

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano 11 · Número 3

Janeiro · Junho de 2014



FICHA TÉCNICA

Revista do Direito de Língua Portuguesa N.º 3

Propriedade e Editor

IDILP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa
Campus de Campolide
1099-032 Lisboa – Portugal
www.idilp.net/redilp
presidente@idilp.net

Secretária

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

Periodicidade

Semestral

Depósito Legal

356538/13

ISSN

2182-8695 (impresso)

ISSN

2182-8768 (em linha)

Revista do Direito de Língua Portuguesa

Ano II · Número 3

Janeiro · Junho de 2014

DIRETOR

JORGE BACELAR GOUVEIA

DIRETORES-ADJUNTOS

JOSÉ JOÃO ABRANTES

CRISTINA NOGUEIRA DA SILVA

FRANCISCO PEREIRA COUTINHO

SECRETÁRIA

INÊS BRAGA



IDILP

INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA



FACULDADE DE
DIREITO
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Índice Geral

I – DOCTRINA

Carlos Henrique Soares Litigância de Má-fé no Direito Processual Brasileiro	7
Flávio G. I. Inocêncio Benefícios Fiscais e Planeamento Fiscal.	37
Hidemberg Alves da Frota Considerações sobre a Infração Administrativa Continuada e os Sistemas do Conhecimento do Ato e da Consumação do Ato.	87
José Carlos Neto Origem e evolução do sistema de governo na Constituição da República de Angola.	121
José Eduardo Sambo A Evolução da Fiscalização Concreta da Constitucionalidade na República de Angola.	177
Julia Silva Carone e Julio Pinheiro Faro Completos, mas incompletos? O amputees <i>by choice</i> e a extensão da liberdade de manifestação da personalidade humana	211
Magno Federici Gomes Inaplicabilidade da Teoria da Delegação Legislativa Disfarçada ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior.	229

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Manuel Pascoal Massuca Comentário do Acórdão n.º 49/2006, de 16 de Maio de 2006, da 1.ª Secção do Tribunal Administrativo	297
---	-----

III – ATIVIDADES DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Protocolo entre a NOVA Direito e o IDiLP 317

II CONDILP – Congresso do Direito de Língua Portuguesa 319

Mestrado em Direito Fiscal em Angola 323

André Ventura

Recensão do livro de Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Angola* 327

I - DOUTRINA

Litigância de Má-fé no Direito Processual Brasileiro¹

CARLOS HENRIQUE SOARES²

Resumo: O presente texto versa sobre o abuso do direito processual brasileiro e a técnica de repressão como instrumento de garantia da democracia e do processo constitucional.

Palavras-chaves: abuso do direito processual. Processo constitucional. Litigância de má-fé. Repressão.

Abstract: This paper deals with the abuse of the Brazilian procedural law and the technique of repression as a tool to guarantee democracy and the constitutional process.

Keywords: Abuse of procedural law. Constitutional process. Litigation in bad faith. Repression.

I – Introdução

As reflexões sobre a técnica de repressão ao abuso do direito processual apresentadas no presente texto, serão feitas levando em consideração a técnica processual moderna, qual seja, aquela que “*importa na superação do critério de aplicação da justiça do tipo salomônico,*

¹ Entregue: 24.5.2014; aprovado: 30.6.2014.

² Doutor e Mestre em Direito Processual (PUCMinas), Professor da PUCMinas de Direito Processual Civil, Coordenador de Pós-Graduação em Direito Processual Civil do IEC/PUCMinas, Professor de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Escritor, Palestrante. Advogado e Sócio da Pena, Dylan, Soares e Carsalade – Sociedade de Advogados.

*inspirada apenas na sabedoria, no equilíbrio e nas qualidades individuais do julgador, ou na sensibilidade extremada do juiz*³ (...). Isso significa que buscaremos estabelecer parâmetros processuais, mediante uma técnica processual, que possibilite uma qualidade nas decisões e uma repressão ao abuso processual, mesmo não estando diante de um juiz que concentre os melhores dotes intelectuais.

A expressão *abuso de direito* é atualmente considerada pelos juristas como sendo o mau uso ou uso excessivo ou extraordinário do direito. Isso significa, que a expressão *abuso do direito* nos remete a ideia de que alguém está exercendo um ato ilícito, em razão de um excesso. Assim, a expressão, de forma isolada, quer informar ao intérprete que o justo é exercer o direito, nem mais (abuso), nem menos (aquém).

Etimologicamente, a expressão em latim *abusos e abuti* não possuíam a ideia de mau uso, mas significava um *uso intenso*, um aproveitamento completo da coisa ou do direito⁴. Falar em abuso de direito, etimologicamente, significa o uso completo do direito, em todas as suas formas e modalidades. Ou seja, o uso intenso do direito. Isso não sofria punição e nem era considerado ilegal.

Em termos atuais, a expressão *abuso do direito* obteve nova conotação, significando o excesso dos limites do poder da faculdade (*facultas agendi*) que o direito objetivo (*normas agendi*) confere ao indivíduo, na qualidade de sujeito de direito (*sui iuris*)⁵.

Segundo sustenta Helena Najjar Abdo:

“Muitos doutrinadores enxergam na consagrada locução ‘abuso do direito’ uma contradição intrínseca. De fato, a combinação não é das mais felizes, pois dá margem a variadas interpretações, tanto em razão da imprecisão técnica do termo abuso quanto da amplitude do termo direito. Todavia, quando se atenta para o fato de que o direito

³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 45.

⁴ ROTONDI, Mario. *L’abuso di diritto – “A Emulatio”*. Pádua: Cedam, 1979, p. 37/38.

⁵ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

de que se abusa é evidentemente o direito subjetivo, a contradição tende a desaparecer: abusa-se do direito subjetivo, ou seja, da faculdade que a norma (direito objetivo) confere ao indivíduo (sujeito de direitos).⁶

No direito brasileiro, a expressão *abuso do direito* já se encontra sedimentada e consagrada, querendo informar aquele que extrapola os limites de atuação do direito subjetivo, ou seja, o abuso da faculdade ou ao poder conferido ao indivíduo pela norma de direito positivo, a qual reconhece a prevalência de um interesse juridicamente protegido.

II – Elementos caracterizadores do abuso do direito

Colocada a questão sobre a utilização da expressão *abuso de direito*, verificamos a necessidade indicar quais são os elementos que concorrem para a verificação da existência do abuso do direito.

São três os elementos que concorrem para a caracterização do abuso do direito, quais sejam: a) *a aparência de legalidade*; b) *preexistência de um direito subjetivo* e c) *o fato de que o abuso do direito se referir ao exercício do direito e não ao direito em si*⁷. O que fica em discussão, essencialmente, sobre o abuso do direito é justamente a questão do *elemento subjetivo*, qual seja, o *dolo* ou a *culpa* para a sua verificação. Para quem defende a teoria subjetiva do abuso do direito, o elemento *dolo* ou *culpa* são indispensáveis, já para quem defende a teoria objetiva do abuso do direito, esses elementos subjetivos são desnecessários ou irrelevantes.

O atual Código Civil brasileiro, em seu artigo 187, elegeu a opção pela *teoria objetiva* do abuso do direito. A sua redação é nesse sentido: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁶ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 32.

⁷ ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37.

O artigo 187 do Código Civil indica outro elemento para a caracterização do abuso do direito, qual seja, *aquele que age excedendo os limites impostos pela lei, no que tange aos fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes*. Esse artigo, na verdade, é uma cláusula geral do direito civil.

A boa-fé também se encontra constitucionalmente prevista no Brasil, no inciso I do art. 3.º, o qual prevê, expressamente, que a República Federativa do Brasil tem por objetivo “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”. Interpretando-se tal dispositivo constitucional, pode-se dizer que o mesmo está “*elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social*”⁸.

O abuso de direito está relacionado diretamente com o combate a *aparência de licitude*. Isso significa que o caminho para aferir um ato abusivo é mais complexo, pois, num primeiro momento, deve-se quebrar a falsa ideia de licitude que paira sobre o referido ato.

Pela leitura do referido artigo 187 do Código Civil, verificamos que o direito brasileiro estabelece critérios para a configuração do abuso do direito, quais sejam: a) **que o abuso do direito é um ato ilícito**; b) **esse ato ilícito deve ser praticado pelo titular do direito subjetivo**; c) **que tenha sido excedido os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes** e d) **que tenha sido o ato ilícito abusivo manifesto**.

Assim, verificando a ocorrência desses elementos acima indicados, o agente (titular do direito subjetivo) causador ficará com a obrigação de indenizar, nos termos do art. 187⁹ e 927¹⁰ do Código Civil, lembrando que tal indenização, deve ser medida na medida pela extensão do dano, nos termos do art. 944 do Código Civil¹¹.

⁸ VICENZI, Brunela Vieira de. A Boa-fé no Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2003, p. 163.

⁹ Brasil. Código Civil, art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁰ Brasil. Código Civil, art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹¹ Brasil. Código Civil, art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

III – Abuso do direito processual

O abuso do direito processual é uma variação do abuso de direito. As normas de direito material e as normas processuais possuem objetos diferentes. Enquanto as primeiras buscam estabelecer direitos e deveres para as pessoas, sujeitos de direitos, as normas processuais, no entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves é justamente aquela “*que disciplina a jurisdição e seu instrumento de manifestação, o processo (...)*”¹²

Assim, levando em consideração os parâmetros para a fixação do abuso de direito, podemos estabelecer também parâmetros para a verificação do abuso de direito processual, bem como, a melhor técnica para sua repressão.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1939 já demonstrava a preocupação com o abuso do direito processual em suas linhas gerais. Conforme se verifica na análise conjunta dos art. 3.º e 63.º desse Código (1939), o abuso era caracterizado pela verificação do seguintes elementos: *dolo, temeridade, fraude, emulação, capricho, erro grosseiro, violência, protelação da lide, falta do dever de dizer a verdade e o anormal uso do poder de disposição do processo*¹³.

Pelo que se verifica no CPC de 1939, constata-se a presença do elemento subjetivo, ou seja, a intenção do sujeito para a prática do ato processual abusivo. No entanto, tal necessidade do elemento subjetivo foi revogada pelo Código de Processo Civil de 1973, sugerindo critérios objetivos para a verificação do abuso do direito processual¹⁴.

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 58.

¹³ CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2.Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 88.

¹⁴ No direito estrangeiro, verificamos que os países tratam de forma diferenciada a questão do abuso de direito processual. Na França, por exemplo, existem regras claras e gerais concernentes ao abuso de direito processual e investindo a corte com o poder de sancionar abusos. Na extremidade oposta, há sistemas jurídicos internacionais nos quais o direito não fala abertamente do abuso de direito processual, mas algumas disposições gerais falam de lealdade e honestidade como padrões para a conduta processual das partes (ver, e.g., art. 88 do Código de Processo Civil italiano). TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Revista de Processo, São Paulo. ano 34, n. 177, p. 155, nov/2009.

O Código de Processo Civil de 1973 aboliu a expressão *abuso do direito processual* e utilizou a expressão *litigância de má-fé e responsabilidade processual*. Assim, passou a disciplinar do mesmo modo do CPC anterior (1939), o caráter reprovável dos sujeitos processuais que abusam dos direitos processuais¹⁵.

É importante lembrar, que violar uma regra de direito processual não é abusivo *per se*. Isso significa que a violação de uma norma processual não significa o mau uso do direito processual e muito menos pode ser caracterizado como um ato abusivo. Ou seja, se caso o recorrente interpõe um recurso ao invés de outro, isso, por si só não é um ato abusivo, mas somente um ato equivocados, um erro grosseiro, que não causa prejuízo a parte contrária e nem impede o regular andamento do processo. No entanto, um ato processual passa a ser *abusivo* quando o mesmo recurso, é interposto, não com o fim específico de alterar a decisão jurisdicional, mas simplesmente, para retardar ou impedir a execução ou cumprimento da sentença, com manifesto propósito protelatório.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, entende que o abuso do direito processual possui semelhanças com a *fraude processual* mas com ela não se confunde. O abuso do direito distingue-se da fraude à lei, embora, se comparadas, certos traços semelhantes sejam percebidos. Há fraude com a realização, por meios lícitos, de fins que a lei não permite sejam atingidos diretamente, porque contrários ao seu preceito. No abuso de direito sobressai apenas irregularidade no exercício direito, aí resultando dano ou constrangimento para terceiro. Enquanto a sanção, na hipótese de fraude, necessariamente será a nulidade do

¹⁵ Conforme esclarece Patrícia de Deus Lima, o novo Código de Processo (1973) demonstra a preocupação do legislador em conferir eticidade ao processo, para ela: “as regras processuais éticas delinearão esboço muito nítido do princípio da probidade processual, cujos desdobramentos, no processo, fariam detodos os sujeitos processuais (isto é, juiz, partes, terceiros, auxiliares da justiça, ministério público, etc) seus legítimos destinatários.” (LIMA, Patrícia Carla de Deus. Abuso do direito e tutela ética do processo. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica, Orientador: Francisco Carlos Duarte. Curitiba, 2006, p. 180).

ato, no abuso do direito consistirá principalmente, na obrigação de indenizar o prejuízo¹⁶.

Pedro de Albuquerque sustenta que o abuso do direito e a litigância de má-fé não se confundem. Segundo ele, as principais diferenças estariam no fato de que o abuso do direito possui natureza objetiva e pressupõe a existência de dano, enquanto para a verificação da má-fé é imprescindível o elemento subjetivo e a aferição de dano não é essencial¹⁷. Isso significa dizer, que no caso de litigância de má-fé, o importante é a verificação de uma conduta reprovável, do ponto de vista processual e da lealdade processual e da boa-fé, mas se houver ainda, danos ou prejuízos, os mesmos, devem ser indenizados. A litigância de má-fé permite a punição pelo Judiciário através de multa processual, mas em casos excepcionais, também a condenação em indenização por danos morais e materiais, nos termos do Código Civil (art. 927.º do CC).

Abusa do direito processual, o sujeito que aparentemente, exerce o contraditório e a ampla defesa, mas busca com isso simplesmente, causar prejuízos a dignidade da prestação jurisdicional e aos interesses da parte contrária no cumprimento das decisões jurisdicionais e das normas processuais, em flagrante deslealdade processual.

O dever de lealdade processual, indicado no art. 14 do CPC, não deve ser levado em consideração, apenas entre as partes litigantes, mas sobretudo, por todos os sujeitos processuais, incluindo os Juízes, membros do Ministério Público e terceiros. Essa afirmação pode ser corroborada pela simples leitura do 133 do CPC (responsabilidade do juiz), pelo art. 314 do CPC (suspeição e impedimento do juiz), pelo art. 85 do CPC (responsabilidade do ministério público). É bom lembrar, que o dever de lealdade, também vale para o Advogado, que deve proceder no objetivo de buscar observar o procedimento, nunca se pautando apenas pela vitória da causa, a qualquer custo.

¹⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 34.

¹⁷ ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 92.

Cândido Rangel Dinamarco afirma que :

“o Código de Processo Civil brasileiro, que se mostra particularmente empenhado em cultivar a *ética no processo*, traz normas explícitas quanto aos limites da combatividade permitida e impõe sanções à deslealdade; o dever de manter comportamentos condizentes com os mandamentos éticos está sintetizado na fórmula ampla e genérica *proceder com lealdade e boa-fé*, contida no inc. II de seu art. 14.¹⁸”

As partes, assim, devem, exercer o contraditório e a ampla defesa, mas não podem, em nome desses exercício, abusar, em flagrante e manifesta intenção de protelar a prestação jurisdicional ou atrapalhar que as decisões sejam devidamente cumpridas e executadas.

Celso Hiroshi Iocohama explica que “*a expressão lealdade se confundirá com a boa-fé objetiva, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito. Isto quer dizer que ninguém é honesto somente porque acredita sê-lo. É preciso que tal concepção se projete na visão social e, diante dela, sejam observados os elementos existentes para o preenchimento do modelo padrão de honestidade/lealdade. Logo, a boa-fé subjetiva não pode ser confundida com a noção de lealdade, pois, se há importância para o estudo da primeira e sua conotação jurídica, a lealdade vista do ângulo exclusivo do sujeito para o qual é atrelada não tem qualquer relevância*¹⁹.”

Infelizmente, não coadunamos com Celso Hiroshi sobre o princípio da lealdade processual e boa-fé. Quando se procura por padrões de lealdade processual e boa-fé processual, devemos encontrar as respostas, justamente com a observância do respeito às normas processuais e o procedimento e com o seu devido desenvolvimento previsto em lei. Isso significa dizer que a lealdade processual e boa-fé processual são conceitos que devem estar intimamente ligados à observância do devido processo legal (constitucional) e nunca a questões de morali-

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56.

¹⁹ IOCOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 45.

dade ou eticidade. Defender a lealdade processual e a boa-fé processual não tem o objetivo de proteger a parte inocente da parte faltante, mas tem o objetivo de proteger o processo e a dignidade da prestação jurisdicional.

O abuso do direito processual aparece no momento em que o sujeito processual age dissimuladamente, sob a aparência de um exercício regular de seu direito, o resultado que pretende é ilícito ou reprovável, uma vez que posterga a prestação jurisdicional, causando prejuízos inimagináveis à parte contrária e à dignidade do judiciário e de sua atividade.

É bom ressaltar, que na violação de uma norma processual, a sanção será aquela prevista no próprio ordenamento jurídico processual. Isto significa que se houver a interposição de uma defesa fora do prazo, verificamos a violação de uma norma processual e tal violação acarreta a revelia do réu, com a presunção de verdade sobre os fatos narrados na petição inicial. No entanto, quando verificamos o abuso do direito processual, estamos diante de uma prática processual que se afasta de sua finalidade com o manifesto propósito de retardar a prestação jurisdicional e interferir no direito da parte contrária²⁰. No ato processual abusivo não há qualquer direito sendo exercido, é somente um ato aparentemente lícito, mas com propósitos de causar prejuízos ao regular andamento processual e à prestação jurisdicional, bem como, os interesses da parte contrária. Assim, o agente abusador dos direitos processuais deve, a um só tempo, ser sancionado com pena pecuniária (multa), bem como, reparar os danos causados à parte contrária, se assim ficar constatado o dano. É o que o Código de Processo Civil chama de *responsabilidade processual por litigância de má-fé*.

²⁰ TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Revista de Processo, São Paulo. ano 34, n. 177, p. 166, nov/2009.

IV – Responsabilidade processual por litigância de má-fé

A *responsabilidade processual por litigância de má-fé*²¹ se constitui no dever de reparar os danos causados a uma parte pela outra em razão de prática de atos processuais abusivos e que atrasam a prestação jurisdicional.

Verificada qualquer atitude dos sujeitos no sentido de evitar a atuação jurisdicional eficiente, efetiva e eficaz, poderá a parte faltante (litigante de má-fé) ser multada e responsabilizada civilmente, com a condenação em pagamento de indenização por sua conduta antijurídica.

O ato abusivo, no âmbito processual, é aquele que possui a aparência de normalidade e legalidade, mas o objetivo pretendido, não é lícito, se não, causar prejuízo a outra parte ou ao andamento regular do procedimento e da dignidade da prestação jurisdicional. É o que chamamos de *desvio de finalidade* do ato processual. O abuso do direito processual, segundo estudos de Cordopatri, seria a violação do dever de lealdade e probidade, isto é, na distorção cometida pela parte ao empregar o instrumento processual ou ao praticar ato processual válido²².

Segundo podemos verificar no Código de Processo Civil brasileiro (1973), em seu art. 16, determina que *responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente*. Esse artigo estabelece o que a teoria da responsabilidade processual em razão da litigância de má-fé, ou seja, da possibilidade de determinar, pelo próprio juízo da demanda, a condenação da parte que litiga de

²¹ Cf. explica D'Plácido e Silva, “a expressão derivada do baixo latim *malefacius* [que tem mau destino ou má sorte], empregada na terminologia jurídica para exprimir tudo que se faz com entendimento da maldade ou do mali que nele se contém. A má-fé, pois, decorre do conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se quer mostrar como perfeita, sabendo-se que não o é [...] A má-fé opõe-se à boa-fé, indicativa dos atos que se praticam sem maldade ou contravenção aos preceitos legais. Ao contrário, o que se faz contra a lei, sem justa causa, sem fundamento legal, com ciência disso, é feito de má-fé.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 15^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 131.

²² CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*. Pádua: Cedam, 2000, v.2, p. 487/488.

má-fé, em pagamento de indenização pelo seu ato processual abusivo, bem como, em multa, para indicar que sua atitude é reprovável do ponto de vista processual.

