, verifica-se que a composição do Tribunal de Contas da União é assentada em dois pilares: o § 1º do art. 73 trata dos requisitos constitucionais exigidos para investidura no cargo e o § 2º que disciplina a forma pela qual os membros do Tribunal serão escolhidos.

Assim sendo, para que se possa traçar uma alternativa ao modelo constitucional estabelecido, que valorize as qualificações técnicas, a participação popular e o princípio republicano da alternância, é necessário que se pontuem as relevantes vicissitudes que desidratam a legitimidade das escolhas embasadas no *status quo* vigente. Para tanto será estruturada uma visão crítica sobre os pontos que geram maior controvérsia em relação aos requisitos de investidura (art. 73, § 1º, II e III) e, em razão das particularidades da realidade política brasileira, aos desdobramentos da relação entre os Poderes Executivo e Legislativo que fragilizam a atual sistemática de escolha dos membros.

3.5.5.1. Idoneidade moral, reputação ilibada (art. 73, § 1º, II, da CR/88) e notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública (art. 73. § 1º, III da CR/88)

De início, apesar de, *prima facie*, os cargos de ministros e conselheiros de tribunais de contas, em razão da própria atividade desempenhada, devessem ser providos por candidatos com perfil eminentemente técnico, verifica-se que, não raro, parte daqueles que ascendem ao cargo tiveram sua escolha atrelada a aspectos majoritariamente políticos. Nesse particular, mesmo os membros egressos das carreiras que exigem o concurso público como forma de provimento – Auditoria e Ministério Público junto aos Tribunais de Contas –, como a indicação se dá a partir de uma lista tríplice, a palavra final não se despe de um juízo político (discricionário) do Chefe do Poder Executivo, posto que sua escolha prescinde de motivação.

Nesse cenário, em pesquisa recente¹¹⁸, realizada pela organização não governamental (ONG) Transparência Brasil analisando a vida pregressa de 233 conselheiros em exercício nas 34 cortes brasileiras, verificou-se que um sem número dos membros dos tribunais de contas são ex-políticos de carreira, sendo muitos deles oriundos de clãs políticos e de famílias tradicionais nos seus redutos, cujas reputações podem ser consideradas no mínimo questionáveis ou até mesmo nada ilibadas.¹¹⁹

Nessa mesma pesquisa, identificou-se que 80% dos membros ocuparam, antes da nomeação, cargos eletivos ou de destaque na alta administração pública, e 23% estão sendo processados ou já foram condenados pela Justiça ou pelo próprio tribunal de contas para o qual foram nomeados. Ademais, há uma forte associação entre a nomeação de membros para as EFS brasileiras e a existência de grau de parentesco com políticos influentes (31% possuem parentesco com políticos); não raro, os próprios tios, primos ou irmãos governadores são a própria autoridade que nomeou os conselheiros.¹²⁰

De acordo com a pesquisa, neste ano de 2016, sete membros de entidades fiscalizadoras brasileiras estão afastados das cortes preventivamente, por determinação do Poder Judiciário, com fortes suspeitas de envolvimento em esquemas de corrupção. Além disso, o estudo demonstrou uma curiosa associação: entre os conselheiros ex-políticos profissionais, a frequência de processos criminais ou de improbidade administrativa é 4,5 vezes maior do que os nomeados dentre técnicos concursados como conselheiros-substitutos e membros do Ministé-

¹¹⁸ SAKAI, Juliana; PAIVA, Natália. Quem são os conselheiros dos tribunais de contas? In: TRANSPARÊNCIA BRASIL. *Publicações*. [online]. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *E.g.*, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a nomeação de Maurício Requião de Mello e Silva para o cargo de conselheiro do Tribunal de Contas de Paraná, feita mediante decreto de seu irmão, governador do Paraná à época, Roberto Requião. No caso, a Corte Suprema entendeu haver “afronta direta aos mais elementares princípios republicanos” e inobservância da Súmula Vinculante n. 13 do Tribunal, que veda o nepotismo na Administração Pública. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n. 9.375. Relator: min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 29 abr. 2009. DJe, 30 abr. 2009).

rio Público junto ao Tribunal de Contas. “A Transparência Brasil, em parceria com a americana Brown University, levantou o perfil de ex-conselheiros desde 1988 e os números são ainda piores. Dos 99 perfis analisados, 30% têm ocorrências na Justiça ou nos próprios Tribunais de Contas e 55% possuem parentesco político.”¹²¹

Para complementar o quadro, apenas 6 dos 34 tribunais de contas brasileiros não têm nenhum conselheiro com nenhuma ocorrência no Poder Judiciário por crime ou ato de improbidade administrativa.

Outro critério a ser observado pela autoridade que escolherá os conselheiros é o notório saber jurídico, similar ao exigido em Portugal, Angola e Timor-Leste, exceto no tocante à forma de sua comprovação. Segundo o art. 73, § 1º, III, da Constituição brasileira, os ministros a serem nomeados para o Tribunal de Contas da União deverão satisfazer o requisito de “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública”. Curiosa é a interpretação que a jurisprudência das cortes superiores brasileiras tem dado a essa exigência: o Poder Judiciário já se manifestou reiteradamente no sentido de que o ato de escolha de conselheiro decorre de um juízo político inerente à autoridade indicadora e, por isso, sua motivação, tomada em face de critérios de oportunidade e conveniência, não está submetida ao controle de mérito pela Justiça, em uma clara postura de *self-restraint*, ou autocontenção judicial.

Nesse particular, emblemático é excerto do voto condutor da maioria formada no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Originária n. 476-4/RR, no momento em que se travavam calorosos debates sobre o alcance do conceito de “notórios conhecimentos” para o provimento do cargo de Conselheiro no então recém-criado Estado de Roraima¹²². Naquela assentada, nas palavras do Ministro Jobim,

[...] não me impressiona que João da Silva seja um dentista ou um mero sapateiro de uma cidade do interior de Rondônia. O que me

¹²¹ SAKAI; PAIVA, *op. cit.*, p. 1.

¹²² Nunca é demais lembrar que antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o hoje Estado de Roraima era estruturado como Território, que não é considerado ente federativo, mas uma mera descentralização administrativa sob a forma de autarquia territorial vinculada à União.

interessa é saber como nós, do Supremo Tribunal Federal, em grau de apelação, podemos ou não examinar essa competência; podemos ou não emitir um juízo sobre essa competência. [...] O juízo, bem ou mal, equivocado ou não, é do Governador. O juízo da comprovada idoneidade e notório saber jurídico são regras norteadoras da ação do Governador, salvo se fizesse alguma coisa absolutamente desarrazoada no sentido de nomear um oligofrênico ou alguém menor de idade. Mas, fora do excepcional, da teratologia, no que se refere ao juízo discricionário do Governador, não teríamos – a meu juízo – essa possibilidade.^{123,124}

Posição similar foi adotada por praticamente toda a jurisprudência brasileira acerca do conceito de “notórios conhecimentos”, como se evidencia da ementa do acórdão proferido na Apelação n. 0001230-95.2008.8.01.0001, do Tribunal de Justiça do Acre:

A exigência de notórios conhecimentos jurídicos, econômicos e financeiros, a ser preenchida, como pressuposto subjetivo, pelos candidatos ao cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, contida no art. 63, parágrafo único, da Constituição acreana, não implica, necessariamente, em formação superior específica em todos esses campos do conhecimento, sendo possível, por exemplo, que um médico, um engenheiro ou um professor possuam os conhecimentos necessários ao exercício do cargo.¹²⁵

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Originária n. 476-4. Relator para acórdão: min. Nelson Jobim. DJ, 5 nov. 1999.

¹²⁴ No mesmo sentido, cite-se ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “[...] iv) o ato de escolha decorre de um juízo político inerente ao Governador de Estado e, por isso, sua motivação, tomada em face de critérios de oportunidade e conveniência, escapa ao controle do Poder Judiciário.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso em mandado de segurança n. 34.215/SC. Julgado em 6 dez. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 jul. 2016).

¹²⁵ ACRE. Tribunal de Justiça. Câmara Cível. Apelação n. 0001230-95.2008.8.01.0001. Relator: des. Miracele de Souza Lopes Borges. Julgado em 14 dez. 2010. Disponível em: <www.tjac.jus.br>. Acesso em: 17 jul. 2016.

Tais decisões se tornaram recorrentes nos tribunais de justiça do Brasil. Citem-se, *e.g.*, alguns casos estranhos de indicações para membro de EFS brasileira, os quais o Poder Judiciário se absteve de analisar o mérito do conceito de “notórios conhecimento”, alegando ser matéria discricionária da apreciação da autoridade indicadora: pessoa bacharel em Letras, com experiência de sindicatos e com mandatos de deputada estadual no currículo¹²⁶; pessoa bacharel em Direito há menos de três anos, sem sequer ostentar condição de advogada – sem inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil –, tendo ocupado um cargo comissionado na Assembleia Legislativa e exercido mandato de deputada estadual, com conhecimentos básicos em Windows e Excel, curso de espanhol, curso de oratória e já foi ouvinte em um congresso sobre “controvérsias em negócios”¹²⁷; pessoa com curso superior incompleto, proprietária de estabelecimento comercial, com mandatos de deputado estadual e federal no currículo¹²⁸.

Enquanto não houver um aperfeiçoamento democrático na forma de escolha dos membros, subjetivismos e uma elevada carga de discricionariedade continuarão a pontuar a apreciação dessas exigências constitucionais, o que se agudiza pelo fato de o Poder Judiciário permanecer, como regra, quedando-se inerte quando da densificação dos conceitos do notório saber e da reputação ilibada. Essa necessária mudança no papel do Judiciário é fundamental, em especial quando se trabalha a linguagem sob aspecto meramente sintático-semântico.

Nessa perspectiva renovada, o alerta se mostra importante pois não se trata de o juiz sair à busca do conteúdo exato e absoluto do conceito de “notório saber” ou “reputação ilibada” nem de perquirir uma essência conceitual imutável. Primeiramente porque a linguagem, *per se*, é polissêmica, podendo se alterar conforme o próprio emissor

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ ALAGOAS. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Ação Civil Pública n. 0010765-84.2009.8.02.0001. Relator: des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Julgado em 4 dez. 2013. Disponível em: <www.tjal.jus.br>. Acesso em: 17 jul. 2016.

¹²⁸ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n. 0004044-54.2015.8.22.0000. Relator: des. Hiram Souza Marques. Julgado em 7 dez. 2015. Acesso em: 17 jul. 2016.

ou receptor da mensagem.¹²⁹ Depois, a atribuição dogmática ou essencialista de conceitos, principalmente na ciência jurídica, construída mediante contínuos jogos de linguagens, já se encontra, de há muito, superada.¹³⁰

Observa-se, assim, que a busca de um sentido imutável para o conceito é inócua, pois não existem conceitos jurídicos determinados *a priori*.¹³¹ Como a linguagem possui tessitura aberta – sempre –, a construção do sentido de um conceito é um processo dinâmico e argumentativo. Assim, o significado que hoje se atribui a certo significante passa por um permanente processo de reformulação e ressignificação, o qual se opera no mundo da vida, onde há as atestações de validade do conceito mediante experiências e discursos intersubjetivamente compartilhados.¹³²

No caso dos termos em análise, “notório saber” e “reputação ilibada”, há uma dificuldade prática em o juiz, habituado à velha fórmula positivista de subsunção do fato à norma, decidir sobre o conteúdo linguístico-imagético resultado do exame técnico-intelectivo das provas e informações postas pelas partes no caso. Quer dizer, embora teoricamente o processo tenha sido alçado a instituto constitucional por meio do qual se materializa a democracia, essa perspectiva da atividade jurisdicional ainda não foi inteiramente internalizada pelos magistrados brasileiros.¹³³

¹²⁹ IMAGUIRE, Guido; SCHIRN, Matthias. *Estudos em filosofia da linguagem*. São Paulo: Loyola, 2008.

¹³⁰ “[...] a ‘redescoberta’ da dimensão pragmática da linguagem [...] traz como referencial o fato de que o eixo dos debates passa a ser transferido para a relação dos signos com os falantes (emissores) e ouvintes (receptores), e a forma como os profertamentos linguísticos afetam os participantes de um processo de comunicação, cuja análise, então, tem estrita correlação com usos ou funções da linguagem.” (FERRAZ, Leonardo de Araújo. *O administrativismo do século XXI: por uma visão renovada por conceitos jurídicos indeterminados*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2013, p. 156).

¹³¹ *Ibid.*

¹³² HERINGER JÚNIOR, Bruno. A hermenêutica filosófica de Gadamer: tradição, linguagem e compreensão. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Petrópolis, n. 8, p. 9-23, 2013.

¹³³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O Direito faz uso da linguagem corrente, ordinária, utilizada por todos que compartilham a mesma gramática profunda e os jogos linguísticos a ele inerentes¹³⁴. A vã tentativa de se buscar uma linguagem estritamente científica ou matemática, que fosse capaz de designar os objetos do mundo soçobrou na exata medida em que não se afigura possível açambarcar toda a complexidades das relações sócio-políticas comuns aos seres humanos. Dessa forma, o uso da linguagem no Direito possibilita a formação dinâmica de conceitos em contínua mutação, com os quais os operadores do objeto da ciência jurídicas devem lidar. Assim, pode-se, sob uma perspectiva renovada de Genaro Carrió¹³⁵, sustentar que os conceitos (jurídicos) situam-se em uma “zona de penumbra”¹³⁶.

Como fechamento da noção desta novel visão dos conceitos, Cruz e Duarte¹³⁷ aduzem que:

Sob essa perspectiva renovada, do mesmo modo que não faz sentido falar em conceitos fixos, absolutos e determinados, [...]. Os conceitos são constituídos pelo uso falado ou escrito que se faz dos signos, razão pela qual a significação passa a ser buscada “na” e “pela” pragmática da linguagem, na gramática de uma determinada “forma de vida”, “contexto de linguagem” ou “jogo específico de linguagem”. [...] Por conseguinte, um conceito assume a condição de uma peça de um jogo que só pode ser compreendido (quando pode) a partir do entendimento do mundo da vida e do contexto sistêmico que o inserem na sua intelecção. No entanto, nem um nem outro são suficientemente fortes para estabilizar a sua significação de modo definitivo, de modo que a função semântica da linguagem deixe a condi-

¹³⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Belo Horizonte: Vozes, 2005.

¹³⁵ CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

¹³⁶ CARRIÓ (1990, p. 31), a fim de clarear seu pensamento, exemplifica a vaguidade: “Já sabemos o quer dizer “jovem” ou “calvo”. Não se trata aqui de um problema de ambigüidade. O problema é este outro: carece de sentido perguntar-se a que precisa idade se deixa de ser jovem, ou quantos cabelos há de ter para não ser calvo, ou quanto há que medir para ser alto.”

¹³⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 25.

ção de espelhamento do mundo e assuma o papel de uma convenção de referências formada em um dado mundo da vida. As palavras se tornam vazias diante dessa significativa mudança da concepção que a semântica assume no paradigma filosófico não mentalista.

Nesse particular, se o julgador está diante de um ato formalmente discricionário da Administração Pública, deve, portanto, ponderar as razões trazidas por ambas as partes (autor e ré) e, atualizando o texto da norma tanto com a realidade histórico-situacional do ordenamento jurídico em vigor quanto com o constructo argumentativo oriundo do diálogo das partes, chegar a uma decisão sobre o símbolo “notório saber” ou “reputação ilibada”. Dessa forma, poder-se-á aferir a suficiência do atingimento do conteúdo conceitual obtido *a posteriori*.

Esse construto se mostra muito relevante, na medida em que explicita a complexidade e as nuances envolvidas na escolha dos um membro dos Tribunais de Contas, o que exorta a construção de uma modelagem que leve a sério as questões da indeterminação da linguagem aqui listadas, na forma do estabelecimento de mecanismos que reduzam a margem de liberdade do titular da escolha.

3.5.5.2. Forma de escolha dos membros (art. 73, § 2º, da CR/88)

Outro ponto fulcral em qualquer debate que se engendre sobre a temática Tribunal de Contas, obrigatoriamente tem de se debruçar sobre a forma de escolha dos membros nos termos do que dispõe o texto constitucional que cinde a escolha entre o Parlamento (2/3 dos membros) e o Poder Executivo (1/3 dos membros).

Com essa constatação inicial, vale menção ao jurista argentino Roberto Gargarella, que ao longo de sua obra “La sala de máquinas de la Constitución”, aponta, em síntese que:

[...] a hipertrofia do Poder Executivo é um fenômeno facilmente observável constitucionalismo latino-americano, no qual se verifica pouca efetividade nos mecanismos de participação popular e de

tomada de decisões democráticas, uma vez que a manutenção do poder de forma centralizada – seja por ausência de previsão constitucional-legal, seja por operacionalização falha da democracia – facilita a sua distribuição a grupos mais afins aos interesses da ‘autoridade dominante’ (Poder Executivo).¹³⁸

Apesar de esse cenário se reproduzir de fato no Brasil, em um primeiro momento, no que tange ao aspecto formal da escolha dos membros do Tribunal de Contas, poder-se-ia sustentar que o modelo brasileiro se aparta dessa tormentosa constatação ao se atestar, sob o prisma formal, que as indicações são partilhadas entre Executivo e Legislativo. Assim sendo, pelo menos, em tese, estaria preservada a necessária harmonia e o equilíbrio entre os Poderes constituídos. Entretanto, o problema é mais de conteúdo do que de forma, uma vez que profundas críticas podem ser engendradas em relação a essa modelagem.

A primeira delas é que, com relação às indicações feitas pelo Legislativo, quase a totalidade das vagas que competem a este escolher são destinadas a parlamentares dele integrantes, o que retroalimenta uma dependência muitas vezes não republicana com o próprio Parlamento e com as lideranças políticas locais (prefeitos e vereadores) que colaboraram para que fossem eleitos. Nesses casos, haveria grande óbice ou pelo menos questionamentos em relação à garantia de isenção e independência do novo conselheiro ou ministro para julgar as contas de seus colegas do Legislativo ou de campanhas políticas. Em outros dizeres, não raro os integrantes do parlamento são indicados para os Tribunais de Contas, o que corrobora para que esses órgãos sejam vistos como apêndices do corpo legislativo e, portanto, políticos por natureza. Como se não fosse o bastante, também na grande maioria das vezes o parlamentar escolhido compõe a base de sustentação do Governo, que, dessa forma, se beneficia duplamente: ganha mais um “aliado” no Tribunal de Contas e recompõe sua base aliada com a convocação do suplente do parlamentar que deixou o cargo.

¹³⁸ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución*. Madri: Katz, 2015.