A legislação processual civil possui regra específica e dirigida aos sujeitos do processo, sobre o dever de lealdade que deverá ser observado na busca da prestação da tutela jurisdicional (art. 14 do Código de Processo Civil) e mecanismos consistentes em sanções processuais, que visam combater a atuação desleal e procrastinatória dos sujeitos do processo (arts. 16 e ss. do Código de Processo Civil). Também, presente, está a tipificação dos atos definidos como *atentatórios à dignidade da justiça*, condutas consideradas como desrespeitosas ao exercício da função jurisdicional, às suas decisões e à administração da justiça (art. 600, incisos I a IV, do Código de Processo Civil), com sanções processuais previstas no art. 601 do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil brasileiro utilizou da metodologia discriminatória e enumerativa, para indicar, quais são os atos processuais considerados de má-fé, e portanto, passíveis de sancionamento processual e de reparação. Assim, segundo verificamos no art. 17 do CPC, reputa-se litigante de má-fé, aquele que: *a) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; b) alterar a verdade dos fatos; c) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; d) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; f) provocar incidentes manifestamente infundados; g) interpor recurso com intuito manifestamente protelatório*²³.

²³ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO VERIFICADA. MULTA AFASTADA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não se presume a litigância má-fé quando a parte se utiliza dos recursos previstos em lei, sendo necessária, em tais hipóteses, a comprovação da intenção do recorrente de obstruir o trâmite regular do processo, nos termos do art. 17, VI, do CPC.2. Incabível a condenação por litigância de má-fé quando a parte, na primeira oportunidade que lhe é conferida, interpõe agravo de instrumento contra decisão que fixou honorários advocatícios em execução não embargada.3. Recurso especial conhecido e provido para afastar a condenação da recorrente ao pagamento de multa por litigância de má-fé.(REsp 749629/PR, Rel. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 193).

O art. 17 do Código de Processo Civil brasileiro estabelece diversos comportamentos processuais reprováveis, e que se verificarmos, a presença do elemento dolo, devemos punir o agente, do ponto de vista processual, como também, do ponto de vista de direito material, com a reparação dos prejuízos, nos termos do art. 927 do Código Civil.

É bom ressaltar, que as condutas processuais previstas no art. 17 do Código de Processo Civil, podem simplesmente, gerar uma sanção pecuniária, com a aplicação apenas de multa, como também, se verificado o dano, aplicar a teoria da responsabilidade civil e determinar o ressarcimento pelos prejuízos materiais e morais causados à parte contrária. Assim, um ato processual pode ser apenas um ilícito processual e gerar a aplicação de multa, mas não causar prejuízos à parte contrária, o que portanto, não justificaria a condenação em indenização por danos morais e materiais. É o que está previsto no art. 18 do Código de Processo Civil Brasileiro.

Informa, sobre o tema litigância de má-fé e abuso de direito, Cândido Rangel Dinamarco, que:

“Ao disciplinar a repressão à deslealdade das partes mediante normas referentes à litigância de má-fé (arts. 16-18) e ao contemp of court (arts. 600-601), o Código de Processo Civil arrola algumas condutas ilícitas e estabelece sanções à sua prática (arts. 16-18 e 600-601). Depreende-se de cada uma dessas figuras o dever de comportar-se de modo contrário, porque cada uma delas contém em si, pelo lado negativo, a especificação de um aspecto inerente ao dever de lealdade²⁴”.

Deve se tratar, pois, que as condutas tipificadas como de má-fé podem ser realizadas de modo ativo ou passivo (omissivo, portanto), e optou, nosso legislador, por numerar de forma taxativa as hipóteses de litigância de má-fé, diferentemente, do que ocorre no Código de Processo Civil alemão (artigo 138) e do Código de Processo Civil italiano (art. 88).

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 3. 3.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pág. 265.

O art. 17, inciso I do CPC, traz a indicação de *vedação das partes de deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*. Isso significa que as partes têm, constitucionalmente, o direito de ação e de defesa, para movimentar a jurisdição e a aplicação do direito material. No entanto, não é permitido, buscar tal direito de ação ou de defesa, sabidamente, quando a lei não acoberta ou protege tal pretensão ou quando o fato que se opõe é um fato o qual não existe contradição pelas partes. Assim, litiga de má-fé o sujeito que busca a declaração ou condenação de outrem, ou reconhecimento de algum direito, em juízo, com texto de lei claramente se posicionando ao contrário do pretendido. Talvez, um exemplo simples sobre tal hipótese de litigância de má-fé, seria o ajuizamento de ação para buscar receber dívidas de jogo, que são, pelo ordenamento jurídico brasileiro, impossíveis de ser exigidas. Lado outro, há uma linha bastante tênue entre a caracterização da litigância de má-fé, por dedução ou apresentação de defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, e a questão de interpretação de lei diversa do que entende a maioria dos Tribunais. Isso significa que a dedução de ação ou a apresentação de defesa que busque uma interpretação diferente para determinado artigo de lei não pode ser considerado um ato processual abusivo. Apenas estamos diante do livre exercício do direito de ação.

O art. 17, inciso II do CPC, indica que reputa litigante de má-fé aquele que no processo *alterar a verdade dos fatos*. Nesse ponto, precisamos em primeiro lugar indicar que estamos diante de uma cláusula de litigância de má-fé geral e muito aberta, do ponto de vista hermenêutico. A verdade que se refere o presente inciso do artigo 17 é a *verdade processual*. A verdade processual significa a dedução de pretensão ou defesa com a devida demonstração dos mesmos com provas. Quanto as partes, no momento de dedução de pretensão ou de defesa, alteram a verdade dos fatos, significa dizer que estão buscando provar algo que não existiu ou que não ocorreu efetivamente e que as provas foram feitas mediante fraude, emulação, erro ou vício. Altera a verdade dos fatos, por exemplo, quem instrui as testemunhas para que informe fatos que nunca ocorreram, num claro objetivo de buscar o reconhecimento dos argumentos deduzidos na pretensão na defesa. Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “O *inc. II do art. 17 sanciona transgressão*

intencional do dever de veracidade quanto aos fatos. As inveracidades só são contrárias à ética quando acompanhadas da intenção de falsear os fatos, caracterizando-se assim como mentiras²⁵”.

O art. 17, inciso III do CPC estabelece que atua em litigância de má-fé *as partes que usam o processo para conseguir objetivo ilegal*. Verifica-se, nesse inciso, a preocupação do legislador com o desvio de finalidade da norma. Assim, esse inciso busca reprimir aqueles que se utilizam do processo com o objetivo de obter direito ou vantagem que a norma proíbe.

O art. 17, inciso IV do CPC determina que litiga de má-fé a parte que *opuser resistência injustificada ao andamento do processo*. Trata-se de um dispositivo normativo processual que reprimi a conduta comissiva e omissiva das partes que impedem a duração razoável do processo, conforme estabelece o art. 125 do CPC e art. 5.º. Inciso LXXVIII da Constituição da República do Brasil. Opor resistência injustificada ao andamento do processo, significa colocar obstáculos ao regular curso do processo. Isso significa que manifestações impertinentes e fora do prazo são exemplos e formas de se opor ao regular andamento do processo e atentam contra a celeridade processual e contra a dignidade da justiça.

O art. 17, inciso V do CPC determina que a parte responde por litigância de má-fé quando *proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo*. Temerário é o ato da parte contrário imprudente, que não observa nas normas processuais e legais. Age de forma temerária quem provoca um incidente processual apenas para paralisar o processo ou para impedir os efeitos da preclusão. Age de forma temerária, quem não pratica ato processual irresponsável, apenas para evitar prejuízos processuais para as partes. Assim, um bom exemplo de ato temerário seria a interposição de dois recursos, contra a mesma decisão, sendo que a primeira já havia se pronunciado sobre o seu não cabimento e a segunda, é uma conduta temerária, que busca desviar a finalidade da norma e evitar a preclusão.

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 268.

O art. 17, inciso VI do CPC determina que responde por litigância de má-fé a parte que *provocar incidentes manifestamente infundados*. Incidentes infundados são incidentes inexistentes, do ponto de vista formal e legal. Assim, não é possível, por exemplo, instaurar o incidente de falsidade documental, previsto pelo art. 390 do CPC, sem a observância do prazo de 10 dias, a contar da juntada do documento que se busca a caracterização como falso. Ora, o desrespeito à essa norma e do prazo, é um flagrante exemplo de incidente infundado. Também podemos informar que a palavra incidente, indicado nesse inciso é utilizado de forma genérica, querendo referenciar, ainda, qualquer conduta ativa ou passiva das partes no objetivo de atrasar a prestação jurisdicional. Isso significa que a oposição de *embargos de terceiros*, por exemplo, que obviamente, pode paralisar o procedimento principal, pode ser caracterizado como sendo um incidente manifestamente infundado, se ao final, for considerado um ato apenas com o intuito de evitar a prestação jurisdicional ou retardar seu julgamento.

Por fim, o art. 17, inciso VII do CPC estipula que responde por litigância de má-fé a parte que interpõe *recurso manifestadamente protelatório*. Recurso protelatório é aquele que não tem o objetivo de reformar a decisão, mas sim, apenas de protelar o trânsito em julgado ou a preclusão de uma decisão. O recurso protelatório é apresentado como um recurso destituído de fundamentos para reformar a decisão e em flagrante comportamento da parte em evitar e impedir a execução e cumprimento da decisão judicial.

As condutas previstas no art. 17 do CPC são condutas objetivas e possuem o objetivo de balizar o julgador no objetivo de reprimir as condutas antijurídicas em claramente contrárias aos interesses processuais (art. 125, III do CPC). No entanto, verificando a ocorrência de uma das hipóteses indicadas no art. 17 do CPC, surge a seguinte questão a ser enfrentada, qual seja: *qual seria a melhor técnica para que o processo possa reprimir as condutas antijurídicas praticadas pelos sujeitos processuais, em litigância de má-fé?* Tentaremos responder a seguinte indagação, no próximo capítulo.

V – Técnica de repressão ao abuso de direito processual (litigância de má-fé)

Segundo afirma Rosemiro Pereira Leal, a *técnica* é essa atividade humana que abrange a capacidade de conjunção do mundo da realidade com o mental e a consequente expressão de pensamentos abstratos organizados (teoria) sobre o contexto dessa realidade²⁶.

Assim, quando nos referirmos à técnica de repressão ao abuso de direito processual, estamos querendo indicar o conjunto de procedimentos pelos quais o direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica de repressão à litigância de má-fé.

Nesse sentido, para que possamos responder a indagação sobre a melhor técnica para a repressão do abuso de direito processual precisamos antes de mais nada estabelecer os seguintes pressupostos para nossas reflexões.

O **primeiro**. É o processo um instrumento de garantias processuais fundamentais, isso significa dizer que o mesmo se constitui de um espaço de discussão e debate, e o contraditório e ampla defesa são princípios estruturantes, e que não podem ser suprimidos.

O **segundo**. O princípio do contraditório é elemento indispensável a existência do processo e portanto não é possível a ocorrência do exercício da jurisdição e da repressão do abuso de direito processual sem a sua observância.

Na palavras de Fazzalari, o processo é um procedimento com a garantia de participação das partes para a obtenção do ato final, em contraditório, devendo os participantes do processo se entenderem como autores da decisão judicial (provimento)²⁷.

É bom ressaltar, nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves: que:

“O contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos do processo. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sen-

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. 7.^a Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 43/44.

²⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 82-83.

tença, daqueles que são “interessados”, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que o Estado vier a impor.²⁸

Explicando melhor, reforça o autor supra citado que:

O contraditório não é o “dizer” e o “contradizer” sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Constitui-se, necessariamente, da igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.²⁹

Elio Fazzalari caracteriza a estrutura do **contraditório** com os seguintes elementos: a) participação dos destinatários do ato final na fase preparatória do processo; b) simétrica paridade destes interessados; c) mútua implicação de seus atos; relevância de tais atos para o ato final.³⁰

Nesse sentido o contraditório é a garantia da participação das partes, em simétrica igualdade, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. E tal participação das partes não significa que tenha de ser atual, mas uma participação potencial, convertendo assim, o direito em ônus. Tanto é assim que Marcelo Galuppo lembra a possibilidade de o interessado, na produção do provimento, deixar de participar, por vontade própria, da formação deste ato. Bem como o fato de não se exigir a existência de controvérsia, sendo possível, por exemplo, que o réu (contrainteresado)

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 120-124.

²⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 127.

³⁰ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992, p. 82.

concorde com a pretensão do autor. Aliás, o próprio Direito brasileiro prevê e estimula essa possibilidade, ao tornar obrigatória, na maioria dos processos, a tentativa de conciliação por parte do juiz. Pode-se mesmo afirmar que a nova sistemática brasileira erige em primeiro dever do juiz a tentativa de, na qualidade de “mediador”, fazer com que se restabeleça racionalmente, no âmbito de uma comunidade real de comunicação, o diálogo, ou seja, o discurso entre autor e réu.³¹

Sobre o assunto, assevera Didier Junior:

*Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.*³²

Na verdade, o contraditório significa a garantia da proibição da decisão surpresa, ou seja, decisões que não sofreram o devido debate pelas partes. Que não foi garantido o efetivo direito de participação, que é muito mais do que apenas dizer e contradizer nos autos, mas sobretudo, o direito de influenciar o resultado da decisão com argumentações, fatos e provas.

³¹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo*. Disponível em: [Http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma_compreensao_met.htm](http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma_compreensao_met.htm). Acesso em: 5 maio 2003.

³² DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 45.

Lebre de Freitas afirma que:

“a proibição da chamada decisão-surpresa tem sobretudo interesse para as questões, de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente: se nenhuma das partes as tiver suscitado, com concessão à parte contrária do direito de resposta, o juiz – ou o relator do tribunal de recurso – que nelas entenda dever basear a decisão, seja mediante o conhecimento do mérito seja no plano meramente processual, deve previamente convidar ambas as partes a sobre elas tomarem posição, só estando dispensado de o fazer em casos de manifesta desnecessidade.”³³

Assim, entendendo o contraditório como um princípio que veda uma decisão surpresa, temos que entender que o art. 18 do CPC deve ser aplicado de outra maneira pelos Tribunais. Segundo, estabelece o artigo, *o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu (dano processual), mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.*

Uma leitura descomprometida do princípio do contraditório, pode levar o intérprete e julgador a entender que bastaria, em suas convicções pessoais, a verificação de um comportamento das partes caracterizados como litigante de má-fé, para lhe impor a penas de multa e condenação em perdas e danos apresentados e permitidos pelo art. 18 do CPC brasileiro.

No entanto, a melhor técnica para a repressão do abuso de direito processual e conseqüentemente a litigância de má-fé, não seria a aplicação de ofício pelo julgador das hipóteses previstas enumerativas e exaustivas no art. 17 do CPC, pois assim, estaria vedando o contraditório, entendido como garantia de vedação a uma decisão surpresa.

Em nome da garantia do contraditório, verificando o juiz que ocorreu algumas das hipóteses previstas no art. 17 do CPC, deve abrir,

³³ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 103.

ainda que incidentalmente, nos próprios autos do procedimento ou em procedimento próprio, uma discussão paralela, entre as partes, sobre a ocorrência ou não de algumas das hipóteses de litigância de má-fé e seus eventuais danos. Isso significa dizer, que se o julgador tomar a decisão pela aplicação de alguma punição por litigância de má-fé, sem que haja o devido respeito ao contraditório, essa decisão estaria vedando a participação em contraditório, e seria, do ponto de vista *constitucional-democrático*, uma decisão passível de anulação, por absoluta falta de garantia do contraditório e da ampla defesa.

É claro que não basta apenas que o julgador, no momento da verificação da litigância de má-fé, abra às partes, vista dos autos para que possam sobre ela se pronunciar, há a necessidade, também, atendendo ao disposto no art. 130 do CPC e art. 5.º, inciso LV da Constituição da República, a ampla defesa, com a garantia de produção de todas as provas necessárias para demonstra ou não a ocorrência de umas das hipóteses previstas no art. 17 do CPC.

Assim, a melhor técnica para a repressão do abuso do direito processual pode ser indicada pela abertura de uma discussão profunda e dialógica sobre a sua ocorrência e os eventuais danos que tal conduta ocasionou. No entanto, ainda no direito processual brasileiro, os Tribunais não gostam dessa técnica, pois acreditam que a verificação da ocorrência de abuso processual é de responsabilidade exclusiva do julgador, no momento do julgamento, não necessitando maiores considerações e argumentações das partes. Claro, no momento que percebemos a condenação de um sujeito processual (partes) em litigância de má-fé, percebemos que a técnica democrática e constitucional do processo ainda não está plenamente observada no ordenamento processual brasileiro.

Se a discussão será feita nos próprios autos ou em incidente processual, isso revela uma preocupação com a economia processual. No entanto, o que não pode faltar, é o devido respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como, é vedado ao julgador, de ofício, aplicar penas processuais, pelas hipóteses verificadas no art. 17 do CPC, sem a oportunizar a devida manifestação e provas pelas partes interessadas no resultado do julgamento.

Em razão da aplicação quase que automática e isolada do julgador de uma das condutas ilícitas praticadas pelas partes no processo e previstas no art. 17 do CPC, verificamos que não há a discussão sobre os prejuízos causados e a extensão do dano (art. 944 do Código Civil), o que dificulta ao Juiz estabelecer uma reparação pelos danos causados à outra parte. Dificilmente se acerta sobre os danos patrimoniais em razão de condutas processuais pela conclusão lógica de que infelizmente não há debate e produção de prova sobre os efetivos danos ocorridos.

Estamos defendendo o contraditório e ampla defesa, em nome do processo democrático. Sem o devido contraditório, fica praticamente impossível, que tal condenação em indenização se realize, bem como, a quantificação dos prejuízos causados pela parte infratora ou litigante de má-fé.

No Código de Processo Civil e nos Tribunais brasileiros não verificamos a preocupação para evitar a *decisão-surpresa* resguardar a garantia do contraditório e da ampla defesa. Pelo contrário, o que notamos, na prática cotidiana forense brasileira é que em nome da celeridade, decisões surpresas são proferidas a todo momento, sem o devido contraditório, o que entendemos estar violando diretamente a Constituição. Apenas para demonstrar o que informamos, citamos algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, que aplicam, de forma automática e autoritariamente, o art. 18 do CPC, se entender sobre a necessidade de oportunizar as partes, o necessário contraditório, com base apenas na convicção pessoal do julgador. Vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. FIANÇA. NOVAÇÃO. RATIFICAÇÃO DA GARANTIA PELO FIADOR. EXONERAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. Na prorrogação do contrato de locação, havendo cláusula expressa de responsabilidade do garante após a prorrogação do contrato, este deverá responder pelas obrigações posteriores, a menos que tenha se exonerado na forma dos artigos 1.500 do Código Civil de 1916 ou 835 do Código Civil vigente. 2. Na hipótese, o Tribunal de origem identificou a ratificação expressa do fiador para estender a garantia

fiduciária quando da novação. Não incidência da Súmula 214/STJ. Precedentes. 3. **A aplicação das penas do art. 17, I e II, do CPC, deu-se pela manifestação de fatos comprovadamente inverídicos, situação que não guarda semelhança com o simples exercício do direito de defesa.** Rever tais fundamentos fáticos, somente com reexame do conjunto probatório, medida de impossível realização no âmbito do recurso especial, haja vista o óbice do enunciado 7 da Súmula desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento³⁴.

Repare, que na presente decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a aplicação do art. 17 do CPC não necessita da observância do contraditório e da ampla defesa, bastando para tanto, que o julgador, em análise discricionária e solipsista, decida sobre a ocorrência ou não de litigância de má-fé.

Outra decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação automática do art. 17 do CPC à parte faltante é essa:

RECONSIDERAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO. RECURSO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO CONHECIMENTO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INTENÇÃO PROTETATÓRIA. MULTA. 1. Nos termos do art. 105, II, “b”, da Constituição Federal, não cabe interposição de recurso em mandado de segurança no âmbito desta Corte Superior contra decisão monocrática de relator. 2. **Sendo evidente a intenção protelatória do exercício da jurisdição, mediante a interposição de recursos e petições desprovidos de razão e notoriamente incabíveis, cabível a cominação de multa nos termos do art. 18 c/c o art. 17, VI e VII do CPC.** 3. Pedido de reconsideração improvido³⁵.

Neste acórdão do Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, verificamos o desrespeito ao contraditório e ampla defesa, na condenação em litigância de má-fé, por parte do Superior Tribunal de Justiça.

³⁴ Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 242.123/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 23/10/2013.

³⁵ Superior Tribunal de Justiça. RCD no RMS 39.985/PA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJ e 11/10/2013.

Entendemos que mesmo nos casos em que os autos já se encontrarem em sede recursal, o cumprimento ao contraditório deve ser observado. Isso significa que nesse aspecto, não poderia o relator, ter aplicado a pena prevista no art. 18 do CPC, apenas com base em entendimento formado e consolidado pelos anteriores votos e convicções formadas em seu trabalho junto ao Tribunal. Deveria, mesmo em sede recursal, instaurar, um micro procedimento de discussão e de demonstração de ocorrência ou não da litigância de má-fé. Do contrário e da forma que foi feita, mesmo informando a evidência de que houve a interposição de recurso manifestamente protelatório, entendemos que estamos diante de uma decisão arbitrária e inconstitucional, em bases democráticas.

Portanto, dentro da constitucionalidade democrática e dentro do respeito ao contraditório e da ampla defesa, é preciso que o debate sobre o abuso do direito processual seja efetivamente discutido e debatido pelas partes. Além, devemos permitir a amplitude de produção de prova e as discussões sobre a prática de atos de má-fé e de dolo pelas partes, bem como os prejuízos causados, para fins de indenização. Do contrário, qualquer condenação em litigância de má-fé é um ato de autoritarismo e antidemocrático, o que desrespeita frontalmente a Constituição da República do Brasil.

VI – Conclusão

Pelos considerações acima expostas, podemos afirmar as seguintes conclusões sobre o abuso do direito processual e a sua técnica de repressão, quais sejam:

- a) A expressão *abuso de direito* é atualmente considerada pelos juristas como sendo o mau uso ou uso excessivo ou extraordinário do direito. Isso significa, que a expressão *abuso do direito* nos remete a ideia de que alguém está exercendo um ato ilícito, em razão de um excesso. Assim, a expressão, de forma isolada, quer informar ao intérprete que o justo é exercer o direito, nem mais (abuso), nem menos (aquém). Etimologicamente, a expres-

são em latim *abusos* e *abuti* não possuíam a ideia de mau uso, mas significava um *uso intenso*, um aproveitamento completo da coisa ou do direito. Em termos atuais, a expressão *abuso do direito* obteve nova conotação, significando o excesso dos limites do poder da faculdade (*facultas agendi*) que o direito objetivo (*normas agendi*) confere ao indivíduo, na qualidade de sujeito de direito (*sui iuris*).

- b) Pela Código Civil, art. 187 e 188, verificamos que o direito civil brasileiro estabeleceu os critérios para que possa ser configurado o abuso do direito, quais sejam: a) que o abuso do direito é um ato ilícito; b) esse ato ilícito deve ser praticado pelo titular do direito subjetivo; c) que tenha sido excedido os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes e d) que tenha sido o ato ilícito abusivo manifesto.
- c) Violar uma regra de direito processual não é abusivo *per se*. Isso significa que o mau uso do direito processual não é um ato abusivo. Ou seja, se caso o recorrente interpõe um recurso ao invés de outro, isso, por si só não é um ato abusivo, mas somente um ato equivocados, um erro grosseiro, que não causa prejuízo a parte contrária e nem impede o regular andamento do processo. No entanto, um ato processual passa a ser *abusivo* quando o mesmo recurso, é interposto, não com o fim específico de alterar a decisão jurisdicional, mas simplesmente, para retardar ou impedir a execução ou cumprimento da sentença.
- d) Violar uma regra de direito processual pode ter duas consequências. A primeira é uma consequência eminentemente processual, uma punição para a parte faltante estritamente dentro dos limites das faculdades, poderes e possibilidades das normas processuais. Assim, a ausência de apresentação de defesa no prazo correto é uma violação de norma processual e gera um ônus processual, qual seja, a revelia e a presunção de verdade sobre os fatos articulados pelo autor. No entanto, ocorre o abuso do direito processual, quando temos um ato aparentemente lícito, mas seus objetivos são reprováveis do ponto de vista da lealdade processual e boa-fé. Assim, abusando do

direito processual, temos a possibilidade de aplicação de multa ou ainda a reparação dos danos.

- e) A boa-fé e lealdade processual não são elencos caracterizadores de uma moralidade ou eticidade processual, mas sim de elementos vinculados à observância do devido processo legal. Abusa do direito processual quem, de má-fé, busca empregar uma conduta processual com o objetivo de causar contrariedade à marcha processual, à eficácia das decisões e até mesmo à dignidade da justiça e da prestação jurisdicional. Toda litigância de má-fé é um abuso do direito processual. O abuso é gênero e a litigância é espécie. O dever de lealdade processual, indicado no art. 14 do CPC, não deve ser levado em consideração, apenas entre as partes litigantes, mas sobretudo, por todos os sujeitos processuais, incluindo os juízes, membros do ministério público e terceiros. Essa afirmação pode ser corroborada pela simples leitura do 133 do CPC (responsabilidade do juiz), pelo art. 314 do CPC (suspeição e impedimento do juiz), pelo art. 85 do CPC (responsabilidade do ministério público). É bom lembrar, que o dever de lealdade, também vale para o advogado, que deve proceder no objetivo de buscar a verdade e observar o procedimento, nunca se pautando apenas pela vitória da causa, a qualquer custo.
- f) O Código de Processo Civil brasileiro (1973) utilizou da metodologia discriminatória e enumerativa, para indicar, quais são os atos processuais considerados de má-fé, e portanto, passíveis de sancionamento processual e de reparação.
- g) A melhor técnica para a repressão do abuso de direito processual e consequentemente a litigância de má-fé, não seria a aplicação de ofício pelo julgador, pois assim, estaria vedando o contraditório como garantia de vedação a uma decisão surpresa. Em nome da garantia do contraditório, verificando o juiz que aconteceu algumas das hipóteses previstas no art. 17 do CPC, deve abrir, ainda que incidentalmente, nos próprios autos do procedimento, uma discussão paralela, entre as partes, sobre a ocorrência ou não da litigância de má-fé e seus eventuais danos. Isso significa dizer, que se o julgador, tomar a decisão

pela aplicação de alguma punição por litigância de má-fé, sem que haja o devido respeito ao contraditório, essa decisão estaria vedando a participação, e seria, do ponto de vista democrático, uma decisão passível de anulação, por absoluta falta de garantia do contraditório e da ampla defesa. É claro que não basta apenas que o julgador, no momento da verificação da litigância de má-fé, abra às partes, vista dos autos para que possam sobre ela se pronunciar, há a necessidade, também, atendendo ao disposto no art. 130 do CPC e art. 5.º., inciso LV da Constituição da República, a ampla defesa, com a garantia de produção de todas as provas necessárias para demonstra ou não a ocorrência de umas das hipóteses previstas no art. 17 do CPC. Não vislumbramos a necessidade de abertura de um incidente processual para a caracterização e verificação da ocorrência da litigância de má-fé, no entanto, se isso for necessário, para evitar prejuízo às partes, e as argumentações, verificamos que não existe nada no ordenamento jurídico brasileiro que desaconselhe tal prática. Se a discussão será feita nos próprios autos ou em incidente processual, isso revela uma preocupação com a economia processual. No entanto, o que não pode faltar, é o devido respeito ao contraditório e ampla defesa, bem como, é vedado ao julgador, de ofício, aplicar penas processuais, pelas hipóteses verificadas no art. 17 do CPC, sem a oportunizar a devida manifestação e provas pelas partes interessadas no resultado do julgamento.

- h) Quando temos a verificação de um ato processual abusivo, com intuito de atrasar o processo e ferir a dignidade da justiça e sua prestação jurisdicional, estamos diante de uma violação de um direito fundamental, e a violação de um direito fundamental deve ser punido de forma enérgica, com a aplicação de multa e indenização para ser pago pelo agressor, pois é inconcebível, que direitos fundamentais seja flagrantemente violados pelas partes com o objetivo escuso de lesar a credibilidade do Judiciário e da parte contrária. Infelizmente, o que observamos no Brasil, é que a presente discussão sobre a violação de direitos fundamentais e a possibilidade de reparação e aplicação de multa processual

ainda está caminhando bem devagar, do ponto de vista prático. Apesar de grande parte da doutrina defender a possibilidade e até necessidade de responsabilizar o Estado pelas violações da garantia constitucional da duração razoável do processo, no Brasil ainda há grande resistência dos tribunais em condenar o Estado a indenizar o jurisdicionado nos casos.

BIBLIOGRAFIA

- ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ALBUQUERQUE, Pedro de. *Responsabilidade Processual por Litigância de Má-fé, Abuso de Direito e Responsabilidade Civil em virtude de actos praticados no processo*. Coimbra: Almedina, 2006.
- BRASIL. Código Civil.
- BRASIL. Constituição Federal.
- BRASIL. STJ. AgRg no AREsp 242.123/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Quarta Turma, julgado em 08/10/2013, DJe 23/10/2013.
- BRASIL. STJ. RCD no RMS 39.985/PA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 11/10/2013.
- BRASIL. STJ. REsp 442428/RS, Rel. MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 240.
- BRASIL. STJ. REsp 749629/PR, Rel. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 16/05/2006, DJ 19/06/2006, p. 193.
- BRASIL. STJ. RMS 27.868/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 25/10/2011, DJe 11/11/2011.
- BRASIL. TJRS. AI 70017272626, 8.^a Câmara Cível do TJRS, REL. Des. CLAUDIR FIDELIS FACCENDA. J 16.11.2006.
- BRASIL. TJSC. Apelação cível n.º 2005.027514-5, SANTA cível n.º 2005.027514-5, SANTA CATARINA, 2008.
- BRASIL. TJSC. Apelação cível n.º 2007.003529-3, SANTA 2007.003529-3, SANTA CATARINA, 2009.
- BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Direito ao Advogado*. *Revista Jurídica Consulex*, ano VII, n. 150, 15 abr. 2003.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960.
- CORDOPATRI, Francesco. *L'abuso del processo*. Pádua: Cedam, 2000, v.2.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude no Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado para Função Jurisdicional*. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2004.
- DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. 3. 3.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzionididirittoprocessuale*. 6. ed., Padova: CEDAM, 1992.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Elementos para uma compreensão metajurídica do processo legislativo*. Disponível em: [Http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma_compreensao_met.htm](http://marcelogaluppo.sites.uol.com.br/elementos_para_uma_compreensao_met.htm). Acesso em: 5 maio 2003.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- IUCHIHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos*. 7.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- LIMA, Patrícia de Deus Lima. *Abuso do direito e tutela ética do processo*. 231 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Pontifícia Universidade Católica, Orientador: Francisco Carlos Duarte. Curitiba, 2006.
- ROTONDI, Mario. *L'abuso di diritto – “AEmulatio”*. Pádua: Cedam, 1979.

- SARAIVA, Paulo Lopo. *O advogado não pede*. Advoga. Campinas: Edicamp, 2002.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. 15.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)*. Revista de Processo, São Paulo. ano 34, n. 177, nov/2009.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias Constitucionais do Processo Civil: Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. 1.^a edição. 2.^a tiragem. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1999.
- VICENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

Benefícios Fiscais e Planeamento Fiscal¹

FLÁVIO G. I. INOCÊNCIO²

Resumo: Este Artigo está dividido em duas partes: a primeira explora os fundamentos para concessão de incentivos fiscais em Angola e analisa a natureza fragmentária dos benefícios fiscais no Direito Angolano. Particularmente relevante, são os incentivos fiscais estabelecidos nos termos da Lei de Investimento Privado para atrair investimento estrangeiro. No entanto, o Direito Angolano tem incentivos fiscais diferenciados para a Indústria do Petróleo e do Gás Natural, a Indústria Mineira, as Pequenas e Médias Empresas entre outros. Assim, considerando que os investidores e os contribuintes baseiam as suas decisões de investimento considerando factores diversos como o acesso a um sistema judicial eficiente que garanta a protecção dos direitos de propriedade, a presença de infraestruturas modernas, acesso a terra e ao capital entre outros, alguns autores estão cépticos quanto ao papel dos incentivos fiscais como uma ferramenta eficiente de política pública para atracção de investimento.

A segunda parte do artigo explora os conceitos de planeamento fiscal, elisão fiscal e fraude fiscal, considerando a doutrina jurídica e analisa a cláusula específica anti-abuso em Angola e a possibilidade da introdução de uma cláusula geral anti-abuso, considerando a nova reforma fiscal. Por último, o artigo conclui com uma análise do Decreto Presidencial n.º 147/13 com regras modernas acerca dos preços de transferência.

¹ O Presente Artigo corresponde no essencial ao texto de apoio elaborado com a finalidade de apoiar os alunos do Módulo de *Benefícios Fiscais e Planeamento Fiscal* no âmbito da cooperação para o Mestrado de Direito Fiscal da Universidade Agostinho Neto e do Instituto do Direito de Língua Portuguesa que decorreu em Fevereiro de 2014. O artigo foi elaborado numa fase de reforma fiscal em curso e por isso não pretende ser um trabalho exaustivo acerca dos benefícios fiscais e o planeamento fiscal no Direito Angola, mas sim um trabalho exploratório e apontar para alguns dos traços gerais do seu regime. O texto foi preparado com base nas regras ortográficas em vigor em Angola. Entregue: 31.3.2014; aprovado: 30.5.2014.

² Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

Palavras-Chave: Angola, Benefícios Fiscais, Lei do Investimento Privado, Planeamento Fiscal, Elisão Fiscal, Fraude Fiscal, Preços de Transferência, cláusula Anti-Abuso, Princípio da Plena Concorrência.

Abstract: This article is divided in two parts: the first explores the foundations for the concession of tax incentives in Angola and analyses the fragmentary nature of the tax incentives in Angolan Law. Particularly relevant in Angola, are the tax incentives established under the Law of Private Investment, in order to attract foreign investment. Nonetheless, Angolan Law has different tax incentives for the Oil and Gas industry, the Mining Industry, Small and Medium Enterprises among others. Hence, considering that investors and taxpayers tend to base their investment decisions considering different factors such as access to an efficient legal system that guarantees property rights, the presence of modern infrastructure, access to land and capital and others, some authors are sceptical about the role of tax incentives as an efficient public policy tool to attract investment.

The second part of the article explores the concepts of tax planning, tax avoidance and tax evasion, considering the legal literature and also analyses the specific anti-avoidance rule in Angola and the possibility of the introduction of a general anti-avoidance rule in Angolan Law, considering the new tax reform. Finally, the article concludes with an analysis of the new Presidential Decree n.º 147/13 with modern provisions concerning transfer pricing.

Keywords: Angola, Tax incentives, foreign investment law, tax planning, tax avoidance, tax evasion, anti-avoidance rule, transfer pricing, arm's length principle.

CAPÍTULO I – BENEFÍCIOS FISCAIS

1. Os Benefícios Fiscais e o Princípio da Igualdade

O artigo 102.º, n.º 1, da Constituição da República de Angola (CRA) determina que os *“os impostos só podem ser criados por lei, que determina a sua incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes”*.

O artigo 88.º da CRA estabelece o dever fundamental de pagar impostos ao consagrar que *“todos têm o dever de contribuir para as despesas públicas e da sociedade, em função da sua capacidade contri-*

*butiva e dos benefícios que auferam, através de impostos e taxas, com base num sistema tributário justo e nos termos da lei*³.

Os benefícios fiscais são atribuídos pelo Estado a fim de prosseguir finalidades extrafiscais como o desenvolvimento regional, criação de centros industriais, estímulo ao investimento estrangeiro entre muitas outras. Os benefícios fiscais podem ser vistos como casos especiais de *discriminação positiva de contribuintes*⁴.

Os benefícios fiscais somente devem ser atribuídos considerando a *coerência global do sistema fiscal* e por isso deve haver uma “articulação e harmonização das normas de tributação com as normas relativas aos benefícios fiscais, uma vez que estas (ao menos formalmente, para quem perflhe uma concepção dualista – normas de tributação/ normas extrafiscais) sempre integram o direito fiscal”⁵.

Os benefícios fiscais caracterizam-se pela sua *excepcionalidade* e pelo facto de excluírem de tributação factos geradores de tributação, para Nuno Sá Gomes, o “benefício fiscal é mais do que um facto impeditivo, pois traduz-se numa situação complexa que, além de impedir, total ou parcialmente, o nascimento da obrigação tributária com o seu conteúdo normal, é fonte, simultaneamente, do nascimento do direito ao benefício fiscal, dando origem a uma nova relação jurídica de benefício fiscal...”⁶.

O artigo 7.º do Código Geral Tributário Angolano estabelece que “*só em casos de superior interesse público poderá a lei conceder isen-*

³ Os benefícios fiscais são uma excepção a este dever fundamental de pagar impostos.

⁴ Paulo Marques, Elogio do Imposto, A Relação do Estado com os Contribuintes, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 43.

⁵ José Casalta Nabais, O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado Fiscal Contemporâneo, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 605.

⁶ Nuno Sá Gomes, Os Benefícios Fiscais na Reforma Fiscal de 1988/89 in: Associação Fiscal Portuguesa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, 15 Anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 304. Nuno Sá Gomes foi o autor de obra clássica sobre benefícios fiscais no Direito Português designada Teoria dos Benefícios Fiscais, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1991.

ções de impostos, reduções das respectivas taxas ou outros benefícios fiscais”.

Como exemplo, o Artigo 28.º, n.º 2 da Lei de Investimento Privado Angolana⁷ determina que “*os incentivos e os benefícios fiscais não constituem regra, nem são de concessão automática ou indiscriminada, nem ilimitados no tempo*”.

O Estatuto de Benefícios Fiscais de Portugal contém uma boa definição de benefícios fiscais quando refere que “*consideram-se benefícios fiscais as medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem*”⁸.

A Lei de Investimento Privado estabelece no artigo 26.º, n.º 1 que consideram-se “*benefícios fiscais às medidas fiscais que implicam uma redução ou isenção do montante a pagar dos impostos em vigor com o fim de promover o desenvolvimento de factores à escala macroeconómica para o País, bem como favorecer actividades de reconhecido interesse público, social e cultural*”.

Os benefícios fiscais fazem parte da política fiscal de *estímulos ou fomentos* que o Estado utiliza para atingir certos objectivos políticos, sociais e económicos⁹.

No entanto, considerando o seu carácter excepcional, os benefícios fiscais têm sido bastante criticados porque podem colocar em causa o princípio da igualdade fiscal e a sua universalidade¹⁰, sabendo que o princípio da igualdade fiscal deve ser visto à luz do princípio da capacidade contributiva¹¹.

Outro efeito nefasto da atribuição dos benefícios fiscais é a sua *selectividade* e o facto de beneficiarem *grupos de interesse* que muitas vezes capturam os processos políticos que estabelecem por via legisla-

⁷ A Lei n.º 20/11, de 20 de Maio.

⁸ Ver artigo 2.º, n.º 1, do Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal.

⁹ Os estímulos assumem diversas formas entre as quais as ajudas financeiras (subsídios directos financeiros), benefícios fiscais entre outros, António Carlos Santos, Maria Eduarda Gonçalves, Maria Manuel Leitão e Marques, Direito Económico, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 233.

¹⁰ José Casalta Nabais, Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 155 e ss.

¹¹ Não confundir com o conceito de neutralidade tributária.

tiva os benefícios fiscais¹², como escreveu Saldanha Sanches, “o aspecto mais nocivo do benefício fiscal é que a sua atribuição constitui o domínio da actuação privilegiada dos grupos de pressão que focam os seus esforços em construir uma justificação para um regime de excepção e em obter uma decisão legislativa que a consagre”¹³.

A atribuição de benefícios fiscais altera a relação jurídica fiscal, atribuindo ao *sujeito passivo* (*lato sensu*: os contribuintes) um direito de não pagar os impostos devidos ao *sujeito activo* (que é o Estado representado pela Administração Fiscal).

Para Casalta Nabais, os benefícios fiscais enquadram-se na noção mais ampla de *desagravamentos fiscais* que integra os *benefícios fiscais stricto sensu* e os *desagravamentos fiscais stricto sensu* (exclusões tributárias).

Os benefícios fiscais são configurados como “*despesas fiscais*”¹⁴, uma vez que têm o mesmo efeito para as receitas públicas do que teria a concessão de um subsídio. Saldanha Sanches e Taborda da Gama optam pelo conceito de *isenção fiscal* em substituição do conceito de benefício fiscal¹⁵.

2. A Criação, Modificação e Extinção dos Benefícios Fiscais

Os benefícios fiscais por serem medidas de carácter excepcional são criados, modificados e extinguem-se nos termos de Lei de concessão e é da competência relativa da Assembleia Nacional nos termos do artigo 165.º, n.º 1, alínea o), da CRA.