Outro ponto que necessita ser abordado, é o aspecto qualitativo das sabatinas realizada pelo Legislativo, especialmente nas vagas destinadas ao Poder Executivo. Esse importantíssimo mecanismo de *checks and balances*, nos termos concebidos a partir da perspectiva de Montesquieu, flagrantemente menoscaba a relevância do cargo de membro do Tribunal de Contas, uma vez que adquire roupagem meramente protocolar. Nesse particular, inclusive, não consta registro histórico de que algum indicado tenha sido reprovado nessa etapa da escolha, aprofundando, por exemplo, o problema da escolha discricionária de quem de fato – no caso o Executivo – avalia os requisitos de idoneidade moral, reputação ilibada e notórios conhecimentos de Administração Pública, como já debatido em tópico anterior.

E por fim, não obstante da perspectiva formal e legal¹³⁹ dúvida não há sobre a garantia necessária à atuação independente da entidade fiscalizadora superior brasileira, da perspectiva material faz-se necessária uma reflexão um pouco mais aprofundada, tal como se procedeu com a doutrina portuguesa acerca da nomeação do Presidente de sua EFS, especial pela particular forma como se desenvolve a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo.

¹³⁹ Mediante o Projeto de Carta de Independência das EFS, de 2001, a INTOSAI enumera requisitos para que se verifique a independência, de fato, dessas entidades, quais sejam:

- Regulamentação estatal suficiente que assegure a eficácia da atuação das EFS.
- Garantias aos membros das EFS, como inamovibilidade e imunidade legal, para que exerçam, sem amarras, suas funções.
- Competências das EFS claramente definidas em texto legal, com mandato minimamente amplo.
- Acesso irrestrito à informação.
- Necessidade de que a EFS publique os resultados de suas auditorias e preste contas de sua atuação.
- Liberdade necessária para que a EFS decida sobre a oportunidade e o conteúdo de seus relatórios e decisões bem como os publiquem e os divulguem.
- Mecanismos de acompanhamento das decisões e recomendações das EFS.
- Garantia de autonomia administrativa e financeira da EFS.

Isso porque, considerando a singularidade da política brasileira, em que proliferam partidos políticos¹⁴⁰, fragmentados ideologicamente, sem rosto, sem memória e sem história, e partindo da constatação de que o Chefe do Executivo pode ser eleito sem que tenha maioria parlamentar prévia, germina-se um ambiente em que, para assegurar a governabilidade, o eleito é obrigado a celebrar alianças e arranjos dos mais variados matizes, em uma troca recíproca de favores que perpetua aquilo que num regime democrático não se deveria tolerar. É nesse ponto que se precisa avançar um pouco mais.

3.5.5.3. Realidade política: Presidencialismo de coalizão

O Brasil adota o presidencialismo como sistema de governo, mas, ao contrário de outros países presidencialistas¹⁴¹, a realidade política brasileira, *sui generis*, faz com que o Chefe do Poder Executivo necessite de barganhas e concessões com um sem número de partidos não ideológicos, os quais, em troca de apoio parlamentar, exigem seu quinhão em forma de cargos, liberação de verbas, implementação de determinada política pública nesta ou naquela região de interesse, ou outras benesses não republicanas. Essa cumplicidade negativa tem lugar pelo fato de que a maioria do Legislativo necessária para fazer reformas estruturais ou implementar políticas públicas tem lugar *a posteriori*, criando condições para o aparecimento de escândalos como o Men-

¹⁴⁰ O Brasil conta hoje com 35 partidos políticos registrados, sendo que 28 deles possuem assento no congresso nacional. A esse cenário, soma-se o fato de que há 23 partidos em estabelecimento, aguardando o cumprimento de formalidades.

¹⁴¹ Em especial os Estados de Unidos da América, cujo modelo sobremaneira influenciou a formação da República Federativa do Brasil, com absoluto destaque para a Constituição Republicana de 1891, que chancelou a forma federativa de Estado, o sistema de governo presidencialista e ainda o controle de constitucionalidade difuso, nos exatos moldes do sistema americano. Nesse particular, apenas a título ilustrativo, vale lembrar que o controle concentrado, nos moldes da Europa continental, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro apenas pela Emenda Constitucional 16/65, na vigência da Constituição de 1946 e já sob a égide do regime militar. Ainda nesse aspecto vale o registro de que os Estados Unidos são estruturados politicamente nos partidos Republicano e Democrata, cujas ideologias são bem conhecidas e sobremaneira divergentes.

salão¹⁴² ou o Petrolão e a consorte operação Lava Jato¹⁴³. Ao final, o Executivo fica refém das pautas fisiológicas de legendas de aluguel¹⁴⁴.

É cediço na esfera macropolítica a existência, no Brasil, do agrupamento de diversos padrões comportamentais, que vão desde condutas patrimonialistas ultrapassadas até a cultura do “jeitinho brasileiro”^{145 146},

¹⁴² Esquema de corrupção política, ocorrido com maior intensidade nos anos de 2005 e 2006, que envolvia a compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional.

¹⁴³ Operação investigativa da Polícia Federal, que veio à tona em 2014, e investiga principalmente esquemas de lavagem de dinheiro com valores de alto vulto. Políticos dos principais partidos brasileiros (PP, PMDB, PSDB, PT, entre outros) – em número de representantes no Congresso – estão diretamente envolvidos. (BRASIL. Polícia Federal. **Operação Lava-Jato**. [Portal eletrônico]. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 24 set. 2016).

¹⁴⁴ O dramático retrato prático dessa realidade é traduzido pela pena de Eduardo Giannetti: “O presidencialismo de coalizão tornou-se o *modus operandi* do poder no Brasil. Para governar, o presidente eleito precisa garantir maioria no Congresso. E, para obtê-la, ele cede nacos de poder –ministérios, cargos, verbas, estatais– aos partidos interessados em troca de apoio. “*Quid pro quo*”: toma lá da cá. À medida que o capital político do presidente se deprecia, o preço do apoio sobe. Quando FHC saiu a campo para aprovar a emenda da reeleição e quando Lula viu sua sobrevivência ameaçada pelo mensalão, ambos se aliaram ao que há de mais sinistro na política brasileira. No governo Dilma, essa prática foi levada às raias do absurdo. No início do seu segundo mandato, com o capital político renovado nas urnas, ela loteou 39 ministérios entre dez partidos e nem sequer elegeu o presidente da Câmara dos Deputados. Entregou e não recebeu. (GIANNETTI, Eduardo. Por uma constituinte exclusiva. *Tendências/Debates Folha de São Paulo*, 30 abr. 2016).

¹⁴⁵ “O cotidiano do brasileiro é marcado por certos hábitos que, na maioria das vezes, passam despercebidos devido a naturalidade que adquirem. Exemplos destes hábitos são o famoso ‘furar’ fila, adentrar em filas especiais (as destinadas a gestantes, idosos, pessoas com deficiência, etc.), tentar conseguir vantagens de forma mais rápida através da amizade com terceiros ou da concessão de bens materiais e/ou dinheiro para estes, utilizar o poder que se tem para, do mesmo modo, conseguir vantagens, etc. O termo utilizado para conceituar tais atitudes é ‘jeitinho brasileiro’, o conhecido ato de ‘dar um jeito’ em determinadas circunstâncias, estando fortemente impregnado na cultura nacional” (GOMES, Danilo Cortez; MORAES, Aline Fábria Guerra de; HELAL, Diogo Henrique. *Faces da cultura e do jeitinho brasileiro: uma análise dos filmes o auto da compadecida e saneamento básico*. *Holos*, Natal, ano 31, v. 6, p. 502-519, 2015, p. 502). Sobre “jeitinho brasileiro”, *vide* DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

¹⁴⁶ No ensaio apresentado em recente palestra na Universidade de Harvard, intitulado “*Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?*”, o ministro do Supremo

já consolidada nesse país. Ademais, dada a grande diversidade brasileira, grupos dos mais variados se associam com expectativas e intenções distintas, tendo perspectivas pouco convergentes de um ponto de vista macroanalítico. O escritor Eduardo Giannetti capta bem a gravidade dessa situação. Segundo o autor,

O Brasil tem 35 partidos registrados no TSE (Tribunal Superior Eleitoral) –28 com assento no Congresso Nacional– e não possui de fato nenhum partido. O que temos são grupos de interesse fragmentários –PMDB à frente– que se especializaram num jogo não cooperativo e predatório com o Executivo, baseado em táticas de bloqueio, chantagem e sucção de benesses. O modelo é análogo ao da relação entre hospedeiro e parasita na biologia: quanto mais se enfraquece o executivo-hospedeiro, mais assanhados e gulosos se tornam os partidos-parasitas. A novidade é que o parasita-mor vislumbra agora a chance de virar hospedeiro. Alguns dos partidos “aliados” chegam a ser tão corruptos que não podem ser comprados, apenas alugados. A disfuncionalidade da política brasileira decorre de um problema institucional. Daí que a simples troca dos atores ou uma improvisada gambiarra parlamentarista sejam, no melhor cenário, apenas paliativos fadados a ser rapidamente atropelados por novas crises e impasses.¹⁴⁷

Por essa razão, Sérgio Henrique Abranches afirma ser necessário que o país passe, quanto antes, por uma “institucionalização de proce-

Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso aponta o lado negativo deste traço da cultura brasileira. Para o autor, “*Improviso, sentimentos e interesse pessoais acima do dever, compadrio, cultura da desigualdade, quebra de normas sociais e violação da lei que vale para todos não são traços virtuosos, não podem fazer parte do charme de um povo e muito menos ser motivo de orgulho. Nesses exemplos, o jeitinho nada tem de positivo e consiste, na verdade, em desrespeito ao outro, em desconsideração à sociedade como um todo e em condutas simplesmente criminosas. É preciso retirar o glamour do mal e tratá-lo como tal: como um problema que precisa ser superado.*”

¹⁴⁷ GIANNETTI, Eduardo. Por uma constituinte exclusiva. *Tendências/Debates Folha de São Paulo*, 30 abr. 2016.

dimentos de negociação e resolução de conflitos que evitem que todas as crises desemboquem nas lideranças, e sobretudo, na Presidência.”¹⁴⁸

Esse cenário desolador, para o que é tratado nesta pesquisa, traduz a inoperância de um modelo, que a par de tentar instituir um equilíbrio, uma divisão de forças na partilha das vagas nos tribunais de contas (art. 73, § 2º, I e II, da CR/88), em verdade alimenta um círculo vicioso de troca de apoios e favores, que compromete a necessária independência das cortes e dilapida a esperança da sociedade de ter um controle da gestão pública de forma eficiente, eficaz e efetiva¹⁴⁹.

Como sobredito, muitas vezes o escolhido para o cargo de ministro ou conselheiro acaba se tornando refém da política no desempenho de uma atividade eminentemente técnica. De um, no caso do Executivo; de muitos, no caso do Parlamento ou de ambos. Portanto, a construção de uma saída passa pela unificação da forma de escolha, pelo incremento da participação social, pela valorização de requisitos técnicos e também pelo estabelecimento de um mandato fixo para os membros dos Tribunais de Contas. Em síntese, esse arroubo de legitimidade visa parametrizar e condicionar a escolha, reduzindo o subjetivismo e a discricionariedade.

3.5.5.4. Por uma nova forma de composição dos membros do Tribunal de Contas

A estruturação de um novo modelo para a composição dos Tribunais de Contas, passa pela constatação de que a política de coalizão,

¹⁴⁸ ABRANCHES, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 86, exige prévia aprovação de 2/3 da câmara dos deputados, para que o Presidente da República possa ser processado e Julgado pelo STF, no caso de crimes comuns. Recentemente, o Presidente Michel Temer foi alvo de 2 (duas) denúncias oferecidas pelo então Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, que acusou o Chefe do executivo da prática de diversos crimes, dentre os quais corrupção passiva, organização criminosa e obstrução da justiça. O certo é que nesses turbulentos períodos, observou-se um expressivo aumento na liberação de recursos por meio de emendas parlamentares, segundo noticiado, como forma de cooptação dos deputados, dentro da estrita lógica do *quid pro quo* (toma-lá-dá-cá).

apresenta-se profundamente arraigada nos meandros das instituições políticas brasileiras, o que requer que as indicações dos membros dos tribunais de contas mais técnicas, com menos interferência dos jogos de poder, típicos da política profissional.¹⁵⁰

Como já demonstrado, no Brasil a indicação exclusivamente por parlamentares somente seria isenta e se aproximaria da noção de *accountability* democrática caso o país não vivesse o presidencialismo de coalizção, com intensa troca de favores entre Executivo e Legislativo, atendo-se fracamente às normas constitucionais, o que inclusive subverte os princípios constitucionais da administração pública.

Nesse cenário, o que se propõe para um primeiro momento – considerando o elevado grau de institucionalização que envolve a indicação destes cargos¹⁵¹ – é que a titularidade da escolha recaia tão somente sobre o Chefe do Executivo¹⁵², mas após a observância de um rigoroso processo de seleção curricular nos termos do que já ocorre em outros países, o que reduziria potencialmente o aspecto subjetivo e discricionário da escolha.

Nessa linha de raciocínio, o direito comparado nos oferece um bom referencial, na medida em que o ordenamento jurídico de diversos outros países que também adotam o sistema de controle colegiado e o sistema de governo presidencialista zela por uma maior “objetividade”

¹⁵⁰ A alternativa que ora se apresenta será estruturada na forma de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), apresenta como anexo I desta pesquisa.

¹⁵¹ O que se quer dizer com isso é que qualquer proposta que retire o aspecto institucional pura e simples da escolha, enfrentaria insuperáveis resistências. Talvez em razão de um maior amadurecimento democrático, no futuro, seja possível “desinstitucionalizar”, em um sentido mais amplo, a escolha dos membros.

¹⁵² Neste ponto, poderia haver o questionamento da razão pela qual, considerando que os Tribunais de Contas situam-se topologicamente no capítulo dedicado ao Poder Legislativo, o modelo proposto unificar a escolha no Poder Executivo. Em verdade, as razões são várias: em primeiro lugar, como já explicitado, a vinculação é meramente formal, não havendo qualquer relação de subordinação entre eles; em segundo lugar, nos moldes da teoria habermasiana, o ganho de legitimidade se dá exatamente pela participação direta das sociedade civil na escolha dos membros, conceito que ultrapassa a relação representante/representado; em terceiro lugar o arco-íris partidário e a configuração fisiológica do parlamento no Brasil dificultam sobremaneira o a limitação de subjetivismos e discricionariades, posto que ultrapassa a esfera individual (Poder Executivo), para ganhar cores múltiplas de difícil controle..

na nomeação dos membros de suas EFS. Em Portugal¹⁵³, Angola¹⁵⁴ e Timor-Leste¹⁵⁵, a indicação para o cargo de juiz do Tribunal de Contas – no caso de Timor-Leste, Tribunal Superior Administrativo, Fiscal e de Contas – se dá mediante concurso curricular, no qual o candidato é avaliado por uma banca julgadora. Na França¹⁵⁶, os magistrados da *Cour des Comptes* nela ingressam mediante seleção dentre funcionários e outras autoridades civis e militares que integrem a Classe A, magistrados do Poder Judiciário e alunos da *École Nationale d'Administration*.

Assim, na proposta de alteração constitucional que ora se apresenta no Anexo I, assentada na uniformização da escolha na pessoa do Chefe do Executivo, pretende-se manter as duas vagas atualmente reservadas alternativamente entre procuradores do Ministério Público especializado e Auditores¹⁵⁷ (art. 73, § 2º, I, da CR/88), como mesmo de forma de se evitar mais uma cisão brusca do atual sistema. Ademais, a independência e a necessária *expertise* técnica à atuação profissional desses membros não estaria comprometida, porquanto a autoridade nomeadora sempre escolherá, seja dentre procuradores, seja dentre auditores, autoridades cujo ingresso no Tribunal de Contas se deu por critérios estritamente objetivos (concurso público de provas e títulos). Nesse cenário, a nomeação do Executivo, no caso dessas vagas, está limitada à lista tríplice editada pela própria Corte de Contas¹⁵⁸.

Lado outro, propõe-se que as demais vagas sejam selecionadas a partir de uma lista fechada, composta por candidatos credenciados a

¹⁵³ Art. 18º da Lei n. 98/97, de 26 de agosto – Lei de organização e processo no Tribunal de Contas (LOPTC) de Portugal.

¹⁵⁴ Art. 22º da Lei n. 5/96, de 12 de abril – Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Angola.

¹⁵⁵ Art. 16º da Lei n. 9/2011, de 6 de julho – Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Timor-Leste.

¹⁵⁶ Art. L224-1 do Código de Jurisdições Financeiras (França).

¹⁵⁷ Os auditores são nomeados após a realização de concurso público, competindo-lhes o exercício de atribuições conferidas pela lei bem como substituir os ministros e conselheiros em suas vacâncias. Por essa razão, tornou-se comum, no País, denominá-los – inclusive nos textos legais – ministros (ou conselheiros, conforme o caso) substitutos

¹⁵⁸ Art. 73, § 3º, da Constituição da República.

partir de concurso curricular, cuja etapa derradeira consistiria em uma sabatina pública, realizada por doutores nas áreas que a Constituição da República determina o notório saber para integrar as cortes de contas: Direito, Ciências Contábeis, Economia e Administração. Tal participação da sociedade civil asseguraria o atendimento à cláusula democrática de que tanto carece o processo de escolha dos membros dos tribunais de contas.

No tocante à banca avaliadora do concurso curricular, no qual seriam aferidos os requisitos constitucionais para investidura no cargo, a fim de efetivar a participação direta do mundo da vida na construção da organização sistêmica mediante o procedimento intermediado pelo Direito – tal como preconiza Jürgen Habermas¹⁵⁹ –, propõe-se que seja composta por sete membros, sendo quatro deles representantes da sociedade civil organizada relacionados às searas nas quais se deve comprovar o notório saber: um representante do Conselho Federal de Administração; um representante do Conselho Federal de Contabilidade; um representante do Conselho Federal de Economia; um representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; um cidadão brasileiro com mais de 35 anos de idade e formação compatível com pelo menos uma dessas áreas, cuja indicação ficaria a cargo do próprio tribunal. Os membros natos da comissão seriam o Presidente e o Vice-presidente do Tribunal.

Para além deste requisito, que é atrelado ao saber técnico do candidato, seriam também exigidos a idade mínima de 35 anos¹⁶⁰ e o estabelecimento de condicionantes para aferição da idoneidade moral e reputação ilibada, que, por um paralelismo de formas, poderia exigir além da (i) sindicância de vida pregressa e investigação social, *praxe*

¹⁵⁹ Vide Introdução do trabalho.

¹⁶⁰ A manutenção da idade mínima de 35 anos se justifica, a uma, pela estatura do cargo e a relevância das funções desempenhadas, cujo desempenho exige, para além do conhecimento técnico, maturidade e experiência de vida, qualidades forjadas apenas com o tempo e a duas, compatibiliza-se com a atribuição de apreciar as contas do Presidente da República, que por expresse mandamento constitucional (art. 14, § 3º, VI, da CR/88) tem como condição de elegibilidade, exatamente possuir pelo menos. Mantém-se também a necessidade de experiência mínima de 10 anos nas áreas afins (art. 73, § 1º, IV, da CR/88), tempo bastante razoável para a estatura do cargo.

comum nos concursos para magistratura¹⁶¹ e Ministério Público, (ii) a aplicação da chamada lei da ficha limpa¹⁶², que vedaria a disputa do cargo para aqueles que tivessem sido condenados por um órgão colegiado.

A fim de que se possa aferir objetivamente os requisitos constitucionais de idoneidade moral e reputação ilibada, a sindicância de vida pregressa mostra-se de grande relevância. Similarmente ao que já acontece nos concursos para as carreiras de Estado – como juiz e promotor –, a referida sindicância é conduzida pela comissão avaliadora do concurso com o auxílio de instituição policial para proceder às investigações necessárias a apurar histórico de infrações penais, cíveis, administrativa-disciplinares e de improbidade. Após a elaboração do seu relatório, deve a comissão especial – em observância ao preceito do contraditório bem como à dialogicidade procedimental tão defendida neste trabalho – proceder à abertura de prazo para que o candidato apresente suas manifestações e, ao final, possa o colegiado deliberar sobre a manutenção ou eliminação do candidato¹⁶³.

Nesse contexto, ainda, a fim de ampliar o controle social, a ordem de classificação final deve ser tornada pública por prazo razoável – propõem-se 30 dias – para que qualquer cidadão possa impugnar a lista ou qualquer nome que dela fizer parte. Após cumprimento dos prazos, haveria a homologação da lista pelo plenário do Tribunal de Contas para posterior encaminhamento ao Chefe do Executivo, mediante todas as condicionantes listadas, possa proceder à escolha daquele que irá integrar o colegiado de contas.

Após a escolha do nome pelo Chefe do Executivo, deverá o Poder Legislativo (Senado Federal), aprovar a escolha nos termos do que

¹⁶¹ No âmbito da magistratura, tal previsão encontra-se estatuída na Resolução n. 58/2009 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

¹⁶² Lei Complementar n. 135/2010, alterando a legislação eleitoral, estabeleceu: candidatos que renunciarem para evitar a cassação do mandato, tiverem o mandato cassado ou, ainda que pendente de recurso, forem condenados por órgãos colegiados, tornar-se-ão inelegíveis por 8 anos.

¹⁶³ Tais exigências, por minudenciar disposições constitucionais, podem ser disciplinadas na legislação infraconstitucional.

dispõe o art. 52, III, *b* da CR/88, atuando o parlamento, neste caso, na lógica dos *freios e contrapesos*.

Por fim, para além da necessidade de mudança de paradigma quanto à verificação da forma de escolha e dos requisitos para a nomeação de membros dos tribunais de contas brasileiros, também é premente uma reflexão legislativa sobre a duração dos mandatos dos conselheiros e ministros que integram esses órgãos de controle externo, a fim de se garantir um maior e real alinhamento com o princípio republicano constante do art. 1º da Constituição de 1988.¹⁶⁴ É o que se discutirá na sequência do trabalho.

3.4.5.5. Duração de mandatos dos membros dos tribunais de contas

Após toda a digressão acerca dos requisitos para investidura no cargo e forma de escolha dos membros, faz-se também necessária, ao final, uma reflexão sobre o estabelecimento de mandatos para os membros dos tribunais de contas brasileiros. Atualmente, como a Constituição lhes estende, sem reservas, as mesmas as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens da magistratura¹⁶⁵, os membros dos tribunais de contas exercem cargo vitalício, isto é, uma vez nomeados e empossados, somente podem perder o cargo por força de decisão judicial transitada em julgado¹⁶⁶.

¹⁶⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”

¹⁶⁵ Nos termos do art. 73, § 3º, da Constituição: “Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.”

¹⁶⁶ Art. 95, I, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;”

Embora seja critério de cada país a definição do tempo de permanência dos membros de suas EFS em seus respectivos cargos, a solução que melhor se alinha com o princípio republicano é a de que haja o estabelecimento de um mandato fixo com duração razoável, sem nenhuma coincidência com os mandatos eletivos (Executivo/Legislativo) e sem a possibilidade da perda do cargo, exceto na já existente hipótese do art. 95, I, da CR/88.¹⁶⁷

Segundo o constitucionalista José Gomes Canotilho¹⁶⁸, determinadas repúblicas, como a brasileira, possuem certas peculiaridades, das quais interessam-nos: o exercício de mandato de representação pelos membros do Poder Executivo e Legislativo e a sua durabilidade temporária. A temporalidade de mandatos é uma decorrência imediata do princípio republicano como assevera Kildare Gonçalves de Carvalho¹⁶⁹, o próprio Canotilho¹⁷⁰ e Roque Antônio Carrazza¹⁷¹.

Conforme Carvalho, “o adversário da República não é a Monarquia, mas o regime totalitário, qualquer que seja a denominação ou a forma que adote. [...] [Ao regime totalitário] falta-lhe o traço próprio do governo republicano, que é renovação periódica [...] mediante

¹⁶⁷ Essa proposta de mandatos não coincidentes não seria novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois atualmente modelo semelhante vigora no Brasil com relação aos dirigentes das agências reguladoras – pessoas jurídicas de Direito público – autarquias de regime especial – cuja finalidade é regular e/ou fiscalizar a atividade de determinado setor, a exemplo dos setores de energia elétrica e telecomunicações. Depois de um dirigente ter sido nomeado para exercício de mandato numa agência reguladora – evento que ocorre geralmente no meio do mandato do Executivo –, este adquire uma estabilidade relativa, não sendo possível exonerá-lo *ad nutum*, ainda que durante a gestão de outro Presidente da República. Assim, implantou-se, também, um mecanismo de não coincidência de mandatos dos conselheiros e diretores das agências reguladoras com o do Presidente da República.

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

¹⁶⁹ “A classificação das formas de governo em dois termos (monarquia ou principado, e república surgiu com Maquiavel, no século XVI, que adoto como critério distintivo a vitaliciedade para a monarquia e a temporariedade para a república.” (CARVALHO, Kildare Gonçalves de. *Direito constitucional: direito constitucional positivo*. 20. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 14).

¹⁷⁰ CANOTILHO, *op cit.*

¹⁷¹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

escolha popular”¹⁷². Assim, a lógica válida para aqueles que se submetem ao escrutínio também pode ser estendida para outros órgãos do aparato estatal, em especial quando o provimento não é decorrente de uma progressão ou ascensão na carreira¹⁷³.

A vitaliciedade para membros de órgãos de controle externo brasileiros é um facilitador para que paulatinamente grupos políticos tornem algumas regiões ou redutos submetidos a uma “autocracia travestida” de uma república democrática. Por essa perspectiva, a institucionalização das decisões de Estado no Brasil, com especial destaque para o controle externo, assunto deste trabalho, é imprescindível para que se avance de forma eficaz na fiscalização das contas públicas. A temporalidade no cargo para os membros das cortes de contas brasileiras é a previsão normativa mais compatível com uma república democrática, uma vez que possibilita a necessária oxigenação dos entendimentos jurisprudenciais do tribunal, bem como desfeudaliza¹⁷⁴ a titularidade do cargo por meio de um rodízio que previne a possibilidade da prevalência interesses privados em detrimento dos ideais republicanos, o que tem sistematicamente corrompido o controle externo do Brasil de dentro para fora, como se pode observar do já mencionado estudo da ONG Transparência Brasil¹⁷⁵.

Observa-se que muitos são os países em que os mandatos dos membros de suas EFS são temporários, independentemente do modelo de órgão de controle que utilizam – sejam auditorias-gerais,

¹⁷² CARVALHO, *op cit.*, p. 15.

¹⁷³ É de conhecimento que discussão semelhante é traçada no Brasil em relação ao estabelecimento de mandato para Ministros do Supremo Tribunal Federal. Nesse particular citam-se, a título exemplificativo, a PEC 55/2015 da Câmara dos Deputados e PEC 35/2015 do Senado. Em ambas é proposto um mandato de 10 anos para os membros da Suprema Corte Brasileira. Impende lembrar que, dentre as democracias europeias, Portugal e França fixam mandatos de 9 anos não renováveis; Alemanha, 12 anos.

¹⁷⁴ Na atual sistemática brasileira, é possível que um escolhido permaneça no Tribunal por até 40 anos. Isso porque recentemente, em 07/05/2015, foi promulgada a Emenda Constitucional 88, a denominada PEC da Bengala, que alterou a aposentadoria compulsória dos Ministros do Tribunal de Contas da União de 70 para 75 anos. Em relação aos Estados e Municípios, a ampliação da idade foi disciplinada pela Lei Complementar 152/2015.

¹⁷⁵ SAKAI; PAIVA, *op. cit.*

sejam tribunais de contas. Como tratado na seção 3 deste trabalho, em Angola¹⁷⁶ os juízes das cortes de contas exercem um mandato de sete anos. Nos Estados Unidos, o *Government Accountability Office* (GAO) integra o Poder Legislativo, detendo uma função eminentemente investigativa e analítica no tocante ao acompanhamento da execução de gastos públicos, e o *Comptroller General* (titular do GAO) exerce um mandato de 15 anos, vedada a recondução¹⁷⁷. Similarmente, no Reino Unido, o *National Audit Office* (NAO) também é o “cão de guarda” do Parlamento (*watchdog*), acompanha a execução de gastos públicos, exerce um mandato de 10 anos¹⁷⁸, vedada recondução.

O que ora se propõe é a adoção de uma sistemática de nomeação similar à utilizada para a composição dos tribunais eleitorais brasileiros¹⁷⁹, contudo com mandato de maior duração – em observância à Declaração de Lima¹⁸⁰ – e não coincidente com mandatos do Poder Executivo ou do Legislativo.

Semelhantemente à Angola, mandatos de sete anos, vedada a recondução, mostram-se razoáveis à proposta de efetivação do princípio republicano, o que se justificaria pela ausência de coincidência com os mandatos do Legislativo (4 ou 8 anos) ou com o Executivo (4 anos). Como já existem ministros e conselheiros investidos vitaliciamente, é necessário formatar uma regra de transição, cujo conteúdo deve pre-

¹⁷⁶ Art. 13 da Lei n. 13/2010 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Angola)

¹⁷⁷ *Section 303, Budget and Accounting Act of 1921.*

¹⁷⁸ A duração das nomeações para exercer o cargo do *National Audit Office* tem sido rediscutida no Parlamento britânico quando findo o mandato da autoridade nomeada, havendo vacância e necessidade de nova indicação. Cf. <<http://www.nao.org.uk/>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

¹⁷⁹ Art. 121, § 2º, da Constituição da República: “Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.”

¹⁸⁰ Especialmente o que dispõe o item 3 da Seção 5: “O estabelecimento de Entidades Fiscalizadoras Superiores e do grau necessário de independência que devem gozar deve estar previsto na Constituição; detalhes podem ser estabelecidos na legislação. Particularmente, é importante que um supremo tribunal garanta uma proteção jurídica adequada contra qualquer interferência na independência e mandato de auditoria de uma Entidade Fiscalizadora Superior.”

ver que à medida que os atuais membros forem tornando vagos seus cargos, as novas indicações já seriam para exercício de mandato de 7 anos, e a contínua renovação dos tribunais de contas não implicaria a mudança, de uma só vez, de todos os integrantes.

4. Conclusão

Um sistema de controle externo eficiente, com adequadas balizas de avaliação não só da legalidade das despesas ou formalidades atinentes à arrecadação de receitas, mas também a da escorreita destinação dos recursos públicos para a sociedade é pilar incindível de qualquer Estado democrático, assertiva que se amplifica em países em desenvolvimento, como o Brasil.

Levando em conta a imanente imbricação entre legitimidade e participação direta da sociedade nos processos político-deliberativos, é fundamental perquirir como as demandas de controle da atividade estatal, partindo por óbvio da premissa em que se lhe afigura a função de sustentáculo da feição democrática do Estado como apontado alhures, também se nutrem desse pleito. Para responder tal questionamento, fundamental iniciar a discussão com o apontamento de que ao mesmo tempo em que se confere ao Estado, pela via democrática, a titularidade da regulação e coordenação das atividades essenciais à vida em coletividade, cumprindo a ele o provimento das condições de coexistência de direitos dos mais variados matizes, deve-se garantir ao administrado total clareza e transparência na condução da atividade estatal. Configura-se, pois, a dupla faceta que impõe um dever ao administrador e assegura um direito aos administrados.

Mediante revisão do estado da arte e o estudo de dados publicados, verifica-se uma tendência de maior confiabilidade da sociedade nas EFS de seus países quando estes possuem mecanismos democráticos de controle e processos de *accountability* mais efetivos. A independência que as EFS demandam refere-se principalmente à garantia de não interferências dos setores fiscalizados nas auditorias que aquelas entidades realizam.

Por essa perspectiva, torna-se relevante perquirir a forma de indicação dos dirigentes ou membros das EFS, principalmente quanto ao arcabouço jurídico que assegure o livre exercício dessas entidades.

Com um histórico político conturbado de jogos de poder pouco (ou nada) éticos desde o Brasil Colônia até o Brasil atual, já é tempo de a sociedade brasileira incorporar uma cultura fiscal e que preze pela importância do *accountability* democrático, inclusive com participação intensa nos sistemas de controle externo mediante o controle social.

O “jeitinho brasileiro”, forma nada convencional para solução de problemas, perpassa limites legais e éticos, tornando, muitas vezes, a esfera da coisa pública uma extensão do ambiente “da casa”, do exercício da autonomia privada. Daí a importância de que haja fortes independentes tribunais de contas brasileiros, não só fiscalizando os recursos públicos, mas também colaborando, com sua *expertise* técnica, para o aprimoramento do dispêndio eficiente de recursos públicos e para a superação de crises econômicas.

Hoje, discute-se a crise ética por que passa o País. Os noticiários bombardeiam notícias de casos de corrupção, concussão, peculato e improbidade administrativo em praticamente todas as esferas do setor público, em quase todos os Estados-membros e na Alta Administração Pública da União.

A instituição “tribunal de contas”, prevista constitucionalmente no Brasil, dotada de autonomia para sua atuação em face de qualquer pessoa, natural ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, não pode ser maculada com interferências de interesses eminentemente privados e escusos, as quais são possibilitadas pela própria norma constitucional, que não acompanhou (ou não levou em conta) a realidade sociocultural do país. Pelo contrário, o ordenamento jurídico deve agir e reagir frente à realidade social, seja para incorporar uma mudança de mentalidade das pessoas a que se endereça, seja para alterar as vicissitudes de certos hábitos culturais arraigados.

Como se pôde discutir anteriormente, a atual sistemática de nomeação dos membros dos tribunais de contas brasileiros não atende aos anseios da sociedade e dos ideais democráticos e republicanos. Autorizar que o próprio Poder Executivo, principal alvo da fiscalização

das cortes de contas, possa, sem critérios objetivos de escolha, indicar um ministro ou conselheiro do tribunal de contas não é razoável, nem sequer lógico. Além disso, o “jeitinho brasileiro” associado com a política de coalizão que orienta as principais tomadas de decisão estatais também não permite que as indicações do Poder Legislativo para os cargos de membros dos tribunais de contas sejam feitas com a técnica, a imparcialidade e a isenção demandadas pela natureza desse mister constitucional.

Baseando-se numa análise da história, tomando-a como referência, a confusão patrimonial entre o público e o particular é facilitada pela forma como o “auditor das contas” – ministro ou conselheiro – é nomeado. Quer dizer, quando as contas são privadas, o próprio particular escolhe, nomeia, a autoridade fiscal para auditar suas próprias contas. No entanto, quando se trata de fiscalização de recursos públicos, não seria razoável que o próprio chefe de governo – ou quem lhe faça as vezes de exercer a Administração como autoridade arrecadadora de recursos e executora de despesas – pudesse nomear, à sua **livre escolha**, o responsável por analisar o processamento e a destinação das finanças.

O Brasil é ainda um dos poucos países – dentre aqueles que se lhe assemelham em termos de controle externo – que fica mais vulnerável ao Parlamento e/ou Executivo. Nessa comparação, consideram-se apenas os países ocidentais e capitalistas, não sendo aplicável, por exemplo, aos países nórdicos, em que predomina a socialdemocracia, sendo a integralidade ou quase integralidade dos membros dos Tribunais de Contas nomeadas diretamente pelo Parlamento.

Em Portugal, como já salientado, os juízes do Tribunal de Contas são selecionados mediante concurso curricular; apenas o Presidente da Corte é nomeado pelo Presidente da República, fato que não passa despercebido pela doutrina portuguesa, que tem duramente criticado a forma de nomeação da Presidência de uma instituição de controle.

A fim de garantir a própria democracia e salvaguardar o fim público democrático, impõe-se a criação de institutos capazes de controlar o poder e a má gestão administrativa, política e econômica daqueles que exercem autoridade política, sob pena de se criar rupturas sistêmicas, verdadeiras brechas capazes de consolidar a autocracia do mau gover-

nante ou de qualquer outro que possa lhe usurpar o poder com a “boa intenção” de restabelecer a ordem.

Torna-se, pois, premente alteração do texto constitucional a fim de prever o provimento de cargos de ministros e conselheiros dos tribunais de contas dentre aqueles que cumulativamente: tiverem passado por sindicância de vida pregressa e investigação social para aferir mais objetivamente a idoneidade moral e a reputação ilibada; não foram condenados por órgão colegiado nos últimos oito anos; tiverem sido aprovados em concurso curricular e sabatina técnica, mediante os quais devem demonstrar notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, a serem avaliados por uma comissão técnica-especializada, com participação de representantes dos respectivos conselhos de classe.

A sabatina técnica, independentemente da arguição pública do Senado, seria institucionalizada e pública, com a livre participação de doutores especializados nas principais áreas de atuação do Tribunal de Contas. Assim, a fim de efetivar as mudanças discutidas neste trabalho no tocante à formalização de ritos mais objetivos e garantam maior participação democrática na seleção de membros dos tribunais de contas brasileiros, propõe-se a alteração no texto constitucional descrita no Anexo I.

Pela mesma perspectiva e visando à satisfação dos princípios republicano e democrático que norteiam a Constituição da República Federativa do Brasil, mostra-se cogente que o Estado brasileiro os exteriorizem na própria atividade de controle externo.