No caso de Angola, a gestão dos benefícios fiscais compete ao *Titular do Poder Executivo*¹⁶ através do Ministério das Finanças e no

¹² Este efeito de captura é estudado de forma exaustiva na *Public Choice Theory*.

¹³ J. L. Saldanha Sanches, *Justiça Fiscal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010, pp.48.

¹⁴ Saldanha Sanches e J. L. e Gama, João Taborda, *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 460.

¹⁵ Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp. 460 e ss..

¹⁶ No novo quadro constitucional Angolano o Titular do Poder Executivo é o Presidente da República.

caso da Lei de Investimento Privado, os benefícios fiscais são administrados pelo Ministério das Finanças (artigo 30.º da Lei de Investimento Privado).

O direito aos benefícios fiscais *constitui*-se com a verificação dos respectivos pressupostos quer sejam automáticos ou dependam de reconhecimento¹⁷.

Os benefícios fiscais extinguem-se pela caducidade, renúncia e revogação dos benefícios fiscais. Tratando-se de um regime excepcional, a *extinção* dos benefícios fiscais tem como consequência a reposição do regime normal de tributação (artigo 31.º, n.º 2 da Lei de Investimento Privado).

3. Tipos de Benefícios Fiscais

Os benefícios fiscais podem ser *estáticos* ou *dinâmicos*. Os *benefícios fiscais estáticos* aplicam-se às situações que já se verificaram (situações esgotadas) ou que ainda não se verificaram, por isso não visam incentivar ou estimular¹⁸. Exemplo de benefícios fiscais estáticos são as isenções previstas no artigo 7.º do Código sobre os Rendimentos de Trabalho, no artigo 13.º do Código do Imposto Industrial, artigo 12.º do Código do Imposto sobre Aplicação de Capitais e do artigo 7.º do Imposto sobre Sucessões e Doações e Sisa sobre Transmissões.

Os *benefícios fiscais dinâmicos* visam estimular determinadas atividades estabelecendo uma *relação entre as vantagens atribuídas e as actividades estimuladas em termos de causa-efeito*¹⁹. Os benefícios fiscais dinâmicos equivalem aos incentivos fiscais que se encontram previstos na Lei de Investimento Privado e no artigo 14.º do Código do Imposto Industrial.

Os benefícios fiscais podem ser *automáticos* ou *dependentes de reconhecimento*²⁰.

¹⁷ Casalta Nabais, Direito Fiscal..., cit., pp. 394-395.

¹⁸ José Casalta Nabais, Introdução ao Direito Fiscal das Empresas, Coimbra, Almedina, 2013, pp.140.

¹⁹ Casalta Nabais..., cit., pp.140.

²⁰ Artigo 5.º, n.º 1 do Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal.

Por exemplo, o artigo 26.º, n.º 2, da Lei de Investimento Privado estabelece que “*são benefícios ou incentivos fiscais e aduaneiros, nomeadamente as deduções à matéria colectável, as deduções à colecta, as amortizações e reintegrações aceleradas, o crédito fiscal, a isenção e redução de taxas de impostos, contribuições e direitos de importação, o diferimento no pagamento de impostos e outras medidas de carácter excepcional que beneficiem o investidor contribuinte*”.

Os benefícios fiscais nas suas diversas manifestações constituem uma *situação de vantagem* concedida ao contribuinte, uma vez que se tratam de uma derrogação das regras gerais de tributação²¹.

Outro exemplo de atribuição de benefícios fiscais no Direito Angolano, é a *Lei do Mecenato*²² que também estabelece vários benefícios fiscais que podem ser concedidos aos *Mecenas* permitindo deduzir à colecta até ao limite de 40% dos custos e perdas (artigo 12.º). Nesta lógica e de *jure condendo*, a Lei de Liberdade Religiosa deveria ter normas específicas sobre a concessão de benefícios fiscais a confissões religiosas reconhecidas pelo Estado Angolano²³.

O artigo 11.º, n.º 1, da Lei sobre a Tributação das Actividades Petrolíferas²⁴ também estabelece várias isenções fiscais nos casos de cessões de posições contratuais (“*cessões de interesses*” é a expressão utilizada pela Lei)²⁵ e no caso de acções ou títulos mobiliários do capital social dos contribuintes petrolíferos (artigo 11.º, n.º 2, da Lei em apreço).

²¹ Ministério das Finanças, Estruturar o Sistema Fiscal do Portugal Desenvolvido, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 219.

²² Lei n.º 8/12, de 12 de Janeiro.

²³ É de notar a ausência de benefícios fiscais para as confissões religiosas em Angola. Na nossa perspectiva, a Lei deveria consagrar expressamente alguns benefícios fiscais às confissões religiosas reconhecidas (segundo a Lei de Liberdade Religiosa, a Lei n.º 2/04, de 21 de Maio), considerando à importância social e do papel que as várias religiões reconhecidas exercem no País, particularmente na acção social e na educação, quando o Estado nem sempre se faz presente.

²⁴ Lei n.º 13/04 de 24 de Dezembro. Para uma análise da tributação petrolífera nos Contratos de Partilha de Produção (PSA ou “*Production Sharing Agreements*”), Carole Nakhle, Petroleum Taxation, Sharing the Oil Wealth: A Study of Petroleum Taxation Yesterday, Today and Tomorrow, London, Routledge, 2008, pp. 42-49.

²⁵ Aqui a Lei refere-se aos Acordos de cessão da posição contratual na Indústria Petrolífera conhecidos em Inglês como *Farm Out* e de *Farm In*.

Nos termos do artigo 11.º, n.º 3, o Poder Executivo pode ainda atribuir incentivos fiscais mediante autorização legislativa da Assembleia Nacional a projectos no sector do Petróleo e Gás Natural se as “*condições económicas da sua exploração o justificarem*”²⁶.

O Poder Executivo mediante um pedido “*devidamente fundamentado*” da Sonangol enquanto Concessionária Nacional²⁷ pode conceder benefícios fiscais a actos complementares e acessórios das actividades no sector do Petróleo e Gás Natural²⁸.

A Lei sobre a Tributação das Actividades Petrolíferas também prevê *Prémios de Investimento* para certas concessões petrolíferas, que são verdadeiros benefícios fiscais propostos em conjunto com o Ministério das Finanças e o Ministério dos Petróleos (artigo 43.º).

Considerando a natureza dos contratos petrolíferos angolanos, sendo Contratos de Partilha de Produção, é importante referir as regras referentes aos custos ou perdas dedutíveis que diminuem o *quantum* da matéria colectável²⁹.

A Lei também prevê um regime especial de benefícios aduaneiros nos termos do artigo 67.º do Código Aduaneiro estabelecido pelo Decreto-Lei n.º 5/06 de 4 de Outubro³⁰.

4. A Isenção Fiscal Em Sentido Restrito e a Não Tributação

A isenção fiscal em sentido restrito constitui um benefício fiscal e não pode ser confundida com as *situações de não sujeição tributária*

²⁶ Deve entender-se que este poder é discricionário e não arbitrário e deve obedecer a razões objectivas de interesse público de forma a atingir objectivos económicos no sector petrolífero.

²⁷ Nos termos do artigo 4.º da Lei das Actividades Petrolíferas (Lei n.º 10/04 de 12 de Novembro).

²⁸ Ver artigo 11.º, n.º 3, da Lei de Tributação das Actividades Petrolíferas.

²⁹ Ver artigo 21.º, 22.º e 23.º da Lei sobre a Tributação das Actividades Petrolíferas.

³⁰ Um exemplo dos benefícios aduaneiros no Direito Angolano é a Lei n.º 11/04 de 12 de Novembro que regula o regime aduaneiro aplicável ao sector petrolífero estabelecendo um conjunto de isenções para equipamentos, máquinas, utensílios e produtos utilizados no sector petrolífero.

que são “*medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabelecem delimitações negativas expressas da incidência*”³¹.

Para Saldanha Sanches e João Taborda da Gama, “a isenção terá, pois, a natureza de uma excepção a uma determinada regra, previamente formulada através de expressa previsão legal. A não tributação, por seu turno, teria a natureza de um espaço perante o qual se deteria a previsão operada pela norma, um espaço juridicamente vazio”³².

Um benefício fiscal é “*acto tributário negativo*” e reflecte na sua face negativa, a natureza dos impostos como prestações pecuniárias compulsivas, como escreve Casalta Nabais, “os benefícios fiscais e o imposto constituem as duas faces da mesma moeda”³³.

5. A Isenção Fiscal Subjectiva e a Isenção Fiscal Objectiva

As *isenções fiscais subjectivas* são isenções concedidas a pessoas colectivas ou pessoas físicas e têm uma natureza pessoal. As *isenções fiscais objectivas*, são isenções concedidas a situações jurídicas com o seu carácter real ou material³⁴.

As isenções fiscais podem ser *mistas* se estiverem perante um elemento de natureza pessoal e um elemento de natureza real³⁵.

6. A Isenção Fiscal Como Despesa Fiscal

A isenção fiscal é uma despesa fiscal (artigo 26.º, n.º 3, da Lei de Investimento Privado) uma vez que num benefício fiscal estamos perante uma situação de redução de receita fiscal³⁶. Por essa razão,

³¹ Artigo 4.º, n.º 2, do Estatuto dos Benefícios Fiscais de Portugal.

³² Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp. 463.

³³ Casalta Nabais, *Contratos Fiscais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 167.

³⁴ Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., p. 467

³⁵ Manuel Henrique de Freitas Pereira, *Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 397.

³⁶ Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., pp. 460.

as despesas fiscais, assim como as despesas orçamentais devem estar sujeitas aos mesmos controlos do que as despesas directas³⁷.

7. Os Benefícios Fiscais e as Políticas Públicas

Os benefícios fiscais visam à satisfação de finalidades extrafiscais definidas pelo poder político por meio das Políticas Públicas.

A *Lei do Fomento do Empresariado Privado Angolano*³⁸ é um dos exemplos do resultado de políticas públicas que visam atingir finalidades extrafiscais como a discriminação positiva dos empresários nacionais.

A atribuição desses incentivos fiscais exclusivamente a Empresas angolanas visa atingir objectivos extrafiscais como promoção do Empresariado nacional e a participação do mesmo na vida económica nacional e atenuar as desigualdades de concorrência entre investidores nacionais e estrangeiros (artigo 7.º da Lei de Fomento).

A Lei do Fomento estabelece um conjunto de medidas de fomento ao Empresariado nacional Angolano (artigo 22.º) entre as quais incentivos fiscais e refere que no artigo 23.º, n.º 1 que “*nos projectos de constituição ou de expansão de empresas privadas nacionais beneficiam, consoante a necessidade de viabilização financeira ou o mérito de cada um, nos termos a regulamentar, dos seguintes incentivos fiscais:*

- a) *isenção ou redução do imposto industrial ou de outros impostos que incidam sobre os rendimentos das actividades ou sobre direitos de concessão;*
- b) *isenção ou redução dos impostos aduaneiros que incidam sobre a importação de materiais ou bens de equipamento;*
- c) *isenção ou redução de impostos ou taxas sobre a concessão ou o gozo de direitos mineiros gerais e especiais e direitos fundiários;*

³⁷ Manuel Henrique de Freitas Pereira., op. cit..., pp. 384.

³⁸ Lei n.º 14/03, de 18 de Julho.

- d) os demais benefícios fiscais já previstos em leis e diplomas legais aplicáveis aos sectores mineiro, petrolífero, industrial, de serviços e de outras actividades económicas.*

A excessiva dependência do Estado das receitas petrolíferas é um dos factores que levou à recente reforma em curso do sistema fiscal Angolano com o estabelecimento do *Projecto Executivo da Reforma Tributária (PERT)*³⁹ de forma a diversificar as receitas fiscais e racionalizar o sistema de impostos que se encontra desajustado de um sistema fiscal moderno e espera-se a aprovação de normas gerais relacionadas com os benefícios fiscais em geral⁴⁰.

Por exemplo, a Lei de Investimento Privado aponta para alguns dos fins económico-sociais que o Estado visa atingir com a concessão de benefícios fiscais para o investimento estrangeiro, o artigo 27.º da Lei estabelece que “*a concessão dos incentivos e facilidades previstos na presente lei é feita tendo em conta os seguintes objectivos económicos e sociais:*

- a) incentivar o crescimento da economia;*
- b) promover o bem-estar económico, social e cultural das populações, em especial da juventude, dos idosos, das mulheres e das crianças;*
- c) promover as regiões mais desfavorecidas, sobretudo no interior do País;*
- d) aumentar a capacidade produtiva nacional, com base na incorporação de matérias-primas locais e elevar o valor acrescentado dos bens produzidos no País;*
- e) proporcionar parcerias entre entidades nacionais e estrangeiras;*

³⁹ O PERT foi criado sob dependência directa do Titular do Poder Executivo nos termos do Decreto Presidencial n.º 55/10, de 28 de Julho. As Linhas orientadoras da Reforma Tributária estão previstas no Decreto Presidencial n.º 50/11 de 15 de Marco. O site do PERT está disponível em: <http://www.pert.minfin.gv.ao/>

⁴⁰ Incluindo a aprovação de um *Código Geral Tributário*, *Código de Processo Tributário* e um *Código de Execuções Fiscais*, alteração do *Código de Imposto Industrial* e do *Código do Imposto sobre os Rendimentos do Trabalho*. Os novos instrumentos da política fiscal do Estado Angolano já foram aprovados pela Assembleia Nacional em Junho de 2014.

- f) *Induzir a criação de novos postos de trabalho para trabalhadores nacionais e elevar a qualificação de mão-de-obra angolana;*
- g) *obter a transferência de tecnologia e aumentar a eficiência produtiva;*
- h) *aumentar as exportações e reduzir as importações;*
- i) *aumentar as disponibilidades cambiais e o equilíbrio da balança de pagamentos;*
- j) *propiciar o abastecimento eficaz do mercado interno;*
- k) *promover o desenvolvimento tecnológico, a eficiência empresarial e a qualidade dos produtos;*
- l) *reabilitar, expandir ou modernizar as infra-estruturas destinadas à actividade económica.*

Os benefícios fiscais não são privilégios fiscais, para Sousa Franco, o benefício fiscal “*tem, portanto, um fundamento filosoficamente distinto do privilégio fiscal, já que se procura no primeiro corresponder a uma exigência de justiça ou de interesse geral*”⁴¹. Os benefícios fiscais são utilizados pelo Estado para prosseguir fins económicos e políticos no quadro da *política fiscal* que é parte integrante da *política financeira*⁴².

Os benefícios fiscais distorcem o sistema fiscal podendo criar decisões de investimento e de consumo apenas motivadas pelos benefícios fiscais. Outro efeito de distorção é na concorrência entre agentes económicos, conferindo uma vantagem comparativa às firmas/contribuintes a quem foram concedidos os benefícios fiscais⁴³.

⁴¹ António L. de Sousa Franco, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, Coimbra: Almedina, Vol. II, 4ª Edição – 13ª Reimpressão, 2010, pp. 183.

⁴² António L. De Sousa Franco..., cit., pp. 200. Por essa razão a política fiscal do Estado Angolano deve enquadrar-se no âmbito da actual Constituição Económica do País, Teixeira, Carlos, *A Nova Constituição Económica de Angola e as Oportunidades de Negócios e Investimento*, Comunicação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, disponível em: <http://fduan.ao/pdfs/Nova-Constituicao-Economica-de-Angola-carlosteixeira.pdf> (Último acesso 16/02/2014).

⁴³ Alex Easson, *Tax Incentives for Foreign Direct Investment*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, pp. 64. Esta vantagem concedida à investidores que recebem incentivos fiscais pode ser discriminatória e violar regras de Direito Internacional em especial o *Princípio da Nação Mais Favorecida* previsto nas regras GATT da Organização Mundial do Comércio, Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 103.

Os benefícios fiscais para o investimento no continente Africano podem ter um efeito particularmente perverso, uma vez que tendem a privilegiar os grandes investidores, deixando apenas os pequenos investidores sujeitos ao regime geral de tributação⁴⁴.

Do ponto de vista empírico, a atribuição de incentivos fiscais para o investimento tem um efeito bastante reduzido nas decisões de investimento⁴⁵ que frequentemente incluem uma análise sobre o ambiente de negócios em geral, incluindo a presença de infra-estruturas modernas e eficientes, a disponibilidade de factores produtivos como terra, capital ou matéria-prima, qualificação da mão de obra, eficiência no sistema judicial, entre outros⁴⁶.

A atribuição de benefícios fiscais pelo Estado, considerando a sua excepcionalidade deve pautar-se por um conjunto de critérios claros como “a definição clara dos objectivos económicos e sociais a atingir pelo Estado, a escolha dos benefícios fiscais a conceder, o respeito pelos princípios da transparência, generalidade, equidade, proporcionalidade e não discriminação fiscal e uma clara limitação temporal para os benefícios fiscais”⁴⁷.

Pelas razões acima expostas, somos de opinião que há uma necessidade urgente de harmonizar o regime geral dos benefícios fiscais através de um Código ou de um Estatuto que seja de aplicação geral.

8. Os Benefícios Fiscais no Direito Angolano em Especial

8.1. Os Benefícios Fiscais na Lei do Investimento Privado

Não é nossa intenção fazer uma análise exaustiva da Lei de Investimento Privado mas simplesmente mencionar algumas das normas

⁴⁴ Sérgio Vasques, *Convergindo para o Zero, A Competição Fiscal na África Sub-Sahariana* in: *As Reformas Fiscais Africanas*, Vasques, Sérgio, Coordenador, Lisboa, Fim de Século, 1998, pp. 203.

⁴⁵ Alex Easson..., cit., pp. 66-68.

⁴⁶ Ver Odd-Helge Fjeldstadt, Soren Kirk Jensen Aslak, Orre, *Reflections On The Tax Reform Process In Angola, And Why Tax Incentives Should Be Avoided*, Conference Paper n.º 5, Conference Paper IESE, 2012, disponível em: http://www.iese.ac.mz/lib/publication/III_Conf2012/IESE_IIIConf_Paper5.pdf (Último acesso 15/02/2014).

⁴⁷ Ministério das Finanças..., cit., pp. 222-223.

referentes à concessão de incentivos na Lei de Investimento Privado, considerando a sua importância para os objectivos definidos pelo Estado Angolano na necessidade de atracção de investimento privado e investimento estrangeiro⁴⁸.

Os incentivos fiscais ao investimento estrangeiro estão codificados na Lei n.º 20/11 de 20 de Maio e obedecem ao regime contratual único, o que significa que a atribuição de benefícios fiscais deve ser feita mediante um contrato de investimento celebrado entre o investidor privado e o Estado Angolano representado pela *Agência Nacional para o Investimento Privado* (ANIP)⁴⁹ que é o órgão a quem compete executar a política nacional em termos de investimento privado (artigo 7.º).

A Lei de Investimento Privado “*aplica-se a investimentos externos e internos, cujo montante global corresponda ao valor igual ou superior a USD 1 000 000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) ou o seu equivalente em moeda nacional no caso de ser investimento interno*” (artigo 3.º, n.º 1). No entanto, a Lei de Investimento Privado não se aplica a regimes especiais de investimento como a exploração petrolífera e diamantífera, instituições financeiras e outros sectores determinados por Lei (artigo 4.º, n.º 1).

A concessão de benefícios fiscais nos termos da Lei de Investimento Privado é reconhecida nos termos do Contrato de Investimento Privado⁵⁰. O Contrato de Investimento Privado tem natureza administrativa (artigo 53.º, n.º 1) pode ser considerado como um *Contrato Admi-*

⁴⁸ A Lei de Investimento Privado não é apenas uma Lei aplicável ao investimento estrangeiro, uma vez que se aplica a investimentos internos e externos e pode ser utilizada por pessoas físicas ou colectivas de nacionalidade Angolana ou Estrangeira (“*a presente Lei aplica-se a investimentos externos e internos*”, artigo 3.º).

⁴⁹ As competências da ANIP estão definidas no seu Estatuto nos termos do Decreto Presidencial n.º 113/11, de 2 de Junho.

⁵⁰ O novo regime de investimento privado Angolano obedece ao modelo contratual único (Artigo 51.º), o que significa que todos os investidores privados que queiram beneficiar do direito de repatriamento de capitais e/ou dos benefícios fiscais estabelecidos pela Lei têm de celebrar um Contrato de Investimento Privado com o Estado Angolano representado pela ANIP. Posteriormente, os investidores recebem o Certificado de Registo de Investimento Privado (CRIP) que é um título que garante a eficácia dos direitos garantidos pela Lei, nomeadamente o direito ao repatriamento de capitais e o direito aos benefícios fiscais, se a Lei assim o permitir (artigo 65.º da Lei).