Para tanto, além das mudanças descritas anteriormente, faz-se necessário maior alternância daqueles que detém a competência para exercer o mister de membro do tribunal de contas, à semelhança do que já acontece com os membros dos tribunais eleitorais brasileiros e com os membros do tribunal de contas de Angola.

Dessa forma, propõe-se alterar a Constituição, nos termos descritos no Anexo, de forma que os mandatos de membros dos tribunais de contas sejam temporários, de duração máxima de sete anos, sem possibilidade de recondução sem solução de continuidade. Permaneceria a sistemática atual de seleção alternada de duas vagas dentre membros do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e dos auditores

da Corte, nos quais já não há, de fato, livre indicação pelo Chefe do Executivo. Assim, a proposta tornaria, inclusive, viável que todos os membros do órgão ministerial e os auditores pudessem assumir o mandato de ministro. Encerrado o período, seriam reconduzidos ao cargo de origem. Quanto aos demais membros, estes seriam escolhidos mediante o concurso curricular já descrito anteriormente.

Conquanto ainda haja muitas outras linhas de pesquisa relacionadas a tribunais de contas brasileiros a serem exploradas, principalmente quanto ao aprimoramento da eficiência e da efetividade do controle externo, este estudo traz uma reflexão sobre a fragilidade democrática e republicana da sistemática atual de composição dessas entidades fiscalizadoras no Brasil.

Demais estudos – principalmente mediante análise comparada – sobre as entidades fiscalizadoras superiores revelam-se de suma relevância para o desenvolvimento de teorias e técnicas de controle capazes de coibir ingerências da autonomia privada sobre a gestão da *res pública*.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio H. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados*, [online], v. 31, n. 1, pp. 5-33, 1988. Disponível em: <<https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizacao-sergio-abranches.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2016.
- ACRE. Tribunal de Justiça. Câmara Cível. Apelação n. 0001230-95.2008.8.01.0001. Relator: des. Miracele de Souza Lopes Borges. Julgado em 14 dez. 2010. Disponível em: <www.tjac.jus.br>. Acesso em: 17 jul. 2016.
- ALAGOAS. Tribunal de Justiça. 1ª Câmara Cível. Ação Civil Pública n. 0010765-84.2009.8.02.0001. Relator: des. Tutmés Airan de Albuquerque Melo. Julgado em 4 dez. 2013. Disponível em: <www.tjal.jus.br>. Acesso em: 17 jul. 2016.
- ALTHUSSER, Louis. *Politics and History: Montesquieu, Hegel and Marx*. Londres: NLB, 1972.
- ANGOLA. Tribunal de Contas. [Portal eletrônico]. *História*. Disponível em: <<http://www.tcontas.ao/portal/page/portal/Tribunal%20de%20>

- Contas%20de%20Angola/Sobre%20TC/Historial>. Acesso em: 20 set. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. “*Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?*”, ensaio apresentado em palestra na Universidade de Harvard em 08/04/2017, disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/4/art20170410-01.pdf##LS>, acesso em 30/09/2017.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento de Controle Administrativa n. 0.00.000.000470/2014-87. Relator: Conselheiro Walter de Agra Júnior. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 fev. 2015. Seção 1, p. 52-53.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Polícia Federal. **Operação Lava-Jato**. [Portal eletrônico]. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 24 set. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso em mandado de segurança n. 34.215/SC. Julgado em 6 dez. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 jul. 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.597/PA. Relator para acórdão: min. Eros Grau. **DJ**, 17 ago. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Medida Cautelar na Reclamação n. 9.375. Relator: min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 29 abr. 2009. **DJe**, 30 abr. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidência. Suspensão de Segurança n. 4580. [Decisão monocrática]. Presidente Cezar Peluso, 2 mar. 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 673.681/SP. [Decisão monocrática]. Relator: min. Celso de Mello. Julgamento em 5 dez. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 849/MT. Relator: min. Sepúlveda Pertence. **DJ**, 23 abr. 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 789. Relator: min. Celso de Mello. Julgado em: 26 maio 1994. **DJ**, 19 dez. 1994.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 916. Relator: min. Joaquim Barbosa. **DJ**, 6 mar. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.378. Relator: min. Maurício Corrêa. Julgado em: 19 maio 2004. **DJ**, 6 set. 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Originária n. 476-4. Relator para acórdão: min. Nelson Jobim. **DJ**, 5 nov. 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.190. Relator: min. Celso de Mello. Julgado em: 10 mar. 2010. **DJe**, 11 jun. 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de Contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 9, dez. 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2013
- CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional: direito constitucional positivo**. 20. ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional: direito constitucional positivo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2.
- CASTRO, Flávio Régis Xavier. O papel do tribunal de contas e os desafios frente ao terceiro milênio. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 2, ano XVIII, abr./jun. 2000
- CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- COSTA, Eduardo Carone. Incompreensão. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 18, n. 1, jan./mar. 1996.
- COSTA, Luiz Bernardo Dias. **O Tribunal de Contas no Estado Contemporâneo**. 2005. 139 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social)–Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. DUARTE, Bernardo Augusto. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes editores, 2013.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O discurso científico na modernidade: o conceito de paradigma é aplicável ao direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto. **Além do positivismo jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Entrevista. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 82, n. 1, p. 15-26, jan./mar. 2012, p. 20-21.
- EDIE, Carolyn. A. Revolution and the Rule of Law: The End of the Dispensing Power, 1689. **Eighteenth-Century Studies**, Baltimore, v. 10, n. 4, p. 434-450, jun./set. 1977.
- ELIACHEVITCH, Basile. **La personnalité juridique en droit prive romain**. Paris: Sirey, 1942.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O administrativismo do século XXI: por uma visão renovada por conceitos jurídicos indeterminados**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013
- FERRAZ, Leonardo de Araújo; MASCARENHAS, Fernando Vilela. Breve ensaio sobre a convalidação legislativa de pagamentos irregulares feitos pela Administração. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 76, n. 3, ago./set. 2010, p. 30.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. Due process of law e parecer prévio das cortes de contas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano I, n. 9, p. 1-16, dez. 2001. p. 6.
- FERRAZ, Luciano de Araújo. Tomada de contas especial, responsabilidade civil e processo administrativo disciplinar. **Fórum Administrativo: Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 26, abr. 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43914>>. Acesso em: 30 abr. 2016.

- FRANCO, António L. de Sousa; BARROS, Manuel Freire de. **O Tribunal de Contas de Portugal: evolução e situação actual**. In: ORGANIZAÇÃO DAS INSTINTUIÇÕES SUPERIORES DE CONTROLE DA COMUNIDADE DOS PAÍSES DE LÍNGUA PORTUGUESA. [Sítio eletrônico]. Disponível em: <<http://www.oiscclp.org/lumis/portal>>. Acesso em: 30 set. 2016
- GIANNETTI, Eduardo. Por uma constituinte exclusiva. *Tendências/Debates Folha de São Paulo*, 30 abr. 2016.
- GOMES, Danilo Cortez; MORAES, Aline Fábila Guerra de; HELAL, Diogo Henrique. Faces da cultura e do jeitinho brasileiro: uma análise dos filmes o auto da compadecida e saneamento básico. *Holos*, Natal, ano 31, v. 6, p. 502-519, 2015.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito constitucional de Angola**. Lisboa: Norprint, 2014, p. 438.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. O poder judicial na Constituição de Angola de 2010. **História: debates e tendências**, v. 15, n. 1, p. 56-67, jan./mar. 2015.
- GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. Belo São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- GUERRA, Evandro Martins. **Direito financeiro e controle da atividade financeira estatal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HECK, Philipp. **Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz**. Tübingen: Mohr, 1932.
- HERINGER JÚNIOR, Bruno. A hermenêutica filosófica de Gadamer: tradição, linguagem e compreensão. *Revista da Faculdade de Direito da FMP, Petrópolis*, n. 8, p. 9-23, 2013.
- HOBBSAWN, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009
- HOBBSAWN, Eric. **Sobre história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- IMAGUIRE, Guido; SCHIRN, Matthias. **Estudos em filosofia da linguagem**. São Paulo: Loyola, 2008.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. São Paulo: Edipro, 2014.
- MADISON, James. The structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments. **The Federalist**, Nova Iorque, n. 51, 6 fev. 1788.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Procedimento administrativo. In: _____. **O direito administrativo na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1988, p.10-11.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MONTEBELLO, Marianna. O tribunal de contas e o controle das finanças públicas. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 2, p. 139-235, 1999.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: LTr, 2008.
- ORESTANO, Ricardo. **Il problema delle persone giuridiche in diritto romano**. Tomo: G. Giappichelli, 1968.
- PORTUGAL. Tribunal de Contas. [Portal eletrônico]. **Um tribunal de contas democrático**. Disponível em: <<http://www.tcontas.pt/pt/apresenta/historia/tc1976-.shtm>>. Acesso em: 12 set. 2016.
- POST, Gaines. **Studies in medieval legal thought: public law and the state**. Clark: The Lawbook Exchange, 1964.
- PYPER, Robert. **Aspect of countability in the british system of government**. Esttham: Tudor, 1996.
- ROCHA, Lincoln Magalhães da. A Função controle na Administração Pública. Controle Interno e Externo. **Fórum Administrativo**, ano 1, n. 2, abr. 2001.

- RONDÔNIA. Tribunal de Justiça. Tribunal Pleno. Ação direta de inconstitucionalidade n. 0004044-54.2015.8.22.0000. Relator: des. Hiram Souza Marques. Julgado em 7 dez. 2015. Acesso em: 17 jul. 2016.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. Porto Alegre: Globo, 1962, p. 27.
- SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtú. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006.
- SAKAI, Juliana; PAIVA, Natália. Quem são os conselheiros dos tribunais de contas? In: TRANSPARÊNCIA BRASIL. **Publicações**. [online]. Disponível em: <<http://www.transparencia.org.br/>>. Acesso em: 2 jun. 2016.
- SANTOS, Homero dos. Atuação do Tribunal de Contas da União – administração pública federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 26, n. 65, p.18, jul./set., 1995.
- SCIALOJA, Vittorio. **Teoria della proprietà nel Diritto romano**. Roma: Pietro Bonfante, 1928
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e contrapesos (*checks and balances*)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Atlas, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TIMOR-LESTE. “**Adeus Conflito, Bem-vindo Desenvolvimento**”: retrato da governação do mandato da AMP (2007-2012). [Relatório], maio 2012. Disponível em: <http://timor-leste.gov.tl/wp-content/uploads/2012/07/ACBD_pt.pdf>. Acesso em: 22 set. 2016.
- TOMLINS, T. E. **The English Law**. 4. ed. Londres: C. and R. Baldwin, 1810. v. 2. Disponível em: <<http://books.google.com>>. Acesso em: 18 set. 2016.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Belo Horizonte: Vozes, 2005.

ANEXO I

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL n. ____/2016

Suprime o inciso XIII do art. 49, altera a redação do inciso III do art. 52 e do § 2º do art. 3º, acresce os §§ 5º, 6º e 7º ao art. 73 e dá outras providências.

Art. 1º Fica suprimido o inciso XIII do artigo 49 da Constituição.

Art. 2º A alínea *b* do inciso III do art. 52 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

III – aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

[...]

b) Ministros do Tribunal de Contas da União;”

Art. 3º O § 2º do art. 73 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 2º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos pelo Presidente da República, para um mandato de sete anos, vedada a recondução, observadas as seguintes condições:

I – duas vagas, alternadamente entre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal;

II – sete vagas, mediante concurso curricular, observados os requisitos do § 1º.”

Art. 4º Ficam acrescentados os §§ 5º, 6º e 7º ao art. 73:

[...]

§ 5º A comissão julgadora do concurso de que trata o inciso II do § 2º compõe-se de sete membros, sendo:

I – o Presidente do Tribunal de Contas da União, que presidirá a comissão;

II – o Vice-presidente do Tribunal de Contas da União;

III – um representante do Conselho Federal de Administração;

IV – um representante do Conselho Federal de Contabilidade;

V – um representante do Conselho Federal de Economia;

VI – um representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VII – um cidadão brasileiro com mais de trinta e cinco anos de idade com formação em Direito, Ciências Contábeis Economia ou Administração, indicado pelo Tribunal de Contas da União.

§ 6º Constitui fase final e obrigatória do concurso curricular sabatina pública a ser realizada por doutores em Direito, Ciências Contábeis, Economia e Administração.

§ 7º A classificação dos candidatos será tornada pública, podendo qualquer cidadão, no prazo de 30 (trinta) dias da publicação, impugnar a lista ou qualquer nome que dela constar.”

Art. 5º Fica preservada a vitaliciedade de mandatos de ministros do Tribunal de Contas da União que estejam em exercício.

Art. 6º As disposições desta emenda constitucional aplicam-se, no que couber, aos tribunais de contas estaduais e municipais.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade,
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Campus* de Campolide,
1099-032 Lisboa, Portugal.

E-mail: presidente@idilp.net

As diferenças conceituais entre o Viver Bem na obra Dworkin e o Bem Viver no Novo Constitucionalismo Latino-americano¹

The conceptual differences between living well in Dworkin and living well in the new Latin American constitutional code

WALTER GUSTAVO SILVA LEMOS²

Resumo: O presente artigo objetiva proceder a discussão das diferenças conceituais entre o pensamento de Dworkin relativa ao que descreve ser Viver bem, importante discussão na formação de sua teoria de justiça, para distingui-lo do instituto do Bem Viver, descrito no Novo Constitucionalismo latino-americano, como uma atuação conectada do ser humano com a natureza, com fito de estabelecer o progresso responsável e saudável, tendo um novo horizonte direcional para um desenvolvimento com sustentabilidade e responsabilidade social e ecológica. Como os termos parecem importar em um mesmo núcleo de discussão, necessário apontar como são distintos e norteiam campos de atuação diferentes. Assim, o artigo promove a análise destes conhecimentos utilizando do método de abordagem indutivo, pelo uso do procedimento comparativo e de uma pesquisa bibliográfica, para conectar tais ideias e demonstrar a importância dos institutos e de suas diferenciações conceituais e práticas.

Palavras-chave: *Viver bem; Dworkin; Bem Viver; Novo Constitucionalismo latino-americano; Diferenças conceituais.*

Abstract: The present paper aims to discuss the conceptual differences between Dworkin's thinking about what he describes as Living Well, an important discus-

¹ Entregue: 4.5.2018; aprovado: 8.9.2018.

² Doutorando em Direito pela UNESA/RJ, Graduado em Direito pela UFGO, Pós-graduado em Direito Processual Civil pela FARO (RO) e Mestre em História pela PUC/RS. Advogado e Professor de Direito da FARO – Faculdade de Rondônia e da FCR – Faculdade Católica de Rondônia, em Porto Velho – Rondônia, Brasil. Email: wgustavolemos@hotmail.com.

sion in the formation of his theory of justice, to distinguish it from the institute of Good Living described in the New Latin American Constitutionalism, as a connected action of the human being with nature, in order to establish responsible and healthy progress, taking a new directional horizon for a development with sustainability and social and ecological responsibility. As the terms seem to matter in the same nucleus of discussion, it is necessary to point out how they are distinct and orient different fields of action. Thus, the article promotes the analysis of this knowledge using the method of inductive approach, using the comparative procedure and a bibliographical research, to connect such ideas and demonstrate the importance of institutes and their conceptual and practical differentiations.

Keywords: *Live well; Dworkin; Good Living; New Latin American Constitutionalism; Conceptual differences.*

Introdução

Procedendo os estudos sobre o Novo Constitucionalismo Latino-americano, é possível se deparar com o instituto do Bem Viver, descrito na Constituição do Equador, que descreveu a como *Buen Vivir*, bem como existente na Constituição da Bolívia, embora tenha preferido o termo *vivir bien*. Tais diferenças decorrem das escolhas das expressões em quéchua no qual se pautam, seja *sumak kawsay*, como utilizado como parâmetro pelo constitucionalismo equatoriano, seja pela expressão *suma qamaña*, como locução lançada na Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia.

Tal instituto vai procurar estabelecer as discussões da necessidade da utilização de novas cosmovisões na promoção das relações que regem as nossas relações, a busca pelo interesse comunitário em várias áreas de atuação do Estado e nas interações sociais, de forma que o interesse coletivo seja preponderante sobre os individuais.

Mas ao se lançar no estudo desta locução, Bem Viver/viver bem, constante do Novo Constitucionalismo Latino-americano, percebe-se a presença de uma ideia estabelecida por Ronald Dworkin, em seu *A Raposa e o Porco-espinho: Justiça e Valor*, também descrito sobre a mesma denominação.

Ao se aprofundar a leitura sobre a ideia de viver bem em Dworkin, vê-se que este está tratando de uma ética que deve reger as relações sociais, devendo o indivíduo proceder de forma que possa empreender uma vida de acordo com padrões de bem-estar para todos em uma determinada sociedade. Este conceito é importante para a discussão de Justiça como integridade que o autor acaba se lançando, mas também para formular a necessidade de uma imperatividade da igualdade dentro da atuação do Estado e do mercado livre na promoção de efetivação da justiça social.

Assim, estes conceitos acabam por possuir elementos que são comuns, mas não podem ser confundidos, já que se baseiam em discussões díspares para a formação de teorias jurídicas distintas, inclusive acabando por encampar elementos pertencentes a ramos distintos do pensamento jurídico.

Como estes conceitos importam em discussões distintas, é de grande valia a promoção da correta diferenciação destes institutos, para perceber os pontos que os assemelham e aqueles em que acabam por se distanciar, já que ambos debatem importantes temas jurídicos, que acabam promovendo repercussão para fora do Direito.

As perspectivas sob as quais estes dois objetos de estudo se constroem necessitam ser demonstrados, para clarear as bases das suas utilizações e como estes servem a discussões distintas dentro do campo da ética e do Direito, de forma que é importante a demonstração de suas semelhanças e diferenças.

Esta pesquisa importa, então, no apontamento das diferenças de tais institutos, sendo que o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, com a técnica monográfica. Quanto ao método de pesquisa, este foi bibliográfico, tendo como ponto de vista para a análise dos dados coletados qualitativo, tudo na busca da apresentação da importância destes conceitos e de como não podem ser confundidos, já que acabam por encerrar em si discussões distintas e que se localizam em diferentes ramos do conhecimento.

1. A descrição do viver bem em Dworkin

Para que seja possível discorrer sobre o que Dworkin (2012) descreve como viver bem e os seus elementos correlatos, de forma a compreender os conceitos de sua ética e valor que trabalha, necessária a descrição das abordagens que este estabelece na Obra *A Raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor*, onde discorre sobre o valor do conceito viver bem para a ética a qual se lança.

1.1. Justiça para ouriços

Dworkin³ nesta obra empreende uma dedicada análise da filosofia do direito, onde passa a defender uma tese filosófica ampla de unidade do valor, sendo que se vale da alegoria do ouriço, ao descrever que o ouriço, ao contrário da raposa que sabe muitas coisas, sabe somente uma. Para Dworkin, o valor é o único elemento importante no entendimento da ética, da moral e do Direito. A verdade sobre como viver bem e sobre como ser bom é não apenas coerente, mas mutuamente reforçada. Ele tenta ilustrar a unidade entre valores éticos (dizem respeito ao que devemos fazer para viver bem) e morais (dizem respeito ao que devemos uns aos outros), propondo uma teoria sobre o que é viver bem e sobre o que fazer para alcançar este viver bem.

Assim, passa-se a ideia de que valores morais e éticos dependem uns dos outros é apresentada como um credo, uma proposta de um modo de viver, de forma que Dworkin, nesta mesma obra, promove uma teoria filosófica baseada em “Independência”, “Interpretação”, “Ética”, “Moralidade” e “Política”, para que possa alcançar os temas de moralidade política e justiça.

Dentre as exigências do conceito mais amplo de justiça, Dworkin retoma aqueles que considera como os dois princípios fundantes da legitimidade de qualquer governo, descrevendo a ideia da igualdade, onde todo governo deve mostrar igual cuidado pelo destino de cada pessoa sob seu domínio. Pelo segundo princípio, o governo deve res-

³ DWORKIN, Ronald. *Justiça...*, cit.

peitar a responsabilidade e o direito de cada pessoa de fazer de sua própria vida algo de valor, ou seja, a permissão no agir com liberdade.

A comunhão destes dois princípios permitem o alcance do valor da justiça, mas sendo necessária a descrição tanto de uma teoria da liberdade, quanto uma de teoria sobre a igualdade de recursos, onde alerta para os riscos de que tal teoria da liberdade entre em conflito com a teoria igualitária de justiça distributiva por ele defendida.

Seguindo neste sentido, seu pensamento estabelece duas modalidades de liberdade, sendo que a primeira consistente na ampla faculdade de se fazer o que se quiser sem qualquer restrição governamental e a segunda diz respeito àquela parte precisa da liberdade que o governo promove certas restrições. Desse modo, Dworkin⁴ não aceita um direito geral de liberdade, mas defende um direito de liberdade relacionado de maneira complexa e intrincada com as outras demandas da justiça.

Isso ocorre em decorrência da compreensão de democracia que esta estabelece, importando no reconhecimento de uma liberdade positiva e negativa. A liberdade negativa é a liberdade de interferências do governo; a liberdade positiva é a liberdade de governarmos a nós mesmos participando do governo. Após assim descrever, passa a enraizar a sua noção de democracia: a concepção majoritária e a de parceria. A primeira deriva da maioria do povo em participação conjunta e a outra da junção entre as forças democráticas existentes na sociedade.

Para isso, Dworkin discute o direito como parte essencial do arranjo político e democrático, estando este muitas vezes em conflito com a justiça. Segundo essa visão, nada garante que as leis são justas; e quando elas forem injustas, as autoridades e os cidadãos deverão, em virtude do Estado de Direito, respeitá-las, comprometendo o ideal de justiça. Podendo impugná-las na forma que o próprio Direito estabelece como legítimo para a realização da busca pela justiça.

Assim, aquele segue estabelecendo conceitos para que possa discorrer sobre os critérios para sua aplicação do Direito, bem como a diferenciação deste da justiça, com o fito de descrever a sua teoria da justiça, que é complexa e bastante abrangente, porque passa pela necessidade de conjugação conjunta da liberdade e da igualdade, como meio

⁴ DWORKIN, Ronald. Justiça..., cit.

de alcance, no meio termo, das condições de vida entre os indivíduos em sociedade, onde Dworkin, conforme sustenta Ferreira, “sustenta que se deve deixar ao indivíduo a decisão sobre como ele quer viver, mas isso não significa que as diferentes formas de viver não devam ser escrutinadas, discutidas e justificadas,”⁵ para a solução deste entendimento, sendo que dentre estas discussões realizadas está a de Viver bem, quando parte para discussão o valor da ética.

Seguindo na discussão da questão do valor, exsurge a ideia de dignidade nesta controvérsia, ao estabelecer que este se encerra em dois princípios distintos – o princípio de que temos de respeitar a importância igual das vidas humanas e o princípio de que temos uma responsabilidade especial pelas nossas próprias vidas – que nos permitam viver à luz de ambos, sem comprometer qualquer um deles. Assim, Dworkin vai estabelecer a sua noção de obrigações como um desafio ético e moral na realização das relações entre as pessoas. Estes relacionamentos dividem-se em duas grandes categorias: performativos e associativos.

Em primeiro lugar, tornamos algumas pessoas especiais através de atos datáveis e voluntários por elas realizados, como fazer-lhes promessas. Em segundo, algumas pessoas são especiais em virtude de laços associativos: um laço de família, de amizade ou de parceria num empreendimento conjunto, por exemplo. Um relacionamento associativo é particularmente importante, por se tratar de uma associação política entre estes indivíduos.

Estes relacionamentos performativos e associativos dão origem àquilo que chamamos “deveres” ou “obrigações”, o que acabam por denotar responsabilidades de auxílio particularmente fortes entre os indivíduos, sendo que as performativas e associativas são dramaticamente afetadas pelos fatos sociais. O papel crucial da convenção e da prática social na determinação da obrigação levanta um problema filosófico. As convenções são apenas questões de facto. Como podem elas criar e moldar deveres morais genuínos? Para isso, o autor aborda a promessa como algo independente e distinta do dever moral. Ao invés, desempenha um papel importante, mas não exclusivo, na determina-

⁵ FERREIRA, Wallace. *Pensando...*, cit.

ção do alcance de uma responsabilidade mais geral: não prejudicar outras pessoas, ao encorajá-las, primeiro, a esperarem que ajamos de certa maneira e, depois, não agindo desta maneira. A responsabilidade geral é, em si mesma, um caso de responsabilidade ainda mais geral que temos analisado nesta Parte IV: respeitar a dignidade dos outros e, desse modo, respeitar a nossa própria dignidade. Assim, podemos estudar a moral pormenorizada do cumprimento de promessas como parte do nosso projeto interpretativo de decidir aquilo que os nossos dois princípios da dignidade exigem na prática. Quando vemos a questão segundo esta perspectiva, podemos explicar por que razão a promessa cria obrigações, sem recorrermos a uma petição de princípio. Esta responsabilidade é particularmente clara quando encorajamos a expectativa por meio de uma promessa, mas só porque a promessa esclarece, através de meios parcialmente determinados por convenção, responsabilidades subjacentes, de outro modo, estariam ocultas.

A sua descrição como obrigações, parte das convenções de promessa estabelecidas pela sociedade. Nenhum grau de encorajamento pode eliminar totalmente o impacto de outros fatores redutores ou coordenadores, e a promessa também não é capaz de fazer isso. Há circunstâncias em que a responsabilidade surge, apesar de uma promessa formal, porque a promessa foi mal julgada ou o promitente tinha uma necessidade particularmente urgente de ignorar. Nem o “não prometo” permite que alguém que tenha encorajado deliberadamente uma expectativa a ignore sem qualquer razão. A promessa e a não-promessa explícita assinalam, por convenção, casos-limite de um tipo de responsabilidade moral, caso que, existiriam mesmo na ausência de convenção. A convenção não pode fazer aquilo que a lógica dos fatos morais subjacentes sanciona.

Após tais formulações, Dworkin⁶ passa a discorrer sobre o instituto de grande valor que é o viver bem, que não é somente uma ação de ser bom que importa na diretriz da vida do indivíduo, mas que este deve viver bem, ao se apoiar em valores éticos correção na relação humana. Ele tenta ilustrar a unidade entre valores éticos (que dizem respeito

⁶ DWORKIN, Ronald. *Justiça ...*, cit.

ao que devemos fazer para viver bem) e morais (os que dizem respeito ao que devemos uns aos outros), propondo uma teoria sobre o que é viver bem e sobre o que, se queremos viver bem, devemos fazer e não fazer para as demais pessoas nas relações humanas.

A ideia de que valores morais e éticos dependem uns dos outros é apresentada como um credo, uma proposta de um modo de viver, sendo que a partir destas acepções, Dworkin promove a discussão sobre viver bem, explanando os limites da sua discussão de ética e valor.

1.2. Viver bem – uma visão ética individual

Como esposto, Dworkin promove a descrição de uma análise do valor para a fundamentação da sua visão de Justiça, sendo que passa a descrever a discussão da existência da ética das relações e o seu valor, acabando por passar a discorrer sobre o que denomina de Viver bem, acabando por descrever como ideal de responsabilidade fundamental da vida ética e cumpridora dos valores formadores do indivíduo em conexão com a sociedade em que se insere.

Neste sentido, passa a discorrer que na explanação deste viver bem e quanto este difere da ideia do que vem a ser vida boa. Este são conceitos que podem parecer bastante próximos, mas que não necessariamente se encontram caminhando conjuntamente. Vida boa importa em ter a aceção de provisionamento de bens materiais que permitam ao indivíduo usufruir. Está ligada a questão de gozar dos bens que possua.

Viver bem é um aspecto íntimo, intrínseco e moral do indivíduo, já que é necessário que este respeite a si mesmo e aja com autenticidade na busca dos seus ideais pessoais, na busca de uma vida boa, onde possa cumprir os seus preceitos de vida e aqueles que a coletividade lhe impõe como valor.

Viver bem é diferente de uma vida boa, já que viver bem importa na necessidade de que o indivíduo além de possuir uma vida boa, seja cumpridor dos padrões morais que este se impõe e também da sociedade sobre a qual ele vive. E inclusive promova o respeito a si mesmo daquilo que lança para a vida, daquilo que ele planeja e almeja. Atuando

com autenticidade, como um indivíduo que idealiza uma vida para si, de forma que o indivíduo que vive bem tenha uma vida boa dentro de parâmetros éticos.

Mas a vida boa não necessariamente importa em viver bem, porque uma vida boa pode ser recheada de bens materiais, que permitam ao indivíduo usufruir e gozar destes, mas pode não vir acompanhada de viver bem, portanto, de respeito a si mesmo e com ação com autenticidade. O indivíduo pode não cumprir os parâmetros éticos existentes, de forma que a vida por ele almejada detém o cumprimento das materialidades, mas não da plenitude dos valores que o indivíduo e a sociedade que está ao seu entorno estabelece.

Ao adentrar esta questão, Dworkin acaba dizendo que

Podemos pensar, por um lado, que para viver bem é preciso viver moralmente (nesse caso, o príncipe não viveu tão bem quanto poderia ter vivido), mas que o conteúdo da moral deve ser determinado unicamente por uma reflexão sobre a própria moral, não sendo definido por nenhum dos demais aspectos ou dimensões do bem viver. Ou seja, podemos pensar que o bem viver simplesmente incorpora a moral, sem que esse vínculo afete em absoluto as exigências morais.⁷

Neste ponto, a sua reflexão importa em demonstrar que viver bem encerra em si a necessidade de busca pela realização pessoal, mas dentro de parâmetros individuais éticos devidamente limitados e respeitados nesta busca, de forma que o indivíduo possa alcançar uma vida boa. Somente é alcançável este parâmetro de vida estabelecido no caso do indivíduo se impor o cumprimento destes valores na busca por amedidar bens, trabalho e patrimônio que lhe permitam uma vida confortável.

Mas a via confortável não é o parâmetro em si, mas conseguir alcançar tais referências a partir de uma série de padrões de conduta que são impostos e impedem ao indivíduo ir de encontro com tais procedimentos, mas não por uma imposição de social, de outrem e nenhuma norma, e sim em decorrência do pensamento próprio deste

⁷ DWORKIN, Ronald. *Justiça ...*, cit., pp. 309.

mesmo indivíduo na condução de suas ações. É uma conduta pautada no caráter que este se impõe e acaba por se exigir, não guardando uma relação com o externo.

Ainda fazendo a distinção sobre estes dois tipos de viver, Dworkin aponta que estes são distintos e que

Deveríamos distinguir entre viver bem e ter uma vida boa. Esses dois diferentes empreendimentos estão conectados e distintos: viver bem significa lutar para criar uma vida boa, mas apenas sujeito a certos limites essenciais à dignidade humana. Esses dois conceitos, viver bem e ter uma vida boa, são interpretativos. Nossa responsabilidade ética inclui tentar encontrar concepções apropriadas para ambos.⁸

Esta mesma concepção de diferenciação entre estes dois viveres é perceptível, quando da análise desta discussão empreendida por Dworkin, na compreensão de Ommati quando pergunta:

O que é viver bem? O que é uma vida boa? A resposta a essas questões seja em sua primeira ou em sua segunda formulação, nos leva necessariamente aos domínios da Ética e da Moral. Apesar desses termos serem bastantes controversos na história da filosofia, Dworkin nos convida a entender o domínio da Ética como a busca pela felicidade. A Ética, portanto, está estritamente ligada ao domínio da felicidade individual, aquilo que o autor norte-americano denomina de viver bem. Contudo, e ao contrário do que poderia parecer, a construção de uma ética individual não leva a um individualismo egoísta, pois viver bem pressupõe necessariamente uma vida boa. Em outras palavras, a construção da minha felicidade, passa necessariamente por relações que eu travo com outras pessoas. Assim, a Ética está intimamente relacionada com a Moral, ou seja, com o que eu devo aos outros, ou, ainda, com aquilo que

Para Ommati, compreender esta diferenciação permitirá entender o papel que o valor da felicidade e do seu alcance para o bem viver,

⁸ DWORKIN, Ronald. *Justiça...*, cit., pp. 309

como forma de cumprir os parâmetros socialmente aceitos universalmente, como ética, não podendo se impregnar de valores individuais e relativistas, que tendem a busca da felicidade passando sobre o que se aceitou amplamente. A realização desta segunda situação importaria numa atuação onde o indivíduo promoveria com outros atos aos parâmetros aceitos de viver bem.

Portanto, para Dworkin⁹ esta diferenciação é importante, já que viver bem é um meio de vida onde o indivíduo deve buscar viver sob parâmetros eticamente estabelecidos, agindo de forma a implementar o valor da dignidade nas suas relações, que deve ser entendida a partir da necessidade de uma atuação a partir do respeito próprio, mas também com autenticidade no agir.

Fica bem clara esta noção do que pretende Dworkin, quando Motta afirma que

Viver bem significa o esforço em criar uma *vida boa*, sujeita apenas a certas restrições essenciais à dignidade humana. O autor desenvolve a hipótese de que *viver bem* é dar um *sentido ético* à vida, como um pianista dá sentido à música que toca. Dworkin afirma que o valor final de nossas vidas é *adverbial*, e não *adjetivo*, querendo dizer que o valor se encontra mais no *meio* (ou no *modo* como se vive) do que no *resultado* desta *performance* (é o que chama de *performance value*).¹⁰

Portanto, é necessário que se faça tudo na busca de uma vida boa, confortável e cheia daquilo que nos complete, mas nesta caminhada é importante que o indivíduo mantenha um padrão de conduta ético universal, no agir austero deste para com o outro e para consigo mesmo, promovendo uma atuação com a dignidade como valor central na implementação de sua vontade.

Motta ainda segue, ao descreve que

(...) ele descreve uma teoria sobre o que é *viver bem* (Ética) e sobre aquilo que, se quisermos *viver bem*, nós devemos fazer e deixar

⁹ DWORKIN, Ronald. Justiça..., cit.

¹⁰ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald..., cit.

de fazer pelos outros (Moral). E encaixa uma metáfora: imaginem pessoas nadando em raias separadas de uma piscina. Estes indivíduos podem trocar de raia para auxiliar os outros nadadores, porém não para machucá-los. Imaginaram? A moral, nesta ilustração, definiria as raias que separam os nadadores; e estipularia quando alguém deve trocar de raia — para *ajudar* os outros nadadores, sempre — e em que condições seria proibida a troca de raias. A ética estaria ocupada em definir o que é nadar bem em sua própria raia.¹¹

Neste pensamento, Motta acaba de tentar, por via da metáfora da piscina, descrever a necessidade da atuação pautada na ética pelo indivíduo com o fito de proceder uma vida que seja condizente com esta nas suas ações, que devem se dar no intuito de empreender todas as forças no sentido de atingir seu fim.

No mesmo sentido estabelecido por Motta, Jung analisa o que Dworkin designa

Na tentativa de aniquilar o ceticismo externo (metaética), Dworkin busca demonstrar que nossas proposições acerca do valor, incluindo-se as morais, estão sempre no plano da verdade/objetividade. Mesmo os juízos *sobre* a moral se dão *dentro* do horizonte moral: para Dworkin, não se pode justificar uma proposição moral (uma vez que a justificativa se distingue da explicação de por que se crê em tal juízo) sem se basear em outras convicções ou pressupostos morais (...).¹²

Neste sentido, o viver bem é a implementação de uma vida em que o indivíduo age com dignidade na sua atuação, mantendo a correção no caminho seguido, dentro de parâmetros reconhecidos, não só individualmente, mas para com um todo, respeitando-se os seus próprios interesses e também os dos outros, tudo como forma de perscrutação do que seja necessário para garantir uma vida boa.

¹¹ MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin..., cit.

¹² JUNG, Luã Nogueira. A Filosofia..., cit., pp. 116

Porém a imposição destes critérios não se dará ao indivíduo por fatores externos, ainda que estes possam existir, mas no corolário da sua própria consciência e compreensão de agir no mundo, preocupado com o viver bem na implementação dos seus próprios interesses, mas que não podem se dissociar de uma atitude de integridade com aquilo que este estabelece como valores próprios de dignidade e respeito. Tanto é assim que Dworkin acaba por descrever que

(...) se nós mesmos somos forçados a pensar que viver bem algumas vezes significa escolher o que pode ser uma vida pior, devemos reconhecer a possibilidade que ela pode ser. Viver bem não é o mesmo que aumentar a chance de produzir a melhor vida possível. A complexidade da ética corresponde à complexidade da moralidade.¹³

Estes elementos são de grande importância para a compreensão de que é o indivíduo que deve designar estes critérios na execução do viver bem e de como este será executado, já que esta é uma vida “bem vivida além de dar uma boa resposta aos desafios contingenciais e ser justa, deve ser escolhida por cada indivíduo, e não imposta.”¹⁴

Este ponto centra a teoria de justiça de Dworkin¹⁵, que parte da aceitação do indivíduo e de sua responsabilidade de viver bem, como resultado daquilo que nos orgulha, onde a vida objetiva um fim e como meio deve se buscar a alcançar os proveitos dos benefícios que ela pode propiciar, de forma de uma atuação de autenticidade. Tanto é assim, que Pedron descreve que

A partir disso, e levando em conta uma importante reflexão sobre a natureza interpretativa dos conceitos morais e jurídicos, Dworkin (2011, p. 203-204) promoverá uma teoria da justiça que traduza as duas dimensões da dignidade em: (1) um *princípio do auto respeito* – que levanta exigências de que cada um de nós leve à sério sua própria vida, tomando como importante a sua busca por sucesso;

¹³ DWORKIN, Ronald. O que..., cit., pp. 615

¹⁴ JUNG, Luã Nogueira. A Filosofia..., cit., pp. 124

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Justiça..., cit.

e (2) um *princípio da autenticidade* – para o qual todos nós temos uma responsabilidade pessoal em identificar o que para nós pode ser denominado de uma vida de sucesso.¹⁶

Se o indivíduo possui esta responsabilidade, como um elemento de dever moral seu, de buscar do bem viver, não pode este se olvidar de que este seu sucesso importe em atuar em respeito a si e ao outro, como própria base de busca pelo seu bem viver, já que não se prospera aquele que não promove o respeito.