*nistrativo de Atribuição*⁵¹. Os benefícios fiscais fazem parte integrante do contrato de investimento privado (artigo 53.º, n.º 2, alínea f)).

O investidor privado qualificado pelo artigo 3.º, n.º 4, assume os seus direitos depois de emitido o Certificado de Registo de Investimento Privado (CRIP)⁵² e como título do investidor serve de base para aceder aos direitos concedidos pela Lei de Investimento Privado incluindo os benefícios fiscais (artigo 65.º)⁵³.

Importa também referir que está vedado o acesso a benefícios fiscais de todas as sociedades comerciais que se dediquem a outras actividades empresariais do investidor não cobertas pelo investimento privado nos termos do CRIP e o Contrato de Investimento (artigo 77.º, n.º 2).

Os incentivos fiscais são atribuídos para aos *sectores prioritários* mencionados no artigo 21.º contém um *lista exhaustiva*⁵⁴, a Lei estabelece que é “*permitido o acesso a incentivos e facilidade às operações de investimento que preencham os seguintes requisitos de interesse económico*”:

- a) *realizar o investimento nos seguintes sectores de actividade:*
 - i. *agricultura e pecuária;*
 - ii. *indústria transformadora, designadamente produção e embalagens, produção de máquinas, equipamentos, ferramentas e acessórios, reciclagem de materiais ferrosos e não ferrosos, produção têxtil, vestuário e calçado, transformação de madeira e seus derivados, produção de*

⁵¹ Tânia Meireles da Cunha, O Investimento Directo Estrangeiro e a Fiscalidade, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 73. Para Casalta Nabais, estes contratos são *contratos administrativos especiais*, José Casalta Nabais, Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais in: Associação Fiscal Portuguesa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, 15 Anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha, Coimbra, Almedina, 2005, pp.390.

⁵² Ver artigo 64.º da Lei de Investimento Privado.

⁵³ Esses direitos incluem o *direito de repatriamento de capitais (lucros e dividendos)* nos termos do artigo 18.º da Lei de Investimento Privado.

⁵⁴ Maria Luísa Perdigão Abrantes, A Privatização do Sector Empresarial do Estado em Angola, Luanda, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, 2011, pp.194-195.

- bens alimentares, materiais de construção, tecnologias de informação;*
- iii. infra-estruturas ferroviárias, rodoviárias, portuárias e aeroportuárias;*
 - iv. telecomunicações e tecnologias de informação;*
 - v. indústria de pesca e derivados, incluindo a construção de embarcações e redes;*
 - vi. energia e águas;*
 - vii. habitação social;*
 - viii. saúde e educação;*
 - ix. hotelaria e turismo.*
- b) realizar investimentos nos pólos de desenvolvimento e nas demais Zonas Económicas Especiais de Investimento⁵⁵, aprovadas de acordo com os critérios e prioridades definidos pelo Executivo;*
- c) realizar investimentos nas zonas francas a criar pelo Executivo, de acordo com lei própria sobre a matéria.*

Como vimos anteriormente, o artigo 26.º, n.º 1, regula os incentivos fiscais atribuídos pela Lei de Investimento Privado e o artigo 27.º estabelece os objectivos sociais e económicos que o Estado visa atingir com a concessão de benefícios fiscais.

A Administração dos incentivos fiscais compete ao Titular do Poder Executivo através do Ministério das Finanças (artigo 30.º, n.º 1) e a concessão dos mesmos compete ao Ministro das Finanças (artigo 30.º, n.º 2). A ANIP e outros departamentos Ministeriais podem propor

⁵⁵ O regime jurídico das *Zonas Económicas Especiais* é especial e permite o acesso aos incentivos fiscais nos termos do Artigo 21.º, alínea b) da Lei de Investimento Privado. No caso da Zona Económica Especial Luanda-Bengo destina-se “à *implementação de unidades industriais*” e foi criada pelo Decreto Presidencial n.º 50/09, de 11 de Setembro, estando dividida por três pólos (comércio e serviços, indústria transformadora e agro-pecuária). O seu regime jurídico foi definido pelo Decreto Presidencial n.º 49/11, de 9 de Março e consagra no Artigo 35.º a possibilidade das Empresas de Exploração estabelecidas na Zona Económica Exclusiva gozarem de incentivos fiscais e aduaneiros. No caso de Empresas Estrangeiras, aplica-se o regime da Lei de Investimento Privado (Artigo 22.º).

incentivos fiscais (artigo 30.º, n.º 3), sendo que os incentivos fiscais só podem vigorar a partir da data de implementação do projecto de investimento de investimento privado, podendo ser suspensos pelo Ministro das Finanças se não forem respeitados os prazos definidos no contrato de investimento incluindo o cronograma de financiamento e de implementação do projecto de investimento (artigo 30.º, n.º 4)⁵⁶.

Os incentivos fiscais podem ser transmitidos nos termos da cessão da posição contratual no Contrato de Investimento Privado, mediante autorização do Ministério das Finanças (artigo 32.º).

Nos termos do artigo 57.º, n.º 3, a atribuição de incentivos fiscais é proposta na *Comissão de Negociação, Facilidades e Investimento (CNFI)* que é estabelecida para cada projecto de investimento e cabe a essa Comissão deliberar acerca dos incentivos a atribuir aos investidores e integra representantes da Direcção Nacional de Impostos, Serviço Nacional das Alfândegas⁵⁷, assim como um representante do órgão de tutela da área que diz respeito ao investimento (artigo 58.º).

Para efeitos da atribuição de incentivos fiscais, o legislador optou por dividir o País em três (3) zonas de Desenvolvimento nos termos do artigo 35.º que determina que *“para efeitos da atribuição de incentivos fiscais às operações de investimento, o País é organizado nas seguintes zonas de desenvolvimento:*

- a) *Zona A – Província de Luanda, os municípios-sede das Províncias de Benguela, Cabinda, Huíla e o Município do Lobito;*
- b) *Zona B – Restantes municípios das Províncias de Benguela, Cabinda e Huíla e Províncias do Bengo, Cuanza-Norte, Cuanza-Sul, Malange, Namibe e Uíge;*
- c) *Zona C – Províncias do Bié, Cunene, Huambo, Cuando-Cubango, Luanda-Norte, Luanda-Sul, Moxico e Zaire*

A divisão do País em Zonas de Desenvolvimento obedece à lógica de desenvolvimento das regiões (Províncias) menos desenvolvidas do

⁵⁶ Não podemos olvidar que a ANIP é a entidade reguladora dos projectos de investimento privado no País e têm competências para fiscalizar os projectos de investimento, incluindo a forma como eles são utilizados pelos seus beneficiários (Artigo 48.º).

⁵⁷ Que em breve farão parte da futura Autoridade Tributária.

País, o que significa que os benefícios fiscais são atribuídos em função da localização dos investimentos e projectos localizados em Zonas de Desenvolvimento menos desfavorecidas obtêm benefícios maiores. Para efeitos da Lei de Investimento Privado, as Províncias menos desenvolvidas estão na Zona de Desenvolvimento, C, B e A respectivamente.

Os benefícios fiscais concedidos ao abrigo da Lei de Investimento Privado são isenções ou reduções do *Imposto Industrial*, *Imposto de aplicação de Capitais* e do *Imposto de Sisa*.

O artigo 39.º determina que o “*período de atribuição dos incentivos fiscais na fixação do período de duração dos incentivos, é analisado o previsível impacto social e económico do investimento, tendo em consideração, nomeadamente, os seguintes factores:*

- a) *balanço cambial líquido;*
- b) *número de objectivos, de entre os estabelecidos pela presente lei, que o investidor venha a alcançar;*
- c) *número de postos de trabalho a criar e tipo de formação a ministrar, para os trabalhadores angolanos;*
- d) *valor do investimento;*
- e) *volume dos bens ou serviços a produzir;*
- f) *tipo de tecnologia a utilizar;*
- g) *compromisso firme de reinvestimento dos lucros;*
- h) *criação de fileiras produtivas.*

A atribuição dos incentivos fiscais é feita casuisticamente pela análise de cada projecto de investimento individualmente considerado (artigo 46.º).

Imposto Industrial

O artigo 38.º, n.º 1, determina que os “*lucros resultantes de investimento privado podem estar sujeitos à isenção ou redução do percentual do imposto industrial, quando realizados:*

- a) *na Zona A, por um período que vai de um a cinco anos;*
- b) *na Zona B, por um período que vai de um a oito anos;*
- c) *na Zona C, por um período de um a 10 anos.*

Na Zona de Desenvolvimento C, é possível conceder uma isenção ou redução do imposto industrial aos subempreiteiros contratados para a execução do projecto de investimento sobre o valor das subempreitadas (artigo 38.º, n.º 2, da Lei de Investimento Privado).

O período de isenção começa a contar a partir da data do início da laboração de pelo menos 90% da mão de obra prevista no contrato de investimento (artigo 38.º, n.º 3, da Lei de Investimento Privado). No caso de não se conceder uma isenção total do imposto industrial, a redução do imposto não pode ser superior a 50% (artigo 38.º, n.º 4).

Imposto sobre Aplicação de Capitais

Os benefícios fiscais concedidos no imposto de aplicação de capitais estão regulados no artigo 40.º da Lei de Investimento Privado:

ARTIGO 40.º (*Imposto sobre aplicação de capitais*)

1. *As sociedades que promovam operações de investimento abrangidas pela presente lei ficam sujeitas à isenção ou redução do percentual do imposto sobre aplicação de capitais, pelo período de tempo fixado no n.º 2 seguinte, relativamente aos lucros distribuídos aos sócios.*
2. *A isenção prevista no número anterior é concedida:*
 - a) *por um período de até três anos, tratando-se de investimentos realizados na Zona A;*
 - b) *por um período de até seis anos, no caso de investimentos realizados na Zona B;*
 - c) *por um período de até nove anos, para investimentos realizados na Zona C.*

Imposto de Sisa

O artigo 41.º regula a atribuição de benefícios fiscais referentes ao Imposto de Sisa e estabelece que as “*As sociedades que promovam*

operações de investimento abrangidas pela presente lei ficam sujeitas à isenção ou redução do percentual do pagamento do imposto de sisa pela aquisição de terrenos e imóveis adstritos ao projecto, devendo, para o efeito, requerer a referida isenção ou benefício à repartição fiscal competente”.

Os limites máximos da atribuição de incentivos fiscais devem respeitar os limites máximos impostos pelo artigo 42.º, n.º 1, que impõe que a atribuição de limites máximos para a Zona de Desenvolvimento A deve ser apenas para projectos de investimento que sejam superiores a USD 50.000.000,00 (*Cinquenta Milhões de Dólares*) ou que criem no mínimo 500 postos de trabalho.

Nas Zonas de Desenvolvimento B e C, os limites máximos apenas podem ser atribuídos para projectos de investimento como o valor superior a USD 20.000.000,00 (*Vinte Milhões de Dólares*) ou que criem no mínimo 500 postos de trabalho para cidadãos nacionais (artigo 42.º, n.º 2).

Esgotado o período de incentivos fiscais, há lugar à reposição do sistema normal de tributação, independentemente de um novo aumento de investimento (artigo 44.º, n.º 1). Uma eventual atribuição de benefícios fiscais para projectos já aprovados, somente pode ter lugar nos termos do artigo 44.º, n.º 2.

ARTIGO 44.º (Obrigação de voltar a pagar impostos)

- 1. Sem prejuízo da eventual ponderação casuística do órgão competente, esgotado o período de isenção ou de incentivo geral, devem pagar-se os impostos devidos no âmbito do projecto de investimento, ainda que a entidade investidora submeta um pedido de aumento do investimento.*
- 2. Para efeitos do número anterior, pode o órgão competente para aprovação, mediante prévio parecer do departamento ministerial responsável pelo sector das finanças, estabelecer uma redução percentual da taxa do imposto para os projectos que visem apenas melhorar a qualidade de outros, com aportes de novos capitais ou adição de outros equipamentos.*

A excepcionalidade dos benefícios fiscais é expressa pela norma do artigo 45.º, não dispensando o investidor das demais obrigações fiscais acessórias como a inscrição no registo de contribuintes e demais deveres de informação.

A ANIP e o Ministério das Finanças têm a competência de fiscalizar e acompanhar as pessoas singulares e colectivas a quem tenham sido concedidos benefícios fiscais e aduaneiros (artigo 48.º).

Atribuição de Incentivos Contratualizada

Nos termos do artigo 29.º da Lei de Investimento Privado, é possível haver uma concessão contractualizada de incentivos, independentemente dos limites estabelecidos pela Lei⁵⁸.

ARTIGO 29.º (*Concessão contractualizada de incentivos*)

1. *Pode haver uma concessão extraordinária de incentivos e benefícios fiscais que resulte de uma negociação, no âmbito do regime contratual único de investimento privado, designadamente nos casos do n.º 3 do artigo 60.º ou nos casos em que se acumular o previsto na alínea a) com uma das condições das alíneas seguintes:*
 - a) *ser o investimento declarado como altamente relevante para o desenvolvimento estratégico da economia nacional, consi-*

⁵⁸ A nosso ver, nos casos de concessão contractualizada de incentivos fiscais, o Titular do Poder Executivo pode conceder benefícios fiscais que vão para além dos limites temporais estabelecidos pela Lei nos vários impostos de acordo com as várias Zonas de Desenvolvimento. Por exemplo, nos termos do Artigo 29.º, um projecto de investimento numa fábrica de automóveis na Zona A que ultrapasse os USD 50.000,00 (*Cinquenta Milhões de Dólares*) e seja considerado *altamente relevante para o desenvolvimento estratégico*, o Titular Poder Executivo pode atribuir uma isenção do pagamento de imposto industrial por um período de 20 anos e não apenas de 5 anos com seria o caso da concessão *ope legis* de isenção de imposto industrial na zona A. Infelizmente, em alguns casos, o Ministério das Finanças têm interpretado de forma diferente e decidido que os limites são absolutos, contudo esta interpretação não procede da interpretação correcta da Lei.

derando a importância do sector de actividade em causa, o local e o valor do investimento e a redução das assimetrias regionais;

- b) ser o investimento capaz de induzir a criação ou manutenção de, pelo menos, 500 (quinhentos) postos de trabalho directos para cidadãos nacionais;*
- c) ser o investimento capaz de contribuir em larga escala, de modo quantificado e certificado, para o impulsionamento da inovação tecnológica e investigação científica no País;*
- d) serem as exportações anuais directamente resultantes de investimentos superiores a USD 50 000 000,00 (Cinquenta Milhões de Dólares dos Estados Unidos da América).*

2. *À declaração prevista na alínea a) do número anterior e à opção pelo regime de concessão contratualizada de incentivos competem ao Titular do Poder Executivo.*

O artigo 60.º, n.º 3, estabelece que “*em prejuízo da normal instrução do processo pela ANIP, nos casos de projectos de investimento privado avaliados acima de USD 50 000 000,00, o Titular do Poder Executivo pode constituir e definir a composição de uma Comissão de Negociação de Facilidades e Incentivos ad hoc para negociar com o investidor e preparar a decisão final.*”

É importante referir que a Lei de Investimento Privado também prevê o recurso à Arbitragem para resolução de litígios entre investidores privados e o Estado Angolano representado pela ANIP (artigo 53.º, n.º 2, alínea i)).

O artigo 54.º, n.º 4, da Lei estabelece que “*nos contratos de investimento privado é lícito convencionar-se que os diferentes litígios sobre a sua interpretação e a sua execução possam ser resolvidos por via arbitral*”, sendo que “*nos casos referidos no número anterior, a arbitragem deve ser realizada em Angola e a lei aplicável ao contrato e ao processo deve ser a lei angolana*”. Na eventualidade de um litígio entre o Estado Angolano e um investidor privado e no caso de haver uma “*cláusula compromissória*” no referido contrato de investimento a natureza e extensão dos benefícios fiscais será objecto de análise em

decisão arbitral⁵⁹, além das garantias que a Lei de Investimento Privado concede aos investidores estrangeiros entre as quais o “*padrão mínimo de tratamento*”⁶⁰ que está consagrado na Lei de Investimento Privado nos artigos 15.º, 16.º e 17.º e nos vários Tratados Bilaterais de Investimento celebrados pelo Estado Angolano⁶¹.

Importa também referir as normas transitórias da Lei, sendo que os benefícios fiscais concedidos ao abrigo da legislação anterior⁶² encontram-se salvaguardados nos termos do artigo 95.º.

8.2. Os Benefícios Fiscais na Lei das Micro, Pequenas e Médias Empresas

A *Lei das Micro, Pequenas e Médias Empresas*⁶³ visou criar condições para o fomento das Empresas Angolanas que sejam classificadas como Micro, Pequenas e Médias Empresas (MPME) através de medidas variadas de discriminação positiva. Essas medidas incluem uma quota de 25% dos contratos do Estado a serem celebrados apenas com as MPME certificadas no âmbito da Lei (artigo 15.º), isenção do paga-

⁵⁹ Para uma análise da arbitragem no contexto da Lei de Investimento Privado, Lino Diamvutu, A Protecção do Investimento Estrangeiro em Angola através da Arbitragem, Conferência no 1.º Encontro Internacional de Arbitragem de Coimbra na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=sZI5a6yNAoI%3D&tabid=331> (Último acesso 16/02/2014).

⁶⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 13.

⁶¹ Para uma lista não exaustiva de Tratados Bilaterais de Investimento concluídos entre o Estado Angolano, http://unctad.org/Sections/dite_pcbb/docs/bits_angola.pdf (Último acesso 16/02/2014).

⁶² Principalmente aqueles benefícios fiscais que foram concedidos nos termos da *Lei n.º 11/03, de 13 de Maio (Lei de Bases do investimento Privado)* e da *Lei n.º 17/03, de 25 de Julho (Lei dos Incentivos Fiscais)* entretanto já revogadas pela *Lei n.º 20/11, de 20 de Maio*. Há quem entenda que parte dos benefícios fiscais destas Leis ainda estão em vigor na parte em que a Lei de Investimento Privado não regular expressamente (Ver artigo 96.º da *Lei n.º 20/11 de 20 de Maio*), como é o caso dos incentivos aduaneiros. A nosso ver este entendimento é difícil de sustentar considerando a natureza excepcional e temporária dos benefícios fiscais.

⁶³ *Lei n.º 30/11, de 13 de Setembro*.

mento de emolumentos na criação das MPME (artigo 19.º), acesso a créditos (artigo 18.º)⁶⁴ entre outras medidas.

A Lei também estabelece importantes benefícios fiscais às Sociedades Comerciais⁶⁵ que sejam classificadas como Micro, Pequenas e Médias Empresas nos termos do artigo 5.º, n.º 2 da Lei que inclui dois critérios, o *Número de Trabalhadores Efectivos* e o *Volume de Facturação Total Anual*, sendo:

- a) *Micro Empresas abreviadamente MC, aquelas que empreguem até 10 trabalhadores e/ou tenham uma facturação bruta anual não superior em Kz ao equivalente a USD 250 mil;*
- b) *Pequenas Empresas, abreviadamente PQ, aquelas que empreguem mais de 10 e até 100 trabalhadores e/ou tenham uma facturação bruta anual em Kz superior ao equivalente a USD 250 mil e igual ou inferior a USD 3 milhões;*
- c) *Médias Empresas abreviadamente MD, aquelas que empreguem mais de 100 e até 200 trabalhadores e/ou tenham uma facturação bruta anual em Kz superior ao equivalente a USD 3 milhões e igual ou inferior a USD 10 milhões;*

A Lei impõe um dever de comunicação das MPME ao INAPEM⁶⁶ que é o órgão de apoio no acompanhamento e certificação das Micro, Pequenas e Médias Empresas (Artigo 8.º e 9.º) quando ultrapassem os limites estabelecidos pelos dois critérios que estão na base da qualificação adoptada (Artigo 5.º, n.º 4, Artigo 31.º).

A Lei das Micro, Pequenas e Médias Empresas dividiu o País em 4 Zonas de Desenvolvimento (A, B, C, D) para efeitos de atribuição

⁶⁴ Uma das medidas mais populares para apoio às MPME é o *Programa Angola Investe* que visa assegurar financiamentos para às MPME através de garantias do Estado aos contratos de Mútuo de forma a garantir taxas de juro bonificadas. A eficácia e eficiência deste programa tem vindo a ser colocada em causa ultimamente, considerando os problemas de “risco moral”, uma vez que o financiamento é garantido em 70% pelo Estado.

⁶⁵ *Sociedades em nome Colectivo ou Sociedades por Quota*, (artigo 4.º, n.º 2).

⁶⁶ Instituto Nacional de Apoio às Pequenas e Médias Empresas, ver: <http://www.portal.inapem.gov.ao/inapem.aspx> (Último acesso 23/07/2014).

dos incentivos fiscais que se concretiza quase exclusivamente numa redução da taxa do Imposto Industrial que varia entre 10% a 50%.

ARTIGO 20.º (*Incentivos fiscais*)

1. *Com a presente lei, as MPME abrangidas, beneficiam, nos primeiros cinco anos para as da Zona A, três anos para as da Zona B e dois anos para as das Zonas C e D, de redução das taxas previstas no Código do Imposto Industrial.*
2. *Os incentivos fiscais a aplicar obedecem a uma divisão do País em quatro zonas, nomeadamente:*
 - a) *Zona A, compreendendo as Províncias de Cabinda, Zaire, Uíge, Bengo, Cuanza-Norte, Malanje, Cuando Cubango, Cunene e Namibe;*
 - b) *Zona B, compreendendo as Províncias de Cuanza-Sul, Huambo e Bié;*
 - c) *Zona C, compreendendo a Província de Benguela, exceptuando os Municípios do Lobito e de Benguela e a Província da Huila exceptuando o Município do Lubango;*
 - d) *Zona D, compreendendo a Província de Luanda, e os Municípios de Benguela, do Lobito e do Lubango.*
3. *De acordo com os números 1 e 2 deste artigo, as MPME abrangidas e desde que possuam contabilidade ou registo, nos termos dos números 4, 5, 6 e 7 seguintes, beneficiam de redução das taxas previstas no Código do Imposto Industrial, de modo seguinte:*
 - a) *Micro Empresas: pagamento por recurso a Imposto Especial por Conta, incidindo a taxa de 2% sobre as vendas brutas independentemente da zona a que se situem. O imposto é calculado mensalmente sobre as vendas brutas do período e pago até ao 10.º dia útil do mês seguinte;*
 - b) *Pequenas e Médias Empresas: Benefício de 50% para as empresas da Zona A, 35% para as empresas da Zona B, 20% para as empresas da Zona C e 10% para as empresas da Zona D.*

As Micro, Pequenas e Médias Empresas no âmbito da actividade industrial gozam ainda da isenção do imposto sobre consumo sobre matérias-primas (artigo 20.º, n.º 9) e no âmbito da sua actividade gozam ainda de isenção do imposto de selo (artigo 28.º). A administração dos incentivos fiscais compete ao Poder Executivo através do Ministério das Finanças (artigo 21.º).

8.3. Os Benefícios Fiscais no Código Mineiro

A Lei n.º 31/11, de 23 de Setembro, que aprovou o novo *Código Mineiro* unificou e sistematizou toda a legislação relativa ao sector mineiro. O novo Código Mineiro contém várias disposições relativas ao regime tributário das operações mineiras. Não é nosso objectivo fazer um estudo exaustivo sobre as normas fiscais do Código Mineiro, mas apontar para algumas das regras relativas aos benefícios fiscais.

Assim como no regime geral de investimento privado⁶⁷, o investimento para prospecção, estudo, exploração e avaliação mineira realiza-se mediante um Contrato de Investimento Mineiro (artigo 111.º do Código Mineiro).

Assim como na Lei de Investimento Privado, a concessão de incentivos fiscais no Código Mineiro na negociação dos contratos de investimento deve integrar um representante indicado pelo Ministério das Finanças (artigo 112.º, n.º 2, do Código Mineiro).

Depois da aprovação do Contrato de Investimento, é emitido o título mineiro e há lugar a concessão dos incentivos atribuídos nos termos estabelecidos pela Comissão de Negociações. Nos termos do artigo 239.º, as actividades mineiras estão sujeitas aos seguintes encargos tributários:

- a) imposto de rendimento;
- b) imposto sobre o valor dos recursos minerais (*royalty*);
- c) taxa de superfície;
- d) taxa artesanal.

⁶⁷ Nos termos da Lei n.º 20/11, de 20 de Maio.

Ainda, nos termos do artigo 239.º, n.º 2, o Estado pode estabelecer outros impostos ou taxas excepto quando haja uma isenção.

O artigo 240.º determina que o cálculo da matéria colectável faz-se por cada concessão mineira de forma autónoma e não há lugar a isenção de impostos sobre aplicação de capitais (Artigo 241.º) e imposto de rendimentos de trabalho (Artigo 241.º).

O Imposto de Rendimento sobre a actividade mineira é o Imposto Industrial comum (artigo 244.º) com uma taxa reduzida de 25%, dos quais 5% *revertem “a favor da autarquia⁶⁸ sob cuja jurisdição esteja a mina respectiva”* (artigo 245.º). O Imposto de Rendimento incide sobre os lucros imputáveis das entidades que desenvolvam actividades mineiras (artigo 246.º).

Nos termos do artigo 247.º, as entidades que pagarem a “*taxa sobre o exercício da actividade mineira*” ficam isentas do pagamento do Imposto sobre o Rendimento.

O artigo 248.º define os custos ou perdas dedutíveis para efeitos do Imposto sobre o Rendimento. O artigo 249.º regula as amortizações e reintegrações. O artigo 252.º define o conceito de custos ou perdas não dedutíveis.

Incentivos Fiscais

Os incentivos fiscais no Código Mineiro estão regulados no artigo 253.º e devem ser requeridos pelos interessados ao Ministro das Finanças e consistem na *forma de custos dedutíveis* (artigo 253.º, n.º 1). Os incentivos fiscais são negociados na fase contratual do processo de investimento e seguem em apenso ao contrato de investimento depois da aprovação da Comissão de Negociações (artigo 253.º, n.º 2).

Pode haver ainda a atribuição de prémios de investimento (*uplifts*) que são “*períodos de graça no pagamento do imposto de rendimento*”. Nos termos do artigo 253.º, n.º 5, as Empresas Angolanas que se dedi-

⁶⁸ O conceito de autarquia deve ser entendido como *município* nos termos do Artigo 218.º da Constituição da República, apesar de ainda não estarem institucionalizadas em Angola.

quem “*dediquem exclusivamente ao tratamento, beneficiação e liquidação de minerais extraídos no País*” podem também obter isenções fiscais e aduaneiras”:

ARTIGO 253.º (*Incentivos fiscais*)

1. *A requerimento dos interessados, dirigido ao Ministro das Finanças, ouvido o parecer do ministro da tutela, os titulares de direitos mineiros sujeitos a imposto industrial podem obter incentivos fiscais na forma de custos dedutíveis.*
2. *O requerimento contendo o pedido de isenções fiscais é discutido e negociado na fase contratual do processo de investimento e segue em apenso ao contrato, depois de aprovado pela Comissão de Negociações e obtido o parecer favorável do ministro da tutela.*
3. *São passíveis de incentivos, designadamente, os seguintes actos relevantes para a economia do País;*
 - a) *o recurso ao mercado local de bens e serviços complementares;*
 - b) *o desenvolvimento da actividade em zonas remotas;*
 - c) *a contribuição para a formação e treinamento de recursos humanos locais;*
 - d) *a realização de actividades de pesquisa e desenvolvimento em cooperação com instituições académicas e científicas angolanas;*
 - e) *o tratamento e beneficiação local dos minerais;*
 - f) *a relevante contribuição para o aumento das exportações.*
4. *Os titulares de direitos mineiros que o requeiram, nos termos do n.º 1 deste artigo, podem obter a atribuição de prémios de investimento (uplift), períodos de graça no pagamento do imposto de rendimento, sempre que estejam abrangidos por qualquer das alíneas do n.º 32 deste artigo, ou qualquer outra modalidade de incentivo fiscal previsto por lei.*
5. *O Executivo pode autorizar a concessão de isenções fiscais e aduaneiras a empresas de direito angolano que se dediquem exclusivamente ao tratamento, beneficiação e liquidação de minerais extraídos no País.*

O *Imposto sobre o valor dos Recursos Minerais (Royalty)* incide sobre o valor dos minerais extraídos à boca da mina (artigo 254.º, n.º 1), sendo as taxas previstas no Artigo 257.º e variáveis para diversos tipos de minerais (variando de 2% a 5%).

Estão isentos do pagamento do Imposto sobre o valor dos Recursos Minerais os minerais que sejam extraídos em actividades de prospecção e pesquisa cujo valor comercial seja irrelevante (artigo 258.º, n.º 1). O artigo 269.º e seguintes também estabelece uma isenção do pagamento de direitos aduaneiros para equipamento destinado exclusivamente às operações mineiras.

CAPÍTULO II – O PLANEAMENTO FISCAL

1. O Conceito de Planeamento Fiscal

O Planeamento Fiscal (*Tax Planning*) consiste em “*minimizar os impostos a pagar (traduzindo-se em aumento do rendimento depois de impostos) por uma via totalmente legítima e lícita*”⁶⁹. O planeamento fiscal ou gestão fiscal⁷⁰ é uma conduta perfeitamente legítima por parte dos contribuintes no âmbito da liberdade dos contribuintes e por razão podemos considerar que no âmbito do planeamento fiscal “a poupança fiscal é um direito que assiste a qualquer contribuinte, que tem por base o princípio constitucional da liberdade de iniciativa económica, e que está previsto nas próprias leis tributárias, as quais contêm normas de desagravamento fiscal, tais como deduções específicas, o reporte de prejuízos, as isenções fiscais, os benefícios fiscais e as zonas de baixa tributação”⁷¹.

⁶⁹ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 415.

⁷⁰ Os conceitos de planeamento fiscal e gestão fiscal podem ser utilizados de forma sinónima.

⁷¹ José de Campos Amorim, Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal in: José Campos Amorim, Coordenador, Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal, Porto, Vida Económica, 2010, pp. 220-221.

O direito ao planeamento fiscal é uma conduta que se situa no âmbito das leis fiscais e pode ser classificada como uma conduta *intra legem*, por essa razão Saldanha Sanches e João Taborda da Gama argumentam que os “sujeitos passivos das obrigações tributárias e, em especial, as empresas (que desenvolvem uma actividade económica tendente ao lucro) têm direito ao planeamento fiscal”⁷².

Este direito ao planeamento fiscal é uma liberdade fundamental para a generalidade da doutrina⁷³ uma vez que se baseia na exigência de *neutralidade fiscal* e no direito constitucional de liberdade de iniciativa económica garantida pela Constituição da República de Angola no Artigo 38.º, n.º 1: “*A iniciativa económica privada é livre, sendo exercida com respeito pela Constituição e pela lei*”.

O *planeamento fiscal internacional* permite aos contribuintes otimizar as poupanças fiscais e pressupõe a existência de dois ordenamentos jurídicos e a faculdade do contribuinte optar por um ordenamento tributário mais favorável⁷⁴, particularmente quando existam *Acordos de Dupla Tributação* (ADT) entre os Países envolvidos⁷⁵.

1.1. O Planeamento Fiscal e a Neutralidade do Ordenamento Jurídico Tributário

O princípio da neutralidade fiscal traduz-se na noção de que o Estado não pode colocar distorções na concorrência entre Empresas (Artigo 89.º da CRA) e é um “*princípio que, tendo-se ficado a dever à influência do direito comunitário, se traduz em o Estado estar obrigado a não provocar e a obsta que outros provoquem distorções na concorrência entre empresas*”⁷⁶.

⁷² Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp.119.

⁷³ Que usa o conceito de “*liberdade de gestão fiscal*”, Casalta Nabais, Direito Fiscal..., cit., p. 162-163.

⁷⁴ Angharad Miller and Lynne Oats, Principles of International Taxation, Hayward Heaths, Tottel Publishing, 2006, pp. 23

⁷⁵ Por essa razão, é interessante a verificar a recente decisão e disponibilidade do Estado em celebrar estes tipos de Acordos.

⁷⁶ Casalta Nabais, Direito Fiscal..., cit., pp. 178. Esta neutralidade fiscal não é absoluta, José Casalta Nabais, Introdução ao Direito Fiscal das Empresas..., cit., pp. 48.

1.2. Planeamento Fiscal Lícito e Planeamento Fiscal Abusivo

A fronteira entre o planeamento fiscal lícito e o planeamento fiscal abusivo é bastante ténue e por essa razão é importante definir parâmetros que possam ajudar a identificar ambos. No entanto, aqui o papel da Administração fiscal é de importância tremenda para tentar encontrar os “*esquemas ou actuações*” que possam ser agressivos e abusivos.

Não podemos no entanto considerar todos os planeamentos fiscais como abusivos, e por essa razão é necessário analisar casuisticamente o que poderá constituir um planeamento fiscal abusivo. Para Saldanha Sanches, o “planeamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo”⁷⁷. O instituto do *abuso de direito* serve como fundamento doutrinário para verificar os resultados muitas vezes nefastos de uma gestão fiscal agressiva que produz consequências indesejadas pelo legislador e pela Administração Fiscal.

Por essa razão, os sistemas fiscais modernos introduziram uma *cláusula geral anti-abuso* para combater os resultados nefastos de uma gestão fiscal mais agressiva⁷⁸ entre as várias medidas fiscais anti-abuso.

2. O Conceito de Elisão Fiscal

A *elisão fiscal (Tax Avoidance)* caracteriza-se por “*condutas que podem não constituir um acto ilícito, abusivo, anormal ou atípico mas que podem todavia, situar-se fora da área de abrangência da lei fiscal – extra legem*”⁷⁹. O conceito de elisão fiscal não pode ser confundido

⁷⁷ Saldanha Sanches, Os Limites do Planeamento Fiscal no Direito Português: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 21.

⁷⁸ Saldanha Sanches, As Duas Constituições – Nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-Abuso in: Amorim, José Campos, Coordenador, Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal, Porto, Vida Económico, 2010, pp.115-116.

⁷⁹ José de Campos Amorim, Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal..., cit., p. 221.

com o conceito de evasão fiscal. Na elisão fiscal, o resultado obtido pelo contribuinte nem sempre é admitido⁸⁰.

Na *elisão fiscal lícita* não há uma violação clara das regras jurídicas ao contrário do que sucede com a *elisão fiscal ilícita* havendo violação clara de normas fiscais por parte do contribuinte⁸¹.

Segundo Manuel Pereira, o planeamento fiscal pode ser realizado dentro de quatro grandes alternativas⁸²:

- forma de realização das operações ou actividades (forma jurídica, estrutura financeira);
- local de realização das operações ou actividades;
- momento da tributação;
- categoria e tipo de rendimentos;

Exemplos

1. Por exemplo a *escolha da forma societária e o tipo de forma jurídica* determina em muito uma poupança fiscal significativa⁸³. A escolha do *tipo de financiamento* também pode ser relevante, uma vez que empréstimos podem ser dedutíveis para efeitos da determinação da matéria colectável⁸⁴.
2. O *local da realização de investimento* também é determinante na gestão fiscal e na Lei do Investimento Privado isso é bastante claro, determinando-se o local dos benefícios fiscais a conceder em função da Zona de Desenvolvimento escolhida.
3. O *momento da tributação* é também bastante relevante para efeitos de planeamento fiscal e exemplo disso é o momento em que se gera o facto tributário e exemplo esse o momento em que contam as depreciações e amortizações.

⁸⁰ Paulo Marques..., cit., pp.364.

⁸¹ José de Campos Amorim, Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal..., cit., pp. 222.

⁸² Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 419.

⁸³ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 419

⁸⁴ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 422.

4. O *tratamento dos diferentes rendimentos* pode ser diferente para efeitos tributários⁸⁵.

3. Elisão Fiscal Subjectiva e Elisão Fiscal Objectiva

Na *elisão fiscal subjectiva*, o contribuinte procura explorar um elemento de conexão subjectivo como o domicílio ou residência do contribuinte ou a nacionalidade do contribuinte. Um exemplo da elisão fiscal subjectiva é a mudança de domicílio fiscal dentro de uma jurisdição ou para outra jurisdição com tratamento fiscal mais favorável.

Na *elisão fiscal objectiva*, o contribuinte utiliza um elemento de conexão objectivo como o local da fonte de rendimento (local de exercício da actividade) ou o local do estabelecimento estável. Um exemplo de elisão fiscal objectiva é possível um contribuinte *dividir* os seus rendimentos entre várias jurisdições *acumular* os seus rendimentos em jurisdição fiscal mais favorável ou transferir para uma jurisdição mais favorável.

4. A Fraude Fiscal e a Fraude À Lei Fiscal

Na *fraude fiscal (Tax evasion)* há uma violação directa de um dever de cooperação que redundará num resultado não desejado pelo ordenamento jurídico-tributário⁸⁶. Essa violação pode ser derivada da ocultação/falsificação de factos e informação relevante ou prestação de informações falsas, não entrega de declarações, qualificação falsa de actos ou operações sujeitas a imposto⁸⁷. Para Paulo Marques na fraude fiscal “*se infringe dolosamente por acção ou omissão a lei mediante actos ou negócios jurídicos em ordem à diminuição das receitas tributárias*”⁸⁸. Aqui a actuação do contribuinte é *contra legem* e

⁸⁵ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 433.

⁸⁶ Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp. 114.

⁸⁷ No caso português essas infracções estão reguladas no Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT) aprovado pela Lei n.º 15/2001, de 5 de Outubro. Ver Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 446.

⁸⁸ Paulo Marques..., cit., pp.364.

nesses casos há uma “*violação de um direito de cooperação que a lei tipifica como crime ou contra – ordenação fiscal*”⁸⁹.

Na *fraude à lei fiscal (fraus legis)*, há uma desconformidade entre o resultado da aplicação da lei e o resultado pretendido pela norma de uma forma fraudulenta⁹⁰.

O Código Geral Tributário menciona as infracções fiscais nos termos do artigo 66.º e seguintes, porem há uma lacuna enorme de potenciais comportamentos lesivos dos interesses do estado e por isso somos de parecer que o legislador deve criar um conjunto de infracções fiscais com sanções administrativas e criminais⁹¹.

5. O Conceito de Evasão Fiscal

O conceito de evasão fiscal é um conceito lato que inclui o conceito de elisão fiscal⁹² e também inclui fraudes fiscais.

A mudança de comportamentos dos contribuintes que antecipam uma mudança legislativa no sistema tributário (“*efeitos anúncio*”) não constituem casos de elisão fiscal⁹³. No caso de mudança de actividade do contribuinte (por exemplo de comércio para indústria) ou o uso de benefícios fiscais atribuídos pelo Estado não estamos perante elisão fiscal⁹⁴.

Obviamente tratar de evasão fiscal é também abordar o tema controverso da fuga ao fisco que assume variadas formas.

⁸⁹ Paulo Marques..., cit., pp. 364.

⁹⁰ Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp. 114.

⁹¹ Sobre a necessidade de criminalização de certos comportamentos que constituem ilícitos fiscais ver, Laureano Gonçalves, *Direito Penal Fiscal*, Porto: Vida Económica, 2013, pp. 29 e ss. A reforma fiscal prevê um conjunto de infracções fiscais (administrativas e criminais).

⁹² Para Menezes Leitão, a elisão fiscal é lícita, Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Estudos de Direito Fiscal Coimbra*, Almedina, 1999, pp. 25-26.

⁹³ Menezes Leitão..., cit., pp. 26.

⁹⁴ Menezes Leitão..., cit., pp. 27.

6. Os Preços De Transferência e o Planeamento Fiscal

Para compreender o fenómeno do planeamento fiscal lícito e legítimo é importante compreender os fenómenos dos preços de transferência. Os contribuintes nas relações entre si (em especial sociedades em relação de grupo) são livres de estruturar as suas operações económicas de forma livre, no entanto essa “liberdade encontra-se limitada, em sede de preços de transferência, pela obrigação, fiscalmente imposta, de praticar preços de mercado”⁹⁵.

Os *preços de transferência* são o “preço de transacções comerciais entre entidades relacionadas”⁹⁶. Os preços de transferência são um “instrumento que permite às EMN (Empresas Multinacionais) reduzir a carga fiscal, transferindo de forma indirecta lucro tributável de um ordenamento fiscal para outro de mais baixa tributação, através da manipulação da política de preços praticada intra grupo”⁹⁷.

A utilização dos preços de transferência por parte das empresas implica uma divergência entre os preços praticados por entidades independentes e é essa comparação que constitui “a problemática central dos preços de transferência”⁹⁸.

A utilização dos preços de transferência por parte de Empresas Multinacionais resulta na criação de sociedades comerciais sediadas em paraísos fiscais ou jurisdições de reduzida tributação de forma que as transacções intra-grupo permitam aumentar os custos para as jurisdições com tributos mais altos e lucros para as jurisdições com menor carga fiscal⁹⁹.