No pensamento dworkiano, o respeito é um valor importante na busca da autenticidade, pois somente o indivíduo que se respeita tem a concepção da responsabilidade de bem viver, já que o ser humano “tem a responsabilidade pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os quais ele mesmo concorde.”¹⁷

Portanto, esta responsabilidade de viver bem é um imperativo íntimo de cada indivíduo na execução daquilo que entende cômodo aos seus interesses, mas não impostos por atos de terceiros, da sociedade, do Estado ou qualquer que seja, bem como não deve decorrer de proibições e coerções para que possa atinja bons proveitos, já que este é um valor íntimo e pertencente a quem assim deve agir.

2. O Novo Constitucionalismo Latino-americano

Uma série de acontecimentos jurídico-político se deram nos países latino-americanos que foram muito importantes para uma redefinição do papel da Constituição de um Estado, bem como no sentido de descrever valores relativos ao pluralismo jurídico representativo da diversidade de seus povos, tudo como ideário da propagação da cultura da paz e da modificação das condições de vida.

A partir da Constituição brasileira, de 1988, temos uma mudança de valores constitucionais estabelecidos no seu texto, já se estabelecendo uma nova realidade ao propagar a ideia de multiculturalismo, como meio de convivência entre os mais diferentes povos e classes

¹⁶ PEDRON, Flávio Quimaud. Reflexões..., cit.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Justiça..., cit., pp. 313

que formam o Brasil, sendo que este mesmo pensamento perpassou o constitucionalismo colombiano.

Deste pensamento esposado no constitucionalismo brasileiro, o Constitucionalismo latino-americano partiu à discussão da necessidade de implementação da pluralidade jurídica de todos os povos que se encontram no Estado, não somente em uma situação de respeito às suas culturalidades, mas na concessão de direito para permitir a sua implementação e efetivação a ser exercidos por estes próprios.

Neste sentido, Ribeiro descreve que

O que aqui se desenvolve é que em alguns países latino-americanos, onde se originou o novo constitucionalismo, é a criação/reconhecimento pela ordem jurídica de direitos existentes no seio social, de formas mais efetivas de participação popular e da construção de um Estado que reconheça a pluralidade e peculiaridade de seu povo. O novo constitucionalismo latino-americano propõe uma nova independência e a criação de um Estado participativo e efetivamente democrático, como mecanismo de se ver garantido o Parágrafo único do artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹⁸

Com o novo Constitucionalismo uma série de outros elementos que não eram comuns nos constitucionalismos tradicionais de até então, quando se promoveu a introdução de valores fundamentais no texto normativo que buscavam o respeito a dignidade, a igualdade, as culturalidades e as diferenças entre os povos do estado, tudo com o objetivo de impregnar a ordem jurídico-constitucional de conteúdos axiológicos, princípios e ideais de justiça social.

Mas é a partir da Constituição da Venezuela, de 1999, e principalmente os desdobramentos promovidos pelas Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, que se tem uma nova concepção de constitucionalismo para além das ideias constitucionalistas anteriormente estabelecidas, de forma que se passa a pensar um novo Estado, plurinacional, surgido diretamente dos movimentos sociais que as antecederam e se comunicando diretamente com o povo, na promoção de uma maior participação democrática destes.

¹⁸ RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O neoconstitucionalismo... cit.

Dalmau lembra ainda que este processo, de construção de uma nova mentalidade normativo-fundamental, derivou da evolução da concepção constitucional, para adequar tal texto à realidade vivenciada por este povo, tanto que se expressa:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, en general, en América Latina no cumplen con las expectativas esperadas en los tiempos que transcurren. Algunas sociedades latinoamericanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar en tiempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se ha traducido en lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a las élites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos.¹⁹

Ou seja, esta nova ordem de pensar a produção constitucional decorreu da necessidade de se traduzir a realidade e necessidade dos povos destes países numa concretude normativa, de forma a ser possível que se alcance a totalidade da independência destes povos por via das consequências geradas pelo conteúdo constitucional, que é identitário e libertador pela representação jurídica destes.

Neste mesmo sentido, Ribeiro descreve que tal corrente de pensamento jurídico surge

como um movimento social, jurídico-político voltado à ressignificação do exercício do poder constituinte, da legitimidade, da participação popular e do próprio conceito de Estado. O Estado do novo constitucionalismo latino-americano é o Estado plurinacional, que reconhece a pluralidade social e jurídica, respeitando e assegurando os direitos de todas as camadas sociais.²⁰ (2013)

¹⁹ DALMAU, Rúben Martínez. *El nuevo...*, cit., pp. 23

²⁰ RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. *O neoconstitucionalismo...*, cit.

Portanto, este movimento jurídico é deverás importante, posto que interfere diretamente na esfera político-social das populações envolvidas, já que cria um novo parâmetro de Estado, partindo da pluralidade e multiplicidade das culturas envoltas no emaranhado de arranjos sociais que retrata, de forma a dar-lhe maior representatividade ao povo para qual a norma é produzida.

Gofas e Alves estudam o presente tema, estabelecendo que o novo constitucionalismo latino-americano

(...) caminha em direção à concretização de um pensamento pós-abissal, uma vez que ao dar voz e vez à população local, valoriza sua própria cultura e sua própria comunidade, evidenciando a epistemologia local em detrimento do modelo ocidental até então dominante. O outro lado da linha, ou seja, o lado ocupado pelos países latino-americanos passa a “existir” enquanto detentor de autonomia e de seus próprios saberes, fundamentado em modelos constitucionais que caminham em direção à emancipação.²¹

Entre as suas vias, o seu pensamento se funda na necessidade de independência e autonomia a todos os povos que compõe as sociedades para qual a norma se dá, havendo uma consonância entre o pensamento destes e o que se expressa na essência da norma constitucional, de forma que a cultura de cada um acabe por se igualar, não se estabelecendo a amálgama social no conjunto destas culturalidades.

Assim, o que é chamado de Novo Constitucionalismo Latino-americano não é só um movimento de inovação da compreensão da ordem constitucional, mas sim da percepção de como esta nova realidade normativa acaba por modificar a ordem social, política, econômica e cultural do Estado, que passa a ser visto a partir de todas as intersecções das culturas de seus povos e não da institucionalização de comportamentos planejados, como bem descreve Bello²².

Mas para isso, foi também necessário mudar o Estado, descrevendo um novo modelo pautado na ampla participação popular, nas mais

²¹ GOFAS, Faena Gall; ALVES, Felipe Delnogare. O Novo..., cit.

²² BELLO, ENZO. A cidadania..., cit.

diferentes formas de atuação do povo na vida política, tanto que os próprios textos constitucionais foram frutos desta atuação desta universalidade de indivíduos constantes no Estado, que inclusive promove papel importante na administração pública, ao participar ativamente nos atos de controle e fiscalização dos poderes instituídos.

O Estado se baseia em um novo modelo de governo, que dê garantia a atuação pública do povo, que não deve ser entendido de forma uníssona e conjunta, mas de uma visão de uma comunidade aberta, fluída e complexa de sujeitos que constituem entre si um novo pacto estatal, que permita a integração dos interesses de cada um dos grupos, na promoção de seus valores, tradições e estruturas.

Assim, esta nova compreensão da ordem constitucional estabelecida por tal movimento, não importa somente numa mudança do trato das culturas inerentes a cada grupo ou povo constante da sociedade que produz a norma constitucional, mas traz em si uma nova concepção de epistemologia utilizada no discernimento das ideias constantes destes fundamentos normativos, de forma libertadora, autônoma e representativa do pensamento multiforme dos grupos envolvidos no processo constitucional.

Tal concepção inovadora de constitucionalização, procedendo a correlação com as diversas culturalidades dos povos do Estado, importa em reconhecer novos sujeitos de Direito, ao conectar tais conhecimentos multiculturais, interculturais e pluralistas, de forma a compreender a natureza como possuidora desta condição. Isso decorre da necessidade de implementar as cosmovisões trazidas pelas mais distintas formas de culturalidades dos povos que se estabelecem nesta relação plural de Estado, baseada na construção histórica destes fenômenos jurídicos a partir das heterogeneidades dos envolvidos²³, em suas epistemologias e axiologias, como também em suas tradicionalidades²⁴.

Neste sentido de direitos da natureza é que surge no âmbito do Novo Constitucionalismo latino-americano o conceito de Bem viver, a partir do que é estabelecido na Constituição do Equador.

²³ BELLO, ENZO. Breve..., cit.

²⁴ BELLO, ENZO. A cidadania..., cit.

3. O Bem viver advindo do Novo Constitucionalismo Latino-americano

Tais direitos inerentes ao Bem Viver importam na necessidade de garantir proteção da ancestralidade, do plurinacionalismo e os direitos decorrentes da natureza, já que este conceito importa na necessidade de que a sociedade onde este se aplica deve conviver harmonicamente, compreendendo e aceitando as suas diferenças entre os cidadãos e nas suas relações com meio ambiente.

As ideias de Bem Viver aparecem nas Constituições do Equador, de 2008, onde ficou patente a utilização deste pensamento de *sumak kawsay*, e da Constituição boliviana, de 2009, onde estas normas tratam da questão da relação estabelecida entre as suas sociedades e a natureza, prezando pela atenção do bem-estar natural como meio equilibrado de desenvolvimento, onde tais ideais buscam a implementação de um certo bem de vida, em que a população possa, nos termos do art. 14 da Constituição equatoriana de 2008, “viver em um ambiente são e ecologicamente equilibrado, que garanta sustentabilidade e bem viver”.²⁵

Tal pensamento parte da busca de uma nova expressão do pensamento jurídico, um pensamento do ‘Sul’, latino-americano, o que se relaciona diretamente com as ideias da Epistemologia do Sul, descrita por Santos²⁶, onde este descreve a necessidade do desenvolvimento do Direito a partir de um marco latino-americano, livrando-se do pensamento colonialista imposto pelo norte do globo terrestre, de forma a estabelecer um pensamento descolonial.

O Bem viver se conecta com o pensamento dos povos originários e as suas relações com a natureza, para descrever a necessidade de que passemos a viver num ambiente em que o uso dos bens naturais seja pautado em um forte sentimento de interdependência e reciprocidade entre os seres, pois somente é possível vivenciar a plenitude da condição humana se devidamente conectada ao meio ambiente em que estamos inseridos.²⁷

²⁵ EQUADOR. Constitución..., cit.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (Orgs.). Epistemologias..., cit.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (Orgs.). Epistemologias..., cit.

Ou seja, esta ideia encerra em si “a construção permanente de todos os processos vitais manifestados em harmonia, em equilíbrio interno e externo de toda a comunidade, não apenas humana, mas também natural, isto é, de todos os seres vivos”.²⁸

Por tal pensamento, objetiva-se descolonizar os discursos produzidos nos mais vastos campos do conhecimento, para que possamos trazer outras epistemologias para a conceituação dos institutos jurídicos, principalmente trazendo ao protagonismo ideias de epistemologias do Sul, a partir de conhecimentos descritos na realidade localizada no hemisfério sul e de suas vivências próprias, a partir da análise do ser latino-americano, da sua ancestralidade e sua pluriculturalidade.

O Bem viver, valor jurídico estabelecido no novo Constitucionalismo latino-americano, prega o apreço pela vida comunitária, o respeito ao próximo e a Pachamama, pautado em um forte sentimento de interdependência e reciprocidade entre os seres, pois somente é possível vivenciar a plenitude da condição humana se devidamente conectada ao meio ambiente em que estamos inseridos.

Mas embora se estabeleça como valor jurídico, o Bem viver também é compreendido com um novo caminho, na construção de uma nova social pautada em diferentes espaços, com uma nova visão democrática, sendo que Acosta descreve este conceito como

(...) uma filosofia de vida que abre as portas para a construção de um projeto emancipador. Um projeto que, ao haver somado histórias de lutas, de resistências e de propostas de mudanças, e ao nutrir-se de experiências locais, às que deverão somar-se contribuições provenientes de diversas latitudes, posiciona-se como ponto de partida para estabelecer democraticamente sociedades sustentáveis.²⁹

Esta ideia se baseia na necessidade de que todos os seres possam viver harmonicamente no meio ambiente, de forma a agir com sustentabilidade na exploração das riquezas que a natureza nos oferece, bem como na atuação de um ideal de vida com qualidade, equilíbrio

²⁸ MACAS, Luis. *El sumak...*, cit., pp. 184

²⁹ ACOSTA, Alberto. *O Bem...*, cit.

e respeito à natureza, onde esta última passa a ser vista como um ser vivente, sendo, então, considerada como detentora de direitos e deveres para com o restante dos seres.

Ao assim refletir, a natureza passa a ser vista não somente como uma coisa sujeita à apropriação, mas como ente personalizado, devendo o desenvolvimento social pautar-se pela sua adequação aos interesses gerais desta nova personalidade, que sempre buscará a sustentabilidade como meio de progresso, garantindo a vida, o equilíbrio do meio ambiente, da biodiversidade e dos seres que a habitam, como também parte da ancestralidade dos seres.

Seguindo com a leitura do teor do mesmo artigo anteriormente descrito da Constituição equatoriana, há a declaração de ser “de interesse público a preservação do ambiente, a conservação dos ecossistemas, a biodiversidade e a integridade do patrimônio genético do país, a preservação do meio ambiente e a recuperação dos espaços naturais prejudicados”.³⁰

A natureza passa a ser vista não somente como coisa sujeita à apropriação dos seres, mas como ente personalizado, possuidora de direitos legalmente reconhecidos, devendo o desenvolvimento social se pautar no reconhecimento da sua adequação aos interesses gerais desta nova personalidade, apoiando a sustentabilidade como meio de progresso, garantindo a vida, o equilíbrio do meio ambiente e a biodiversidade. A ideia de Bem Viver aglutina-se com a finalidade social do uso da natureza pelo povo que junto a esta se integra, como uma necessidade de uma atuação conectada do ser humano com a natureza como meio de progresso responsável e saudável, como um novo horizonte direcional.

A partir destas expressões, estabelece-se a ideia a partir destes novos conceitos constitucionais latino-americanos, onde aborda uma série de questões, inclusive a necessidade de que o ser humano respeite os animais dentro desta atuação em Bem Viver. Dussel³¹ também estabelece a descrição deste pensamento, não se pautando somente na conexão natureza e sociedade, mas sobre uma perspectiva do homem latino-

³⁰ EQUADOR. Constitución..., cit.

³¹ DUSSEL, E. Filosofia..., cit.

-americano e a sua conexão com a ancestralidade e os seus elementos culturais pautados no reconhecimento do ser e do outro. Na mesma esteira, Boff³² descreve o seu ethos mundial como a necessidade de uma atuação conectada do ser humano com a natureza com meio de progresso responsável e saudável.

A junção de tais conceitos com o direito, fica devidamente clara no art. 71 da Constituição do Equador que descreve que “Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”.³³ É patente que esta defesa não é uma questão do Estado, em representação do meio ambiente, mas de qualquer pessoa, de qualquer nacionalidade, a promoção da defesa da natureza com o fito de fazer cumprir o que a norma garante.

Como um meio de atuação descolonial, a ideia de Bem Viver vê o ser humano como um ser conectado com a natureza, com a sua ancestralidade e as nacionalidades ligadas a certa sociedade, sendo que a conjugação destes fatores, num ambiente local integrado, deve se pautar na harmonia e equilíbrio no uso do meio ambiente, buscando um desenvolvimento econômico que não integre e preserve o seu entorno.

Abordando esta questão, Gudynas e Acosta acabam por promover não só a descrição da ideia de Bem viver, como também conectá-lo a necessidade de desenvolvimento com sustentabilidade e responsabilidade social e ecológica, quando descrevem ser esta “*una expresión de un conjunto de derechos, y que para asegurarlos es indispensable encarar cambios sustanciales en las estrategias de desarrollo. (...) que tensiona el concepto de desarrollo con una propuesta a ser construida, el buen vivir*”.³⁴

O Bem Viver importa em aglutinar a sua finalidade social e sustentável para utilização da natureza, já que há uma atuação conectada do ser humano com a natureza como meio de progresso responsável e saudável, como um novo horizonte direcional para a sua promoção. Os conceitos ora lançados objetivam a formação de uma concepção

³² BOFF, Leonardo. Ethos..., cit., pp. 90

³³ EQUADOR. Constitución..., cit.

³⁴ GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen..., cit., pp. 70-81

de justiça que assenhere à dignidade do ser humano, a necessidade de respeito a natureza e a sua sustentabilidade, pela imperatividade de que desta interação do homem com esta natureza se estabeleça uma vida em conjunto, sendo que a partir destes novos conceitos constitucionais latino-americanos, inclusive a necessidade de que o ser humano respeite a fauna e a flora nesta atuação em Bem Viver, a natureza necessita de respeito e não pode ser usurpada pela simples, supérflua e banal vontade, mas somente pode ser apropriada desde que seja por algo que importe em necessidade de todos.

Mas a utilização do Bem Viver importa no ser humano se conectar diretamente com a natureza, com a Pachamama, agindo socialmente integrado ao seu ambiente local, conectando-se, a partir disso, na formação da sua concepção do que seja justo não só para si, como também para o meio ambiente ao seu entorno.

Se o Bem Viver nos traz a noção da natureza como sujeito de direitos, isso nos leva a compreensão de que nada natural deva ser apropriado, desde que não seja para o equilíbrio do próprio desenvolvimento sustentável deste sujeito e para a sua relação direta com as pessoas e a sociedade ao seu entorno, já que a soma destes sujeitos formam um todo simbiótico que não pode desenvolver senão de forma a sustentar equilibradamente a soma formada.