⁹⁵ Miguel Teixeira de Abreu, Os Preços de Transferência e a Cláusula Geral Anti-Abuso, em Contexto com o Artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE in: João Taborda da Gama, Coordenador, Cadernos Preços de Transferência, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 188.

⁹⁶ Angharad Miller, Lynne Oats, Principles of International Taxation, Hayward Heaths, Tottel Publishing, 2006, pp. 205.

⁹⁷ Ana Clara Azevedo de Amorim, Acordos Prévios em Matéria de Preços de Transferência, Ponderando a Sua Regulamentação em Portugal In: Diogo Leite de Campos, Coordenador, Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 30.

⁹⁸ Ana Clara Azevedo de Amorim..., cit., pp. 31.

⁹⁹ Economist, The, The Price Isn't Right, Corporate Profit Shifting has Become Big Business, 16th February 2013. Este tipo de operações intra-grupo tem sido objecto

Um exemplo dessa prática, é a criação de sociedades comerciais em paraísos fiscais que detêm a propriedade intelectual de certos bens/ serviços e cobram preços altos “*acima do valor de mercado*” nas transacções intra-grupo (através de royalties) a sociedades comerciais em Países desenvolvidos com uma maior carga fiscal¹⁰⁰.

Os preços de transferência implicam a *existência de relações especiais ou de interdependência entre as entidades envolvidas, a obtenção de uma vantagem normal e o nexo causal entre a relação especial e a obtenção da vantagem*¹⁰¹. A Administração Fiscal pode fazer uma reavaliação da base tributável desconsiderando os valores atribuídos pelo contribuinte se verificar a presença de preços de transferência.

O Artigo 9.º, n.º 1, da Convenção Modelo sobre o Rendimento e Património da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Eco-

de estudo e análise pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Económico que recentemente preparou um plano de acção para a Erosão da Base e Mudança de Lucros (Base Erosion and Profit Shifting ou BEPS), OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shipping, 2013, disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (último acesso 16/02/2014).

¹⁰⁰ A prática conhecida como “Double Irish” é um exemplo claro da aplicação desse mecanismo em Multinacionais Norte-Americanas para evitar pagar os 35% de Imposto Empresarial (Aplicado à Sociedades Comerciais) criam duas subsidiárias na Irlanda, (por exemplo A e B), a primeira (A) controlada por uma sociedade baseada nas Bermudas, e a segunda controlada pela primeira subsidiária. Para efeitos fiscais a entidade A será tratada pelo Direito da Irlanda como uma entidade das Bermudas (por causa do teste do controlo) e a entidade B tratada como subsidiária da entidade A. Para o Direito Norte-Americano, a entidade A e B tratadas como entidades Irlandesas e transacções entre estas não terão relevância para efeitos fiscais Americanos. Acresce o facto de a entidade A na Irlanda deter direitos de propriedade intelectual de certos produtos (tipicamente Software) e licenciar esses direitos à entidade B na Irlanda depois do pagamento de um preço. O Direito Americano considera essas transacções como independentes e o Direito Irlandês considera essas transacções como pagamentos de royalties que são custos dedutíveis para efeitos de pagamento de Impostos na Irlanda pela entidade B, sendo que os royalties pagos à entidade A não pagará impostos nas Bermudas, Joseph B. Darby III, Kelsey Lemaster, Double Iris h More Than Doubles Tax Savings, WorldTrade Executive In, 2007.

¹⁰¹ Ana Clara Azevedo de Amorim..., cit., pp. 31.

nómico (OCDE)¹⁰² que estabelece o *princípio da plena concorrência* ou o princípio do “*arms-length*”¹⁰³:

Where

- a) *an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or*
- b) *the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.*

O princípio da plena concorrência requer que os preços a ter em conta para efeitos do apuramento da matéria colectável são os que se referem a preços entre entidades não relacionadas¹⁰⁴ é por isso um “*princípio com ampla aceitação internacional*”¹⁰⁵.

A OCDE desenvolveu linhas orientadoras (“*Guidelines*”) sobre os Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Fiscais¹⁰⁶ e contém vários métodos para *determinação dos preços de transferência*:

¹⁰² A Convenção Modelo da OCDE sobre o Rendimento e o Património, disponível em: <http://www.oecd.org/tax/treaties/1914467.pdf> (último acesso 15/02/2014).

¹⁰³ Angharad Miller, Lynne Oats..., cit., pp. 208. O princípio de “*arms length*” estipula que os preços entre entidades relacionadas para efeitos fiscais de apuração da matéria colectável deve ser o que seria acordado entre entidades independentes.

¹⁰⁴ Preços de Mercado.

¹⁰⁵ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp 460.

¹⁰⁶ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/tpg-2010-en> (último acesso 16/02/2014)

- a) *Método do Preço Comparável de Mercado (Compared Uncontrolled Price Method)*, consiste em comparar o preço de um bem entre entidades relacionadas com um bem numa situação de mercado aberto. Este é o método mais utilizado para assegurar o preço de plena concorrência¹⁰⁷.
- b) *Método do Preço de Venda Minorado (Resale Price Method)*, consiste no preço no qual um produto adquirido entre entidades relacionadas é revendido à uma entidade independente. Deduzindo desse preço uma margem de lucro e os demais custos associados ao bem vendido¹⁰⁸.
- c) *Método do Custo Majorado (Cost Plus Method)*, consiste nos custos suportados por um fornecedor de um bem ou serviço numa operação com entidade relacionada acrescido de uma margem de lucro¹⁰⁹.
- d) *Método do Fraccionamento do Lucro (Profit Split Method)*, não sendo possível determinar os preços entre entidades relacionadas utiliza-se este método que consiste no fraccionamento do lucro global obtido pelas entidades relacionadas numa base económica válida a um acordo na base do princípio da plena concorrência¹¹⁰.
- e) *Método da Margem Líquida da Operação (Transactional Net Margin Method)*, consiste na utilização da margem de lucro líquida obtida numa operação comparável entre entidades independentes efectuada pelo sujeito passivo por uma entidade do grupo ou entidade independente¹¹¹.

¹⁰⁷ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 471.

¹⁰⁸ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 472-473. United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, New York, 2013, p. 204, disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf, (último acesso 16/02/2013).

¹⁰⁹ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, op. cit., p. 70-72, Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 474.

¹¹⁰ Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp 475-476.

¹¹¹ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations..., cit., pp.77-80.

As normas fiscais sobre preços de transferência (“*Transfer Pricing*”) visam evitar que nas relações entre sociedades que mantenham relações especiais entre si haja uma diminuição do *quantum* devido ao Estado através da manipulação de preços entre intra-grupo¹¹². No entanto é importante referir que “*as Administrações Fiscais não podem assumir automaticamente que as empresas relacionadas procuraram manipular os seus lucros*”¹¹³.

Um exemplo de uma norma sobre preços de transferência no Direito Angolano é a norma do Artigo 55.º do actual Imposto Industrial¹¹⁴ que é uma norma especial anti-abuso que visa corrigir os negócios jurídicos que visam por meios artificiosos reduzir a carga fiscal devida e a aplicação desse regime depende dos seguintes pressupostos:

- a) Existência de *relações especiais*¹¹⁵ entre as entidades envolvidas.
- b) Estabelecimento de condições diferentes das que seriam acordadas entre entidades independentes.
- c) Existência de relações especiais que conduzam ao apuramento de um lucro diverso¹¹⁶.

O regime do Artigo 55.º do Imposto Industrial consagra em parte o princípio da plena concorrência do Artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE sobre Rendimento e o Capital.

No âmbito da reforma tributária em curso, foi aprovado o *Decreto Presidencial n.º 147/13, de 1 de Outubro* que regula o *Estatuto Jurídico*

¹¹² José Casalta Nabais, *Direito Fiscal...*, cit., pp 527.

¹¹³ *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations...*, cit., pp. 31.

¹¹⁴ Sobre a problemática da sua aplicação pela Administração Fiscal em Angola, ver Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp. 339-341.

¹¹⁵ Para efeitos de preços de transferência, por exemplo no Direito Português considera-se que sejam relações especiais nas situações quando uma entidade tem o poder de exercer uma influência significativa na gestão de outra de forma directa e indirecta, artigo 63.º do Código de IRC em Portugal, Manuel Henrique de Freitas Pereira..., cit., pp. 462.

¹¹⁶ Samuel Fernandes de Almeida e Tiago Machado Graça, *Breve Enquadramento do Regime de Preços de Transferência nos Países de Língua Oficial Portuguesa* in: João Taborda da Gama, coordenador, *Cadernos Preços de Transferência*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 245-251.

dico dos Grandes Contribuintes (definido por uma lista publicada pelo Ministro das Finanças, Artigo 3.º, n.º 1, e estabelece que a liquidação, cobrança e pagamento dos impostos destes contribuintes compete à Repartição dos Grandes Contribuintes (Artigo 7.º).

O Decreto Presidencial n.º 147/13, de 1 de Outubro, contém um conjunto de disposições sobre preços de transferência e acolhe as boas práticas internacionais relativas ao tratamento dos preços de transferência.

O Artigo 10.º, n.º 1, do Decreto Presidencial n.º 147/13 prescreve que *“a Direcção Nacional de Impostos pode efectuar as correcções que sejam necessárias para a determinação da matéria colectável, sempre que, em virtude de relações especiais entre o contribuinte e outra entidade, sujeita ou não a imposto industrial, tenham sido estabelecidas para as suas operações condições diferentes das que seriam normalmente acordadas nas operações entre entidades independentes, conduzindo a que o lucro apurado com base na contabilidade, seja diverso do que o que se apuraria na ausência dessas relações”*.

Essa norma sobre preços de transferência requer vários pressupostos:

- 1) A existência de relações especiais entre o Contribuinte e outras entidades
- 2) Estabelecimento de condições diferentes das que seriam acordadas entre entidades independentes.
- 3) Existência de relações especiais que conduzam ao apuramento de um lucro diversos¹¹⁷.

A inovação do Decreto Presidencial n.º 147/13, de 1 de Outubro, está no Artigo 11.º que define o conceito de *relações especiais* a contrário do Código do Imposto Industrial e *“Para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo anterior, existem relações especiais entre duas entidades quando uma tem poder de exercer, directa ou indirectamente, uma influência significativa nas decisões de gestão da outra, nomeadamente:*

¹¹⁷ Já vimos anteriormente que a norma apresenta semelhanças com o Artigo 55.º do Código do Imposto Industrial.

- a) *Quando os administradores ou gerentes de uma sociedade, bem como os cônjuges, ascendentes e descendentes destes, detenham directa ou indirectamente uma participação não inferior a 10% do capital, ou dos direitos de voto na outra entidade;*
- b) *Quando a maioria dos membros dos órgãos de administração, direcção ou gerência sejam as mesmas pessoas ou, sendo pessoas diferentes, estejam ligadas entre si por casamento, união de facto ou parentesco na linha recta;*
- c) *Quando as entidades se encontrem vinculadas por via de contrato de subordinação;*
- d) *Quando se encontrem em relações de domínio ou de participações recíprocas, bem como vinculadas por via de contrato de subordinação, de grupo paritário, ou outro efeito equivalente nos termos da Lei das Sociedades Comerciais;*
- e) *Quando entre uma e outra existam relações comerciais que representem mais de 80% do seu volume total de operações;*
- f) *Quando uma financie a outra, em mais de 80% da sua carteira de crédito.*

Os contribuintes que tenham proveitos anuais superiores a *Sete Mil Milhões de Kwanzas* são obrigados a elaborar um dossier em que “*caracterizem as relações e preços praticados com as sociedades com as quais possuam relações especiais*” (Artigo 12.º, n.º 1). O Director Nacional dos Impostos pode aprovar ordens de serviço, circulares e despachos sobre as características dos dossiers a apresentar pelos contribuintes (Artigo 12.º, n.º 2).

Nos termos do Artigo 13.º e “*para determinação das condições que seriam acordadas nas operações entre entidades independentes, a Direcção Nacional de Impostos apenas aceita os seguintes métodos:*

- a) *O método do preço comparável de mercado;*
- b) *O método do preço de revenda minorado;*
- c) *O método do custo majorado.*

É importante referir que é comum em jurisdições fiscais mais desenvolvidas haver Acordos Prévios em Matéria de Preços de Transferência

(“*Advance Price Agreements*”¹¹⁸) que se caracterizam por serem acordos entre a Administração Fiscal e os contribuintes de forma a determinar os preços entre entidades relacionadas¹¹⁹. Uma das vantagens dos Acordos Prévios sobre Preços de Transferência é a previsibilidade que existe nas relações entre a Administração Fiscal e os contribuintes¹²⁰.

7. As Normas Fiscais Anti-Abuso

Os sistemas fiscais mais desenvolvidos contêm invariavelmente cláusulas fiscais anti-abuso¹²¹ e são cláusulas que se destinam a “*prevenir e a reprimir as crescentes práticas de evasão e fraude fiscais*”¹²² e consistem na desconsideração dos negócios jurídicos que levam a resultados obtidos através da exploração artificiosa e por vezes fraudulentas das leis tributárias de forma a diminuir o quantum fiscal devido ao Estado.

¹¹⁸ Os Acordos Prévios em Matéria de Preços de Transferência *ou Advance Price Agreements* começaram por ser utilizados nos Estados Unidos e permitem uma prévia negociação com a Administração Fiscal sobre o valor relativo aos preços de transferência, este método poupa custos de litigância aos contribuintes. Estes Acordos podem ser multilaterais e incluir a Administração Fiscal de outros Países, Reuven S. Yonah-Avi, *International Tax as International Law, An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 118.

¹¹⁹ No Direito Português, esses acordos estão previstos no Artigo 138.º do Código do Imposto de Rendimento de Pessoas Colectivas (IRC), Patrícia Matos, Filipe Moura, Rui Rocha, *Os Acordos Prévios de Preços de Transferência: Uma Ferramenta de Modernização do Enquadramento Tributário* in: João Taborda da Gama, coordenador, *Cadernos Preços de Transferência*, Coimbra, Almedina, 2013, pp.204.

¹²⁰ Nestes acordos, procura-se estabelecer os preços baseados no preço da plena concorrência, Ana Clara Azevedo de Amorim, *op. cit.*, p., p. 50.

¹²¹ Como é o caso da cláusula geral anti-abuso no Direito Português consagrada no Artigo 38.º, n.º 2 da Lei Geral Tributária: “*São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.*”

¹²² José Casalta Nabais, *Direito Fiscal...*, *cit.*, pp. 211.

No entanto, a introdução de medidas fiscais anti-abuso, apesar de conferirem um poder discricionário e amplo à Administração Fiscal, não impõem exceções ao princípio da legalidade fiscal, conforme escreve Menezes Leitão: “a introdução de medidas anti-abuso é legítima desde que a sua aplicação não seja efectuada de forma excessiva, uma vez que se tal suceder, é o próprio princípio da legalidade do imposto e o seu funcionamento como ‘carta de garantias’ do contribuinte que fica posto em causa. Efectivamente, se numa determinada ordem jurídica é consagrada uma cláusula geral anti-abuso, a segurança jurídica do contribuinte fica altamente posta em causa, já que se verifica a concessão à Administração Fiscal de um poder discricionário que permite estender a tributação para além dos pressupostos de incidência da norma tributária, a pretexto do fim evasivo do contribuinte ou de uma metodologia do resultado económico entre o pressuposto da norma de incidência e o facto efectivamente praticado pelo contribuinte”¹²³.

As medidas fiscais anti-abuso frequentemente incluem a adopção de cláusulas anti-abuso. As cláusulas anti-abuso podem ser *gerais*¹²⁴ e *específicas ou especiais*, porém ao contrário de sistemas fiscais mais sofisticados, não há no direito Angolano uma cláusula geral anti-abuso¹²⁵. Para Saldanha Sanches e João Taborda da Gama, apesar de não existir uma cláusula geral anti-abuso no Direito Angolano nada impede a criação de uma cláusula geral anti-abuso por via jurisprudencial com recurso a institutos do Direito Civil como a fraude à lei com o objectivo de desconsiderar resultados com base em comportamentos

¹²³ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Aplicação de Medidas Anti-Abuso na Luta Contra a Evasão Fiscal*, Fisco, n107/108, Ano XIV, 2003, pp. 36.

¹²⁴ As cláusulas gerais anti-abuso são cláusulas que se aplicam ao sistema fiscal como um todo e geralmente estão tipificadas nas Leis Gerais Tributárias e as cláusulas específicas anti-abuso aplicam-se a cada tipo de impostos.

¹²⁵ Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp.126. Temos algumas dúvidas sobre a constitucionalidade e possibilidade do desenvolvimento de uma cláusula geral anti-abuso no Direito Angolano considerando o princípio da legalidade fiscal e os seus diversos corolários como o princípio da tipicidade dos impostos. Resta também saber se a Reforma Tributária incluirá uma cláusula geral anti-abuso no novo Código Geral Tributário. Há contudo no Direito Angolano medidas para prevenção da evasão fiscal, Adilson Sequeira, *Planeamento Fiscal e Gestão Fiscal em Angola*, Luanda, Escolar Editora, 2014, p.27 e ss.

fraudulentos¹²⁶. Nos Estados Unidos, a cláusula geral anti-abuso foi desenvolvida pelo Tribunal Supremo Norte-Americano desde o Acórdão *Gregory vs. Helvering*¹²⁷.

No entanto, uma eventual introdução de uma cláusula geral anti-abuso apesar de ser recomendada para o planeamento fiscal agressivo¹²⁸ não deve colocar em causa o direito dos contribuintes ao planeamento fiscal e o seu uso só deverá ser justificado nos casos de evasão e fraude fiscais¹²⁹.

A importância premente da cláusula fiscal anti-abuso revela-se nos comportamentos de elisão fiscal (*extra-legal*), uma vez que são essas condutas que estão na fronteira entre um comportamento absolutamente proibido (fraude fiscal – *contra legem*)¹³⁰ e permitido por lei (gestão fiscal – *intra legem*)¹³¹.

Outras formas eficazes de combater o planeamento fiscal agressivo são as medidas de carácter preventivo como as exigências de deveres adicionais de informação¹³² que administração fiscal pode exigir a

¹²⁶ Apesar de não haver uma cláusula geral anti-abuso há cláusulas específicas anti-abuso como a que está prevista no Artigo 55 do Código do Imposto industrial, Saldanha Sanches e João Taborda da Gama..., cit., pp.127-128.

¹²⁷ Rebecca Prebble, John Prebble, Does the Use of General Anti-Avoidance Rules to Combat Tax Avoidance Breach Principles of the Rule of Law? A Comparative Study, Saint Louis University Law Journal, 55, 2010, pp. 27.

¹²⁸ Por isso a recomendação da Comissão Europeia para a introdução de uma cláusula geral anti-abuso para os Estados Membros, Paragrafo 4.º, European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 on Aggressive Tax Planning, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf (último acesso 13/02/2014).

¹²⁹ José Casalta Nabais, Direito Fiscal..., cit., pp 215.

¹³⁰ A reforma tributária em curso incluirá um regime sobre as infracções tributárias em geral (infracções fiscais administrativas e crimes fiscais), à semelhança do que ocorre com as infracções aduaneiras previstas no Código Aduaneiro.

¹³¹ Renata da Cruz Almeida Cardoso, A Cláusula Geral Anti-Abuso Qualificado à Luz da Lei Geral Tributária e da Lei Fundamental da República in: Diogo Leite Campos, Coordenador, Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2007.

¹³² Em Portugal existe um dever especial de cooperação para com à Administração Fiscal de práticas que possam configurar um planeamento especial abusivo nos termos do Decreto-Lei n29/2008, de 25 de Fevereiro, impondo um dever de comunicação prévia à Administração Fiscal dessas práticas, Rui Duarte Morais, Manual de Procedimento e Processo Tributário, Coimbra: Almedina, 2012, pp. 132-135.

certas categorias de contribuintes que incluem o dever de responder a certos *questionários ou missivas* instruídos pela Administração Fiscal no caso de haver comportamentos que podem constituir infracções fiscais ou planeamento fiscal abusivo, *orientações genéricas e específicas* para os contribuintes no caso de surgirem dúvidas sobre o quantum da matéria colectável antes da liquidação do imposto ou *programas voluntários de pagamento de dívidas fiscais*¹³³.