Sobre este tema, ARON ao falar sobre a importância do ideário de bem viver com meio de contraposição ao individualismo da vida moderna, descreve que

Deste modo, o ser humano deixa de ser o centro do universo e passa a integrar a natureza. A relação do indivíduo com a Pachamama passa a ser outra, a qual renuncia o ideal eurocêntrico de desenvolvimento, provocando uma verdadeira transformação no direito, indicando uma tendência ecocêntrica. Trata-se de uma epistemologia própria, que reivindica a prática de novos conceitos, fundada na convivência harmônica e interdependente do ser humano com a natureza.³⁵

³⁵ ARON, Ananda. O paradigma..., cit.

Assim, o Bem Viver busca que o ser humano perceba que não é possível que “outros seres humanos possam tratar seu semelhante com desprezo, bem como uma perspectiva externa, na qual permite o Estado produzir uma série de ações que violam a igual dignidade”³⁶, o que também não permitiria que tal tipo de trato ocorresse em face dos elementos naturais.

Uma abordagem pela aplicação do Bem Viver se pauta no respeito da sociedade para com a natureza, numa atuação simbiótica destas, que pode se utilizar dela se o fizer de forma equilibrada, sustentável, necessária e para o desenvolvimento desta própria relação, de forma que todos os sujeitos envolvidos nesta devem alcançar ganhos, evoluir.

4. A diferenciação entre o viver bem em Dworkin e o Bem Viver no Novo Constitucionalismo Latino-americano

A partir do que se apresentou sobre os conceitos acima explanados, necessária a distinção entre tais concepções que acabam por encerrar uma identidade de nomenclaturas, mas que apresentam definições que se diferenciam ou não se conectam dentro de suas realidades, embora acabem por apresentar certas similitudes em alguns pontos.

Assim, esta discussão se pauta nas diferenças que se apresentam na descrição do que venha a ser viver bem para Dworkin, que utiliza este instituto para a descrição da sua teoria de justiça, na obra *Justiça para ouriços*, daquilo que se estabelece no conceito tratado no Novo constitucionalismo Latino-americano, que propaga a ideia inserta no instituto do Bem Viver. De forma que esta diferenciação importa na compreensão de cada uma destas definições e como estas podem se aplicar no campo jurídico.

Há de se perceber que o debate empreendido por Dworkin na sua discussão de viver bem, importa em um enunciado que visa estabelecer qual é o valor da ética na promoção da sua concepção de justiça, sendo de grande importância para este promover a distinção entre viver bem

³⁶ SOUSA, Adriano Corrêa de. *O novo...*, cit., pp. 111

de vida boa, a fim de designar o papel do primeiro na sua construção valorativa do que é justo.

Dworkin³⁷ articula a construção teórica do Viver bem como um pressuposto relacionado diretamente aos termos “ética” e “moral”, mas uma de forma distinta ao descrever esta discussão busca “os padrões morais prescrevem como devemos tratar os outros; os padrões éticos dizem como nós próprios devemos viver”³⁸ (2012, p. 199). Portanto, correlaciona ética aos valores que cada pessoa deve observar em sua vida, ao passo que os padrões morais dizem respeito ao modo como as pessoas devem se relacionar.

Dworkin aponta que as pessoas precisam observar os seus próprios interesses como mais importantes do que os dos outros para poderem viver bem³⁹, sendo contrário a uma concepção utilitarista da moral ou da ética, mas que acaba por identificar que as pessoas, para a própria formação de sua personalidade e de suas concepções de vida, precisam observar a si próprias por primeiro.

A discussão parte do pressuposto de que há uma necessidade, uma obrigação, de se viver bem pelo simples fato da própria existência do ser. Ou seja, é importante que todas as pessoas vivam bem pelos valores que elas carregam em si, em uma atitude que encerra a expressão de se viver bem.

Para este autor, as responsabilidades éticas e as responsabilidades morais são categóricas de forma igual,⁴⁰ sendo que o não viver bem é lamentado da mesma forma que o não ter tido uma vida boa.

Dworkin critica a concepção de inúmeros filósofos de tentar encontrar uma justificativa para moral e uma justificativa para expressar o porquê a moral tem tanta força nas vidas das pessoas. Nesse sentido, Dworkin propõe uma abordagem diferente, no sentido de não identificar a moral como categórica, ou seja, não se pode justificar um princípio moral apenas pela obediência a este princípio.

³⁷ DWORKIN, Ronald. Justiça..., cit.

³⁸ DWORKIN, Ronald. Justiça...,cit., pp. 199

³⁹ DWORKIN, Ronald. O que..., cit.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Justiça..., cit.

Assim, Dworkin propõe um projeto interpretativo:

O nosso próprio projeto interpretativo é menos fundamental por ser mais claramente holístico. Procuramos uma concepção do viver bem que possa guiar a nossa interpretação dos conceitos morais. Mas queremos, como parte do mesmo projeto, uma concepção da moral que guie também a nossa interpretação do viver bem.⁴¹

Portanto, para Dworkin a discussão de Viver bem é ético-valorativa, já que intenta apreender o valor que se encerra na ética do indivíduo, para que este possa proceder, por meios intrínsecos, aquilo que dele se espera.

Já o que o Bem Viver, estabelecido pelo Novo constitucionalismo Latino-americano, importa na discussão que, em vários aspectos em que se pode analisar, não se pauta somente nos aspectos inerentes à ética ou da questão da sua valoração, como o conceito de Dworkin em si prioriza.⁴²

A discussão de Bem Viver acaba por não se encerrar somente em uma abrangência jurídica, mas parte deste campo para discutir as inter-relações humanas, a sua conexão com a natureza, o uso sustentável do que se extrai dela, a partir de critérios ecológicos, sustentáveis, de não degradação e de necessidade para o uso das demais espécies.

Então, é uma discussão que surge no Direito e vai alcançar outras fronteiras do saber, ao atrair discussões no campo da ética, da filosofia, da sociologia, da antropologia, bem como a sua conexão com as ciências biológicas, pela necessidade de compreensão dos elementos necessários para a melhor relação humana com o meio ambiente em que este está inserido.

Embora se possa tratar discussão de Bem Viver como uma questão de ética, não é possível limitá-la somente neste universo, posto que a discussão seria engessado em uma perspectiva universalista da condução dos indivíduos em suas inter-relações, quando, na verdade, pauta-se na necessidade de respeito nas relações promovida entre todos os

⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Justiça...*, cit., pp. 201

⁴² DWORKIN, Ronald. *O que...*, cit.

seres existentes na natureza, de forma que o meio ambiente não seja utilizado como um mero meio de produção de bens a serem usados pelos seres humanos.⁴³

Mas esta discussão, que se inicia no Direito e como é necessário proceder as regulações do uso da natureza pelo homem, concedendo-se direitos e deveres à natureza, na construção de uma relação harmônica e equilibrada que se estabelece fundamentalmente entre esta e os seres humanos, ou seja, busca construir uma prática de conexão entre o indivíduo e o coletivo.⁴⁴

São perceptíveis tais elementos na construção do conceito de Bem viver, como

el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay. (...) El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.⁴⁵ (Equador, artículo 275)

Portanto, pode se avistar o Bem Viver como um *modus vivendi* que se baseia nos saberes ancestrais dos povos tradicionais, andinos e amazônicos, de nos mover de acordo com as leis da natureza e do cosmos, estabelecendo uma conexão com suas espiritualidades, já que busca conhecer e desenvolver princípios que lhe são próprios, onde estes devem viver e aplicar valores que os identificam, conforme Acosta bem estabelece.⁴⁶ (Acosta, 2016)

Moraes bem descreve que a adoção do Bem Viver acaba romper com o que classicamente se dispõe como desenvolvimento, para a busca do progresso que

⁴³ TICONA, Esteban. *Algunas...*, cit., pp. 310-318

⁴⁴ GUDYNAS, Eduardo. *Tensiones...*, cit.

⁴⁵ EQUADOR. *Constitución...*, cit.

⁴⁶ ACOSTA, Alberto. *O Bem...*, cit.

requer uma profunda mudança de consciência, do modo de o ser humano perceber e compreender a vida e nela conduzir-se, a qual demanda a demolição de velhas estruturas, para que, em seu lugar, se reconstrua uma novel civilização pautada no valor central da vida em vez de endeusar-se a economia, como vem sendo feito ainda hoje em dia.⁴⁷

Assim, o Bem Viver, aquela descrita pelo Novo Constitucionalismo latino-americano, acaba por se conceber de forma equilibrada de identidade e dignidade entre os indivíduos em suas relações, bem como de forma colaborativa, complementar, de integração e trabalho comunitário e/ou associativo, nas relações interativas sociais, que adquire uma conexão umbilical com a realidade e as demandas sociais e com a insurgência de novas demandas sociais, pensando o Direito a partir de uma ideia plural, baseada no reconhecimento das culturas estabelecidas de forma múltipla na sociedade, de suas tradições e crenças, tudo se interseccionando de forma democrática, cidadã, coletiva e comunitária.

Percebe-se que este pensamento, embora possa ser vista também como uma eticidade,⁴⁸ não se estabelece somente assim, mas acabam por envolver uma série de institucionalidades voltadas para a pluralidade, que se impõe e legitima a implementação de valores do meio ambiente e da sociedade, e não pautada nas interações econômicas. É a sistematização de uma proposta alternativa ao modelo desenvolvimentista, para a implementação de valores humanista e de interação com a natureza, em uma nova perspectiva ser humano/natureza.⁴⁹

Tem-se que o viver bem é uma ética individualista e intrínseca de cada um, donde parte a necessidade deste indivíduo buscar todos os meios, desde que dentro de parâmetros universalistas instituídos, por ele reconhecidos e que expressam suas práticas de respeito e autenticidade, para usufruir uma vida boa, pautado na busca de bens materiais, que permitam ao indivíduo usufruir e gozar destes como expressão

⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo..., cit., pp. 129.

⁴⁸ ACOSTA, Alberto. O Bem..., cit.

⁴⁹ BOFF, Leonardo. Ethos..., cit.

de sua felicidade.⁵⁰ Esta é uma expressão relativista, relacionada com uma atuação do indivíduo que importa na realização de atos para a expressão de sua dignidade.

Já o Bem Viver importa em um conjunto de normas, elementos éticos, principiológicos, morais, tradicionais e ancestrais que importam na realização de políticas públicas que se pautam na pluralidade de todos os indivíduos desta sociedade e seus valores, em uma atuação coletiva e comunitária de interação entre o homem e a natureza, onde “indivíduos/coletividades se ampliem e floresçam de modo que permita lograr simultaneamente aquilo que a sociedade, os territórios, as diversas identidades coletivas e cada um, visto como um ser humano/coletivo, universal e particular (...)”.⁵¹

Considerações finais

Após tal análise, perceptível é a existência de diferenças nos conceitos de o viver bem, no que estabelece Dworkin na busca pela identificação do valor em sua teoria de justiça, e o Bem Viver, definida pelo novo Constitucionalismo Latino-americano, sendo este o ponto central da discussão aqui traçada.

O Viver bem acaba por se estabelecer em uma eticidade, vinculada ao indivíduo no cumprimento de padrão universais necessários impostos pela realidade que o rodeia, sendo da responsabilidade deste esta busca como um ideal de vida inerente à própria compreensão da vida a levar. Isso torna este responsável por tudo aquilo que está na sua esfera de cuidado, como um valor, uma responsabilidade, decorrente do respeito próprio de promover tudo necessário e que esteja a seu alcance dentro dos limites éticos impostos para alcançar uma vida digna.

Portanto, necessário perceber que esta discussão importa numa percepção individual e intrínseca do ser, no estabelecimento de seus valores próprios na busca daquilo que seja inerente a viver bem, que

⁵⁰ TICONA, Esteban. *Algunas...*, cit.

⁵¹ MORAES, Germana de Oliveira. *O Constitucionalismo...*, cit., pp. 135

é a expressão da autenticidade necessária do indivíduo na condução da vida de acordo com as mais genuínas convicções.

Toda esta discussão vai gravitar a órbita da necessidade de Dworkin⁵² de estabelecer a sua concepção de dignidade como respeito e autenticidade, fazendo-a por meio da construção da ética como expressão necessária dos valores de cada indivíduo, sendo isso importante para que “cada pessoa deve levar a sua vida a sério, ou seja, deve aproveitar, ao invés de desperdiçar, a sua oportunidade de viver: há, com efeito, uma importância objetiva em se viver bem, de modo que devemos tratar nossas vidas como dotadas dessa importância”.⁵³

Já o Bem Viver, que se estabelece a partir daquilo que o constitucionalismo latino-americano apresentada, importa neste conjunto de políticas públicas ambientais estabelecidas a partir do envolvimento das comunidades locais de conhecimento e de práticas realizadas e, conexão com a natureza, para que não a compreenda com um meio de produção de bens que podem ser usufruídos de qualquer forma pelo homem, mas um meio de convivência integrada entre a sustentabilidade social – na conexão da sociedade ao seu entorno, que se apresenta de forma desigual, prestando-se na determinação de valores de justiça social e equidade – e a sustentabilidade ambiental – de inter-relação entre as espécies, ecossistemas e processos ecológicos.

Este conceito acaba por se vincular a princípios de uma vida de preocupação coletiva, comunitária, baseada na solidariedade e na reciprocidade, sendo a natureza um elemento importante nesta conexão, restando ao Estado o compromisso de uma atuação no desenvolvimento de políticas sociais e econômicas, não baseadas no desenvolvimentismo e sim na participação social equitativa e harmoniosa, na busca por uma organização que atenda os propósitos da geração de produtos de vinculação social, que redistribua a riqueza e uso de forma responsável e justa os recursos naturais somente para o uso necessário.

Este viver não se pauta pelo mercado e por valores individuais nas relações, mas na convivência complementar entre os membros da comunidade, que vivem conjuntamente um pensamento de respeito às

⁵² DWORKIN, Ronald. *Justiça...*, cit.

⁵³ MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald...*, cit.

suas culturalidades, ancestralidades e identidades, baseada na incrustada relação entre sociedade e da natureza, de modo respeitoso ao trabalho de todos e que garanta a diversidade, a dignidade e as tradições.

Assim, este pensamento que se inicia no campo jurídico, mas que acaba por se estabelecer nas mais amplas discussões, desde o campo da ética até a política, passando pela economia, a sociologia, a ecologia, dentre outros pensamentos, no estabelecimento do marco de uma sociedade plurinacional, que preza pelos valores da união, a responsabilidade de todos, o respeito ao pensamento ancestral, ligado a historicidade dos povos tradicionais latino-americanos, sendo o Bem Viver a condição de expressão de diversas maneiras dos pensamentos destes povos específicos.

Portanto, estes conceitos que podem parecer se conectar pelas semelhanças entre as suas nomenclaturas, mas que importam em distintas temáticas em suas definições, tratando sobre diferentes campos do conhecimento humano e que não guardam relação nos seus elementos constitutivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, Alberto. O Bem viver – uma oportunidade para imaginar outros mundos. Editora Elefante, São Paulo, 1ª edição, 2016.
- ARON, Ananda. O paradigma do “Bem viver” e a necessidade do reconhecimento dos Direitos da natureza. 2015. Disponível em: <http://unisinos.br/blogs/ndh/2015/03/24/o-paradigma-do-bem-viver-e-a-necessidade-do-reconhecimento-dos-direitos-da-natureza/>. Acessado em 08/10/2017.
- BELLO, Enzo. A cidadania no constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012, p. 143.
- BELLO, ENZO. Breve roteiro sobre estudos do constitucionalismo latino-americano: a importância da pesquisa empírica. 2016, Empório do Direito. Disponível em: <http://emporiოდodireito.com.br/backup/estudos-do-constitucionalismo-latino-americano/>. Acessado em março de 2018.
- BOFF, Leonardo. Ethos Mundial: Um consenso mínimo entre os humanos, Brasília, Letraviva, 2000, p. 90.

- DALMAU, Rúben Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución del ecuador. *Alter Justicia*, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27. Disponível em: <<http://sites.google.com/site/martinezdalmau2/AlterJustitia1.doc>> Acesso em: 16 maio 2013
- DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2012.
- DWORKIN, Ronald. O que é vida boa?. *Revista Direito GV*, São Paulo, ano 7, n° 2, vol. 14, jul-dez 2011, p. 607-616.
- DUSSEL, E. *Filosofia de la liberación*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- ECUADOR. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. 2008. Disponível em <http://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/Constitucion-2008.pdf>. Acesso em: 02 de dezembro de 2017.
- FERREIRA, Wallace. Pensando a teoria da Justiça: o que há de aproximações entre as concepções liberal, libertária, comunitarista, igualitária e capacitária?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3496, 26/jan/2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23551>>. Acesso em: 2 mar. 2018.
- GOFAS, Faena Gall; ALVES, Felipe Delnogare. O Novo Constitucionalismo latino-americano: Caminhos para a efetivação de um pensamento pós-abissal. *Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Disponível em: <http://online.unisc.br/acad-net/anais/index.php/sidspp/article/view/15842>. Acesso dez. 2017. p. 1-19.
- GUDYNAS, Eduardo. Tensiones, contradicciones y oportunidades de la dimension ambiental del Buen Vivir, CIDES – UMSA y Plural, La Paz (Bolivia), 2011.
- GUDYNAS, Eduardo; ACOSTA, Alberto. El buen viver mas allá del desarrollo. *Qué Hacer*, n° 180, 2011, Ed. Desco: Lima. pág. 70-81
- JUNG, Luã Nogueira. A Filosofia Política de Ronald Dworkin: Objetividade Moral, Liberalismo Político e Crítica Comunitarista ao Atomismo Liberal. *Intuitio Revista do PPG em Filosofia da PUCRS*. Porto Alegre: Vol. 9 – N° 1, Julho 2016, p. 111-130.
- MACAS, Luis. El suamk kawsay. In Antonio Luis Hidalgo-Capitán. et al (Org.), *Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre sumak kawsay*. Quito, CIM, 2014, p. 184.
- MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e o sentido da vida. *Conjur*, 2013. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-16/diario-classe-ronald-dworkin-sentido-vida>. Acessado em 02/02/2018.

- MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico na América Latina, o Bem Viver e a nova visão das Águas. R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123-155, jan./jun. 2013.
- OMMATI, José Emílio Medauar. Sobre a relação entre Ética e Moral a partir de uma Teoria da Decisão Judicial. Revista Pensamento Jurídico, FADISP, São Paulo: v. 8, n. 2, 2015, p. 98-111, ano 4.
- PEDRON, Flávio Quimaud. Reflexões sobre as concepções de personalidade e de dignidade humana: as teses de Robert Spaerman e Ronald Dworkin. 2016, JUS, Terezina. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/49009/reflexoes-sobre-as-concepcoes-de-personalidade-e-de-dignidade-humana>. Acesso mar/2018.
- RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O neoconstitucionalismo latino-americano: uma análise antijuspositivista de aproximação do direito. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, nº 119, dez. 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14021. Acesso em dez. 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (Orgs.). Epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2009.
- SOUSA, Adriano Corrêa de. O novo constitucionalismo latino-americano: Um estudo comparado entre o Bem Viver e a Dignidade da pessoa humana nas culturas jurídico-constitucionais da Bolívia e do Brasil. Dissertação (Mestrado em D. Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Fluminense. 2011. pág. 111.
- TICONA, Esteban. “El Vivir bien” o “El Buen vivir”. Algunas disquisiciones teóricas. Cultura y Naturaleza. Leonardo Montenegro Martínez (ed.) – 1ª ed. – Bogotá: Jardín Botánico de Bogotá, José Celestino Mutis, Mayo 2011. p. 310-318.

CORRESPONDÊNCIA

A correspondência relativa a este artigo deverá ser enviada para:

CEDIS – Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, *Campus* de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal.

E-mail: presidente@idilp.net

II - ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

第五屆葡語國家法律大會(初步議程)

PROGRAMME FOR THE 5TH CONGRESS OF LUSOPHONE COUNTRIES LAW

PROGRAMA DO 5.º CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

10-12/12/2017

會議主題:

“一帶一路”倡議下亞非葡語國家法律與澳門平台角色所面臨的挑戰與機遇

Theme: Legal Challenges and Opportunities Facing the “Belt and Road” Initiative in the Afro-Asian Portuguese-Speaking Countries and Macau’s Platform Role.

Tema: Desafios Jurídicos e Oportunidades Enfrentados pelos Países Africanos e Asiáticos de Língua Portuguesa sob o Contexto da “Uma Faixa Uma Roda” e o Papel de Macau Como a Plataforma. \

使用語言 | Languages | Línguas:

中文及葡文 (設同聲翻譯)

Chinese and Portuguese (with simultaneous interpretation)

Chinês e Português (com interpretação simultânea)

主辦單位 | Organisers | Organizadores:

- 澳門城市大學

City University of Macau

Universidade da Cidade de Macau

- 葡萄牙語法律學會

Institute for Lusophone Countries Law

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa

協辦單位 | Supporting organisers | Co-organizadores:

- 澳門特別行政區政府法務局
Justice Affairs Bureau of Macau SAR Government
Direcção dos Serviços de Assuntos de Justiça do Governo da RAEM
 - 新里斯本大學法學院
NOVA School of Law of Lisbon
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- 贊助單位 | Sponsor | Patrocinador:**
- 澳門基金會
Macau Foundation
Fundação de Macau

會議議程 Programme Programa	
11/12/2017	
09:00	與會者登記 Registration Registo
09:30	開幕式 Opening ceremony Cerimónia de abertura 嘉賓致辭(每人五分鐘) Opening remarks by: (5 minutes for each guest) Discursos (5 minutos para cada convidado) <ul style="list-style-type: none"> • 澳門城市大學張曙光校長致歡迎詞 Professor Shuguang Zhang, Rector of City University of Macau Discurso do Proessor Shuguang Zhang, Reitor da Universidade da Cidade de Macau • 葡萄牙語法律學會主席Jorge Bacelar Gouveia教授致辭 Professor Jorge Bacelar Gouveia, President of Institute for Lusophone Countries Law Discurso do Professor Jorge Bacelar Gouveia, Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa
<p>地點: 澳門城市大學 文化中心</p> <p>Location: C-Hall, City University of Macau</p> <p>Local: Centro Cultural, Universidade da Cidade de Macau</p>	

	<ul style="list-style-type: none"> ● 澳門特區政府行政法務司陳海帆司長致辭 Sónia Chan Hoi Fan, Secretary for Administration and Justice of Macau Sónia Chan Hoi Fan, Secretaria para a Administração e Justiça de Macau
10:00	<p>嘉賓剪綵 Ribbon-cutting session Sessão de corte da fita inaugural</p>
10:05	<p>主旨演講(每人二十分鐘) Keynote speech (20 minutes for each speaker) Oradores principais (20 minutos para cada orador)</p> <p>地點: 澳門城市大學 文化中心</p> <p>Location: C-Hall, City University of Macau</p> <p>Local: Centro Cultural, Universidade da Cidade de Macau</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 澳門大學研究生院院長莫世健教授介紹“一帶一路”的法律問題 “Legal Challenges to the Belt and Road Initiative and China’s Policies ” by Prof. Mo Shijian, Dean of Graduate School, Univeristy of Macau Introdução dos Desafios enfrentados em “Uma Faixa Uma Roda” , Professor Doutor Mo Shijian, Director da Escola de Pós-Graduação da Univerisidade de Macau ● Jorge Bacelar Gouveia教授介紹葡語國家“一帶一路”面臨法律問題 “Legal Issues facing the Belt and Road Initiative in the Portuguese-Speaking Countries” by Professor Jorge Bacelar Gouveia, President of Institute for Lusophone Countries Law, Full Professor of Law Questões Jurídicas enfrentadas pelos países lusófonos sob o contexto da “Uma Faixa Uma Roda”, Professor Jorge Bacelar Gouveia, Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Professor Catedrático de Direito
10:45	<p>茶歇 Refreshment break Intervalo</p>

<p>11:00</p> <p>地點: 澳門城市大學 何賢會議中心 HG01</p> <p>Location: HG 01, Ho Yin Convention Centre, City University of Macau</p> <p>Local: HG01, Centro de Conferência Ho Yin, Universidade da Cidade de Macau</p>	<p>第一小組:“國際貿易法:自由或保護主義?” Panel I: Challenges and Opportunities of International Trade Regulations: Liberalism or Protectionism? 1.º Panel: Direito Internacional das Transacções: Liberalismo ou proteccionismo?</p> <p>主持人: 澳門律師公會主席華年達博士 Chair: Dr Jorge Neto Valente, President of the Macau Lawyers Association (AAM) Moderador: Dr. Jorge Neto Valente, Presidente da Associação dos Advogados de Macau (AAM)</p> <p>嘉賓發言(每人十五分鐘) Speeches (15 minutes for each speaker) Apresentações (15 minutos para cada orador)</p> <p>莫桑比克高等科學技術研究所法學院教授Henriques José Henriques Henriques José Henriques, Professor of Faculty of Law of Higher Institute of Science and Technology of Moçambique Prof. Henriques José Henriques, Professor da Faculdade de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 佛得角投資及出口促進局法律顧問Marlon Chantre 先生 Mr Marlon Chantre, Legal Consultant at Cabo Verde TradeInvest Dr Marlon Chantre, Assessor Jurídico da Cabo Verde TradeInvest ● 新里斯本大學法學院客座教授Francisco Pereira Coutinho Professor Francisco Pereira Coutinho, Professor NOVA School of Law of Lisbon Prof. Francisco Pereira Coutinho, Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
--	--

	<p>點評人: 澳門城市大學法學院特聘教授 曾華群教授 Commentator: Prof. Zeng Huaqun, Distinguished Professor of Faculty of Law, City University of Macau Comendador: Professor Zeng Huaqun, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade da Cidade de Macau</p>
12:00	<p>討論 Discussion Debate</p>
12:30	<p>午餐/ 自助餐 Lunch/ Buffet Almoço / Buffet 地點: 澳門城市大學第1座13樓 Location: 13/F Block 1, City University of Macau Local: 13/F Bloco 1, Universidade da Cidade de Macau</p>
14:00	<p>第二小組: “國際商務: 投資、勞工及稅務” Panel II: “Challenges and Opportunities of International Business Regulations: Investment, Labour and Taxation” 2.º Panel: Comércio e Negócios Internacionais: Investimento, Trabalhos e Tributação</p> <p>地點: 澳門城市大學 何賢會議中心 HG01</p> <p>Location: HG 01, Ho Yin Convention Centre, City University of Macau</p> <p>Local: HG01, Centro de Conferência Ho Yin, Universidade da Cidade de Macau</p> <p>主持人: 澳門大學法學院院長 唐曉晴教授 Chair: Prof. Gabriel Tong, Dean of Faculty of Law of University of Macau Moderador: Professor Gabriel Tong, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau</p> <p>嘉賓發言 (每人十五分鐘) Speeches (15 minutes for each speaker) Apresentações: (15 minutos para cada orador)</p> <ul style="list-style-type: none"> 澳門城市大學法學院特聘教授 曾華群教授 Prof. Zeng Huaqun, Distinguished Professor of Faculty of Law, City University of Macau Professor Zeng Huaqun, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade da Cidade de Macau

	<ul style="list-style-type: none"> • 莫桑比克科技高等學院Gildo Espada副教授 Professor Gildo Espada, Associate Professor Faculty of Law of Higher Institute of Science and Technology of Mozambique Prof. Gildo Espada, Professor Associado da Faculdade de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique • 葡萄牙行政與稅務 仲裁中心法律部主任Tânia Carvalhais Pereira教授 Prof.^a Tânia Carvalhais Pereira, Director of Legal Department at CAAD, Centre for Administrative and Tax Arbitration, Portugal Prof.^a Tânia Carvalhais Pereira, Jurista do Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD <p>點評人:澳門大學法學院 蔣依娃助理教授 Yi Wa Jiang, Assistant Professor of Faculty of Law of University of Macau Prof.^a Yi Wa Jiang, Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Macau</p>
15:00	<p>討論 Discussion Debate</p>
15:30	<p>茶歇 Refreshment break Intervalo</p>
<p>16:00</p> <p>地點: 澳門城市大學 何賢會議中心 HG01</p> <p>Location: HG 01, Ho Yin Convention Centre,</p>	<p>第三小組:“國際仲裁法律實踐對“一帶一路”的機遇與挑戰” Panel III: “Challenges and Opportunities of the Practices of International Arbitration for the Belt and Road Initiative” 3.º Panel: Desafios e Oportunidades das Práticas de Arbitragem Internacional para “Uma Faixa Uma Roda”</p> <p>主持人:葡萄牙語法律學會主席Jorge Bacelar Gouveia教授 致辭 Chair: Prof. Jorge Bacelar Gouveia, President of Institute for Lusophone Countries Law Moderador: Professor Jorge Bacelar Gouveia, Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa</p>

<p>City University of Macau</p> <p>Local: HG01, Centro de Conferência Ho Yin, Universidade da Cidade de Macau</p>	<p>嘉賓發言(每人十五分鐘) Speeches (15 minutes for each speaker) Apresentações: (15 minutos para cada orador)</p> <ul style="list-style-type: none"> • 安哥拉Agostinho Neto大學政治及本地政府研究中心主任Carlos Teixeira Carlos Teixeira, Director of Research Centre for Politics and Local Government of Agostinho Neto University Prof. Carlos Teixeira, Director do Centro de Pesquisas em Políticas e Governação Local da Universidade Agostinho Neto • 聖多美及普林西比島調解和國際仲裁與律師協會主席Fernando Tonim博士 Dr. Fernando Tonim, President of Institute of Conciliation, International Arbitration and Lawyers of São Tomé and Príncipe Dr. Fernando Tonim, Presidente do Instituto de Mediação e Arbitragem Internacional e Advogado de São Tomé e Príncipe • 澳門大學法學院學術合作課程主任 汪超副教授 Associate Professor Chao Wang, Coordinator for Academic Cooperation of Faculty of Law, University of Macau Professor Associado Chao Wang, Coordenador para a Cooperação Académica da Faculdade de Direito, Universidade de Macau <p>點評人:澳門科技大學法學院 沈雲樵副教授 Commentator: Yun Qiao Shen, Associate Professor of Faculty of Law of Macau University of Science and Technology Comendador: Prof. Yunqiao Shen, professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Ciência e Tecnologia de Macau</p>
<p>17:00</p>	<p>討論 Discussion Debate</p>

17:30	會議結束 End of the Congress Conferência de Encerramento
19:00	晚宴 Dinner Jantar
12/12/2017	
10:00 地點: 澳門城市大學 何賢會議中心 HG01 Location: HG 01, Ho Yin Convention Centre, City University of Macau Local: HG01, Centro de Conferência Ho Yin, Universidade da Cidade de Macau	第四小組:“國際金融:監管與保障” Panel IV: “Challenges and Opportunities of International Finance: Governance and Security” 4.º Panel: Monetário Internacional: Governação e Segurança 主持人: 澳門城市大學助理校長葉桂平教授 Chair: Professor Ip Kuai Peng, Pro-Rector, City University of Macau Moderador: Prof. Ip Kuai Peng, Reitor Assistente, Universidade da Cidade de Macau 嘉賓發言(每人十五分鐘) Speeches (15 minutes for each speaker) Apresentações (15 minutos por cada orador) <ul style="list-style-type: none"> • 新里斯本大學法學院Lúcio Feteira助理教授 Prof. Lúcio Feteira, Assistant Professor NOVA School of Law of Lisbon Professor Lúcio Feteira, Professor auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa • 聖多美及普林西比島最高法院法官 Silvestre Leite博士 Dr Silvestre Leite, Justice of the Supreme Court of São Tomé and Príncipe Dr. Silvestre Leite, Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de São Tomé and Príncipe

	<ul style="list-style-type: none"> • 東帝汶政府法律顧問Júlio Tavares博士 Dr. Júlio Tavares, Legal Consultant of the Government of East-Timor Dr. Júlio Tavares, Consultor Jurídico do Governo de Timor-Leste • 東帝汶上訴法院前院長Cláudio Ximenes博士 Dr. Cláudio Ximenes, Former President of the Court of Appeal of Timor-Leste Dr. Cláudio Ximenes, antigo Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste • 澳門城市大學法學院 李洪江助理教授 Dr. Hongjiang Li, Assistant Professor of Faculty of Law of City University of Macau Dr. Hongjiang Li, professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade da Cidade de Macau. <p>點評人: 澳門立法會議員、澳門城市大學兼職教授 陳華強博士 Commentator: Dr. Chen Huaqiang, Member of Macau Legislative Council, Part-time Professor of City University of Macau Comendador: Dr. Chen Huaqiang, deputado da Assembleia Legislativa de Macau e part-time professor da Universidade da Cidade de Macau</p>
11:00	<p>討論 Discussion Debate</p>
11:20	<p>茶歇 Refreshment break Intervalo</p>
<p>11:30</p> <p>Location: HG 01, City University of Macau</p>	<p>圓桌會議: 聚焦“一帶一路” Round table discussion: “The Belt and Road Focus” Mesa-redonda de discussão: Foco da “Uma Faixa Uma Roda”</p> <p>主持人: 澳門城市大學助理校長 葉桂平教授 Chair: Professor Ip Kuai Peng, Pro-Rector, City University of Macau Moderador: Prof. Ip Kuai Peng, Reitor Assistente, Universidade da Cidade de Macau</p>

<p>12:30</p> <p>地點: 澳門城市大學 何賢會議中心 HG01</p> <p>Location: HG 01, Ho Yin Convention Centre, City University of Macau</p> <p>Local: HG01, Centro de Conferência Ho Yin, Universidade da Cidade de Macau</p>	<p>閉幕式 Closing ceremony Cerimónia de Encerramento</p> <ul style="list-style-type: none"> • 葡萄牙語法律學會主席 Jorge Bacelar Gouveia 教授致辭 Professor Jorge Bacelar Gouveia, President of Institute for Lusophone Countries Law Professor Jorge Bacelar Gouveia, Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa • 澳門城市大學校長 張曙光教授 Professor Shuguang Zhang, Rector of City University of Macau Professor Shuguang Zhang, Reitor da Universidade da Cidade de Macau
<p>13:00</p>	<p>午餐/ 自助餐 Lunch/ Buffet Almoço / Buffet</p> <p>地點: 澳門城市大學第1座13樓 Location: 13/F or S/F, Block 1, City University of Macau Local: 13/F ou S/F, Bloco 1, Universidade da Cidade de Macau</p>

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o correio eletrónico ines.braga@fd.unl.pt, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não, ao cuidado da Secretária da ReDiLP – Revista do Direito de Língua Portuguesa, Dr^a Inês Braga. 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 título, um resumo e cinco palavras-chave, em português e em inglês. Os autores devem indicar a sua afiliação institucional, bem como o seu correio eletrónico.

A Direção 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 respetivas áreas temáticas, a designar pela Direção, e sem prévia identificação do autor. A publicação só será feita havendo parecer favorável nesse sentido, podendo o autor ser convidado a reformular o seu texto, segundo as orientações do correspondente parecer que o convida ao respetivo aperfeiçoamento.

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 ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 000 €.

Os pedidos devem ser dirigidos à Secretária da ReDiLP.

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, não podendo estes alterar os originais entregues. Só excecionalmente será feita pela Direção.

7. Direção da ReDiLP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
Correio eletrónico do Presidente: presidente@idilp.net
Correio eletrónico da Secretária: ines.braga@fd.unl.pt
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. Doutor Carlos Burity da Silva (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 Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Flávio Inocêncio (Professor Convitado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Eduardo Sambo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Titular 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.^a Doutora Lídia Ribas (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul); 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. Doutor Wagner Menezes (Professor Associado da Unibersiodade de São Paulo); 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); Prof.^a Mestra Maria do Céu Monteiro

Macau: Prof. Doutor Gabriel Tong (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de 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.^a Mestra Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Associado 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. Doutor Carlos Manuel Serra (Professor Auxiliar da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Doutor Gildo Espada (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); 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. 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. 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 (Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho); Prof. Doutor Wladimir Brito (Professor Catedrático da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Prof. Mestre Jonas Gentil (juiz-conselheiro do Tribunal Constitucional e Professor da Universidade de São Tomé e Príncipe e da Universidade Lusíada de São Tomé); Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (antigo Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste)

I – DOUTRINA

Adalberto Luacuti

Direitos Humanos e Protecção dos Direitos da Mulher no Mercado de Trabalho

David Marcos B. Pereira

Alterações Climáticas e (in)segurança
A escassez de água em África e as migrações para a União Europeia e para Portugal

Edson da Graça Francisco Macuácu

O Desafio da Reforma da Justiça em Moçambique

Hugo Luz dos Santos

A Consensualização Processual do Direito da Arbitragem e a Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova no Âmbito do Direito do Jogo: Subsídios para a Interpretação do Art. 21.º, n.º 1, da Lei de Arbitragem Voluntária de Macau

Leonardo de Araújo Ferraz

Apontamentos para os Tribunais de Contas do Brasil em Perspectiva Comparada: Por uma nova forma de composição à luz dos modelos português, angolano e timorense

Walter Gustavo Silva Lemos

As diferenças conceituais entre o Viver Bem na obra Dworkin e o Bem Viver no Novo Constitucionalismo Latino-americano

II – ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Programa do 5.º Congresso do Direito de Língua Portuguesa