BIBLIOGRAFIA

- Abrantes, Maria Luísa Perdigão, A Privatização do Sector Empresarial do Estado em Angola, Luanda, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, 2011.
- Abreu, Miguel Teixeira de, Os Preços de Transferência e a Cláusula Geral Anti-Abuso, em Contexto com o Artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE in: João Taborda da Gama, Coordenador, Cadernos Preços de Transferência, Coimbra: Almedina, 2013.
- Almeida Samuel Fernandes de, Graça, Tiago Machado, Breve Enquadramento do regime de Preços de Transferência nos Países de Língua Oficial Portuguesa in: João Taborda da Gama, Coordenador, Cadernos Preços de Transferência, Coimbra, Almedina, 2013.
- Amorim, Ana Clara Azevedo de, Acordos Prévios em Matéria de Preços de Transferência, Ponderando a Sua Regulamentação em Portugal Campos, In: Diogo Leite, Coordenador, Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2007.
- Amorim, José Campos, Coordenador, Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal, Porto, Vida Económica, 2010.
- Amorim, José de Campos Responsabilidade dos Promotores do Planeamento Fiscal in : Amorim, José Campos, Coordenador, Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal, Porto, Vida Económica, 2010.

¹³³ OECD, Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure, 2011.

- Cardoso, Renata da Cruz Almeida, A Cláusula Geral Anti-Abuso Qualificado à Luz da Lei Geral Tributária e da Lei Fundamental da República in Campos, Diogo Leite, Coordenador, Estudos de Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2007.
- Cunha, Tânia Meireles da, O Investimento Directo Estrangeiro e a Fiscalidade, Coimbra, Almedina, 2006.
- Diamvutu, Lino, A Protecção do Investimento Estrangeiro em Angola através da Arbitragem, Conferência no 1.º Encontro Internacional de Arbitragem de Coimbra na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=sZI5a6yNAoI%3D&tabid=331> (Último acesso 16/02/2014).
- Dolzer, Rudolf, Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Economist, The, The Price Isn't Right, Corporate Profit Shifting has Become Big Business, 16th February 2013.
- Easson, Alex, Tax Incentives for Foreign Direct Investment, The Hague, Kluwer Law International, 2004.
- Fjeldstadt, Odd-Helge, Jensen, Soren Kirk, Orre, Aslak, Reflections On The Tax Reform Process In Angola, And Why Tax Incentives Should Be Avoided, Conference Paper n.º 5, Conference Paper IESE, 2012, disponível em: http://www.iese.ac.mz/lib/publication/III_Conf2012/IESE_IIIConf_Paper5.pdf (Último acesso 15/02/2014).
- Finanças, Ministério das, Estruturar o Sistema Fiscal do Portugal Desenvolvido, Coimbra, Almedina, 1998.
- Franco, António L. de Sousa Franco, Finanças Publicas e Direito Financeiro, Coimbra, Almedina, Vol. I e Vol. II, 4ª Edição– 13ª Reimpressão, 2010.
- European Commission, Commission Recommendation of 6.12.2012 on Agressive Tax Planning http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evasion/c_2012_8806_en.pdf (último acesso 13/02/2014).
- Gonçalves, Laureano, Direito Penal Fiscal, Porto, Vida Económica, 2013.
- Gomes, Nuno Sá, Os Benefícios Fiscais na Reforma Fiscal de 1988/89 in: Associação Fiscal Portuguesa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, 15 Anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha, Coimbra, Almedina, 2005.

- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Estudos de Direito Fiscal Coimbra, Almedina, 1999.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, Aplicação de Medidas Anti-Abuso na Luta Contra a Evasão Fiscal, Fisco, n107/108, Ano XIV, 2003.
- Marques, Paulo, Elogio do Imposto, A Relação do Estado com os Contribuintes, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- Martinez, Pedro Soares, Direito Fiscal, 10ª Edição, Coimbra, Almedina, 2003.
- Matos, Patrícia, Moura, Filipe, Rocha, Rui, Os Acordos Prévios de Preços de Transferência: Uma Ferramenta de Modernização do Enquadramento Tributário in: João Tabora da Gama, coordenador, Cadernos Preços de Transferência, Coimbra, Almedina, 2013.
- Miller Angharad and Oats, Lynne, Principles of International Taxation, Hayward Heaths, Tottel Publishing, 2006.
- Morais, Rui Duarte, Manual de Procedimento e Processo Tributário, Coimbra, Almedina, 2012.
- Nabais, Casalta, Contratos Fiscais, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- Nabais, José Casalta, Investimento Estrangeiro e Contratos Fiscais in: Associação Fiscal Portuguesa, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito de Lisboa, 15 Anos da Reforma Fiscal de 1988/89, Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Pitta e Cunha, Coimbra, Almedina, 2005.
- Nabais, José Casalta, O Dever Fundamental de Pagar Impostos, Contributo para a Compreensão Constitucional do Estado fiscal Contemporâneo, Coimbra, Almedina, 2012.
- Nabais, José Casalta, Direito Fiscal, Coimbra, Almedina, 2013.
- Nabais, José Casalta, Introdução ao Direito Fiscal das Empresas, Coimbra: Almedina, 2013.
- Nakhle, Carole, Petroleum Taxation, Sharing the Oil Wealth: A Study of Petroleum Taxation Yesterday, Today and Tomorrow, London, Routledge, 2008.
- OECD, Model Tax Convention on Income and Capital, 2010, disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/47213736.pdf> (último acesso 15/02/2014).
- OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2010, disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/tpg-2010-en> (último acesso 16/02/2014)

- OECD, *Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*, 2011, disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf> (último acesso 13/02/2014).
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shipping*, 2013, disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (último acesso 16/02/2014).
- Pereira, Manuel Henrique de Freitas, *Fiscalidade*, Coimbra, Almedina, 2011.
- Prebble, Rebecca and John Prebble, *Does the Use of General Anti-Avoidance Rules to Combat Tax Avoidance Breach Principles of the Rule of Law? A Comparative Study*, *Saint Louis University Law Journal*, 55, 2010.
- Sanches, Saldanha, *O Combate à Fraude Fiscal e a Defesa do Contribuinte: Dois Objectivos Incontroláveis?* Centro de Estudos e Apoio às Políticas Tributárias, 2000, disponível em: http://www.saldanhasanches.pt/IMG_0002.pdf (último acesso 13/02/2014).
- Sanches, Saldanha, *As Duas Constituições – Nos Dez Anos da Cláusula Geral Anti-Abuso in: Amorim, José Campos, Coordenador, Planeamento Fiscal e Evasão Fiscal*, Porto, *Vida Económica*, 2010.
- Sanches, Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal no Direito Português: Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- Sanches, Saldanha, J. L. e Gama, João Taborda, *Manual de Direito Fiscal Angolano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- Saldanha J. L., Sanches, *Justiça Fiscal*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
- Santos, António Carlos, Gonçalves, Maria Eduarda e Marques, Maria Manuel Leitão, *Direito Económico*, 5ª Edição, Coimbra, Almedina, 2010.
- Sequeira, Adilson, *Planeamento Fiscal e Gestão Fiscal em Angola*, Luanda, Escolar Editora, 2014.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
- Teixeira, Carlos, *A Nova Constituição Económica de Angola e as Oportunidades de Negócios e Investimento*, Comunicação na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011, disponível em: <http://fduan.ao/pdfs/Nova-Constituicao-EconomicadeAngola-carlosteixeira.pdf> (Último acesso 16/02/2014).

- UNCTAD, O Quadro Jurídico do Investimento Privado em Angola, 2010, disponível em: http://unctad.org/en/docs/dtlktcd20101_en.pdf (último acesso 28/12/2013).
- United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, New York, 2013, disponível em: http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Manual_TransferPricing.pdf , (último acesso 13/02/2013).
- Vasques, Sérgio, Convergindo para o Zero, A Competição Fiscal na África Sub-Sahariana in: As Reformas Fiscais Africanas, Vasques, Sérgio, Co., Lisboa, Fim de Século, 1998.
- Yonah-Avi, Reuven S., International Tax as International Law, An Analysis of the International Tax Regime, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA CONTINUADA E OS SISTEMAS DO CONHECIMENTO DO ATO E DA CONSUMAÇÃO DO ATO¹

REFLECTIONS ABOUT THE CONTINUED ADMINISTRATIVE INFRACTION AND THE KNOWLEDGE OF THE ACT SYSTEM AND THE CONSUMMATION OF THE ACT SYSTEM

HIDEMBERG ALVES DA FROTA²

Resumo: Este artigo jurídico extrai balizas sobre a infração administrativa continuada (colhidas do Direito espanhol, peruano, mexicano e português) e examina os sistemas adotados pelos Estatutos dos Servidores Públicos da União e dos Estados-membros brasileiros para a contagem do prazo para o exercício da potestade disciplinar, a fim de realizar sugestões ao legislador pátrio de aperfeiçoamento da disciplina jurídica da infração administrativa continuada e do *dies a quo* do ilícito administrativo.

Palavras-chaves: infração administrativa continuada; prazo decadencial; sistema do conhecimento do ato; sistema da consumação do ato.

Abstract: This article examines the continued administrative infraction in the Spanish, Peruvian and Mexican legislation, besides analyzing it in the light of the Portuguese administrative case law. This article also examines the systems adopted by the Brazilian Federal and States Civil Service Laws concerning the date in which begins the period for the exercise of the administrative disciplinary power. This article thereby seeks to make suggestions to the Brazilian legislatures

¹ Entregue: 2.2.2014; aprovado: 30.5.2014.

² Advogado. Pesquisador em Direito Público e em Direitos da Personalidade. Autor da obra “O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira” (Rio de Janeiro: GZ, 2009, 286 p.).

for the improvement of legal regulation related to the continued administrative infraction and the *dies a quo* of the administrative offense.

Keywords: continued administrative infraction; decay period; knowledge of the act system; consummation of the act system.

Introdução

O presente artigo jurídico intenciona propiciar ao legislador brasileiro e à nossa comunidade jurídica parâmetros sobre a infração administrativa continuada (colhidos do Direito espanhol, peruano, mexicano e português), como semente de reflexão para o aprimoramento da legislação pátria de Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar concernente ao ilícito continuado e a análise de determinadas nuances relacionadas a essa espécie de infração administrativa.

Ao mesmo tempo, esta pesquisa jurídica realiza o estudo comparado dos Estatutos dos Servidores Públicos da União e dos Estados-membros brasileiros, com vistas a aferir qual tem sido a disciplina jurídica adotada por tais entes estatais relativamente à contagem do *dies a quo* da infração disciplinar e, desse modo, almeja verificar qual seria o paradigma legislativo mais apropriado ao aperfeiçoamento desse aspecto da legislação do pessoal estatutário.

1. Pausa excursiva: prescrição ou decadência?

Nas páginas seguintes, utilizam-se *aspas* ao se reportar ao instituto da *prescrição*, quando invocado, pela *linguagem legislativa*, em referência ao *esgotamento* do prazo para o exercício da potestade *sancionadora* ou *disciplinar* da Administração Pública, uma vez que, sob o prisma estritamente da Ciência do Direito Administrativo (óptica escoimada de necessária vinculação à terminologia empregada pelo Direito Administrativo Positivo, diluída na pluralidade de legislações do processo administrativo e de pessoal, insertas no ordenamento jurídico pátrio e das ordens jurídicas estrangeiras), a *prescrição admi-*

nistrativa concerne à perda, por decurso do prazo legal, da pretensão da Administração Pública ou do administrado (em face da violação de direito subjetivo³ e material⁴ de que é titular) de obter a *prestação* descumprida a que faz jus e de exigi-la de quem a descumpriu, na qualidade de sua *contraparte* em dada relação jurídica (a exemplo de uma relação jurídica entre as Administrações Públicas de entes estatais diversos ou de uma relação jurídica entre a Administração Pública de determinado ente estatal e um agente público a serviço dela ou, ainda, entre aquela e particular por ela contratado mediante procedimento licitatório ou de contratação direta, via dispensa ou inexigibilidade de licitação), ao passo que a *decadência administrativa* se relaciona à perda, também por decurso do prazo (inércia), quer da possibilidade da Administração Pública exercer seu dever jurídico de intervir, de modo unilateral, na esfera jurídica de outrem, sujeitando o *sujeito passivo* da ação administrativa a uma imposição que este tem de suportar independente da sua vontade e sem que tal conduta estatal ocorra por força do inadimplemento de prestação devida à Administração Pública (em caso de decadência, não há prestação pendente de cumprimento pelo *polo passivo*), quer da perda, igualmente por decurso temporal, da possibilidade do administrado exercer, a título de faculdade, o ato unilateral de impugnar atos da Administração Pública que repute contrário a seus interesses, bens e direitos.

³ Enquanto o *direito objetivo*, de acordo com o magistério de Maria Helena Diniz, diz respeito ao “complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação (*jus est norma agendi*)”, o *direito subjetivo*, na lição de Francisco Amaral, concerne ao “poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento”. Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 246; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 224.

⁴ Enquanto o *direito material*, na lição de De Plácido e Silva, traz a lume “a *subs-tância*, a *matéria* da *norma agendi*, fonte geradora e asseguradora de todo direito”, consubstancia “o princípio criador de toda relação concreta de direito”, o *direito formal* “vem a instituir o processo ou *forma* de protegê-lo”, não apenas as “regras processuais ou formalidades de processo” como também “outras regras de *forma*, não meramente processuais”. Cf. SILVA, de Plácido. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 475.

Na *prescrição administrativa*, estando a Administração Pública “no polo ativo ou passivo da relação jurídica” – preleciona Raquel Melo Urbano de Carvalho⁵ –, existe “o direito de uma parte de ver cumprida determinada obrigação pela outra parte da relação”. “No momento seguinte ao do inadimplemento, pelo devedor, em face do credor, começa a correr o prazo prescricional previsto no ordenamento” – prossegue Carvalho⁶ –, ao término do qual “prescrito estará o poder de o credor exigir o cumprimento do direito subjetivo violado”.

A administrativista mineira indica o ilustrativo exemplo⁷ da *prescrição administrativa* relativa ao (a) “prazo para um dado servidor requerer a retificação do valor de determinada vantagem remuneratória deferida e paga a menor pelo Estado”, bem como daquela relacionada (b) ao “prazo para que a Administração Pública requeira o cumprimento de determinada obrigação contratual assumida por uma empresa que, após firmar contrato administrativo com o Estado, se recuse a cumprir a prestação a que se obrigara”.

Já na *decadência administrativa* existe a perda do prazo para que a Administração Pública, observadas as balizas jurídicas aplicáveis ao contexto, exercite determinado *direito potestativo* (desdobramento da conjugação dos princípios da juridicidade, legalidade, supremacia e indisponibilidade do interesse público e autotutela administrativa), potestade por meio da qual submete terceiros ao seu poder, em face do seu dever de preservar o ordenamento jurídico, a paz pública e o interesse público⁸. Em outras palavras, aduz Carvalho:

Nestes casos, a Administração limita-se a, cumpridas algumas exigências, exercer um direito potestativo que lhe é reconhecido pela ordem jurídica no prazo previsto na regra legal vigente. [...]

No caso do exercício da autotutela administrativa, p. ex., tem-se direito potestativo do Estado. Restará aos terceiros (servidores, particulares, etc.) apenas a sujeição ao exercício do poder-dever da

⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 481.

⁶ *Ibid.*, loc. cit.

⁷ *Ibid.*, p. 480.

⁸ *Ibid.*, p. 482-483.

Administração de manter a juridicidade. Não há pretensão, sendo inadmissível falar-se em prescrição. Tem, aqui, prazos de decadência previstos na ordem jurídica.⁹

Na *decadência administrativa* também se inserem as hipóteses em que terceiros exercem o direito de praticar atos unilaterais voltados a impugnar decisões e procedimentos da Administração Pública, sem que, para tanto, haja a necessidade de prévia e expressa anuência do Estado-Administração. Pontifica Carvalho:

Vislumbram-se como direitos potestativos que o ordenamento jurídico reconhece a terceiros em face da Administração as prerrogativas recursais na via administrativa, bem como o acesso ao Poder Judiciário por meio, *v.g.*, de ações constitucionais. O direito de um cidadão interpor o recurso da reclamação na via administrativa, *p. ex.*, consubstancia ato unilateral do interessado em impugnar a decisão estatal que não depende de autorização do Poder Público. O mesmo pode-se afirmar do direito de impetrar mandado de segurança diante de ofensa a direito líquido e certo, por abuso de poder econômico. [...]

Cabe à Administração submeter-se à reclamação ou ao mandado de segurança impetrado, apreciando-lhe as razões ou prestando informações, respectivamente. Afigura-se despicienda qualquer concordância preliminar, por parte do Poder Público, no tocante à adoção de quaisquer das medidas.¹⁰

Nesse diapasão, este trabalho acolhe o entendimento de que o poder punitivo estatal de cunho administrativo *não* espelha uma pretensão *nem* resulta da violação de um direito material da Administração Pública, mas, isto sim, representa o desempenho da *potestade administrativa*, que traduz a atribuição, pelo Direito Legislado e de forma expressa, prévia e restrita, de poder à Administração Pública, de modo que esta, a fim de dar consecução a finalidades legais de interesse público, interfira sobre a esfera jurídica de pessoas físicas e jurídicas,

⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰ *Ibid.*, loc. cit.

independentemente da vontade destas e sem que a estas corresponda uma prestação negativa ou positiva.¹¹

2. A infração administrativa continuada no Direito espanhol, peruano, mexicano e português

Ato normativo a regulamentar o disposto no Título IX (*Da Potestade Sancionadora*) da Lei 30/1992, de 26 de novembro (a Lei espanhola do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum) e, portanto, a disciplina jurídica do exercício da potestade sancionadora pela Administração Pública da Espanha, o Decreto Real 1398/1993, de 4 de agosto, no parágrafo primeiro do seu art. 4.6.º, divisou a ocorrência de *infração continuada* na *pluralidade* de ações ou omissões a infringirem o *mesmo* ou *semelhantes* preceitos administrativos, (a) *durante* a execução de plano *preconcebido* ou (b) quando o autor (sem, inicialmente, ter se planejado a lançar mão da continuidade infracional) *aproveita* ocasião idêntica, para praticar ilícito administrativo igual ou similar.

Eis a dicção literal do art. 4.6.º do Decreto Real 1398/1993, *in verbis* (tradução nossa):¹²

¹¹ Para o aprofundamento do estudo da *potestade administrativa* como decorrência da formulação administrativista do *princípio da legalidade*, recomenda-se a leitura da subseção III do Capítulo VIII do *Curso de derecho administrativo* de Enterría e Fernández. Cf. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 13. ed. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Civitas), 2006, v. 1, p. 447-462.

¹² Tradução nossa do conteúdo do art. 4.6.º do Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, *in litteris*: “Artículo 4. Régimen, aplicación y eficacia de las sanciones administrativas. [...] 6. No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo. Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.” (grifo nosso) Cf. ESPANHA. Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio

Artigo 4. Regime, aplicação e eficácia das sanções administrativas.

[...] 6. Não se poderão iniciar novos procedimentos sancionadores por fatos e condutas tipificadas como infrações cuja comissão o infrator persista de forma continuada, enquanto não houver recaído uma primeira resolução sancionadora sobre os mesmos [fatos e condutas tipificados], em caráter executivo.

Outrossim, será sancionável, como infração continuada, a realização de uma pluralidade de ações ou omissões que infrinjam o mesmo ou semelhantes preceitos administrativos, na execução de um plano preconcebido ou se aproveitando idêntica ocasião. (grifo original)

Em pioneiro estudo monográfico brasileiro relativo ao Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório espousa entendimento em harmonia com o art. 4.6.º do Decreto Real 1398/1993, quando o jurista gaúcho obtempera que tal instituto concerne à “realização de ações ou omissões que infrinjam o mesmo ou semelhantes preceitos administrativos, em execução de um plano concebido ou aproveitando idêntica ocasião”¹³.

Desse modo, o Decreto Real 1398/1993, ao delinear os pressupostos da infração administrativa continuada, refere-se (*cumulativamente*) seja a um pressuposto *objetivo* ou *externo* (a pluralidade de atos comissivos ou omissivos), seja a um pressuposto *subjetivo* ou *psíquico* (a *unidade* de desígnios, por meio de conduta *preordenada* ao fim ilícito, ou *pluralidade* de desígnios, mediante a iniciativa do agente de praticar outros atos ilícitos, iguais ou semelhantes, ao se deparar com uma *inesperada* oportunidade de assim proceder).

Ao positivar pressuposto *subjetivo* que contempla tanto a unidade quanto a pluralidade de desígnios, o Decreto Real 1398/1993 *afastou* de sua órbita uma objeção doutrinária (colhida da dogmática penal, ao tratar da ficção jurídica análoga do *crime continuado*) de que o requisito *subjetivo*, porque *adstrito* à unidade de desígnios, premiaria a

de la potestad sancionadora. Disponível em: <<http://www.mir.es/SGACAVT/derecho/rd/rd1398-1993.html>>. Acesso em: 18 ago 2010.

¹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 421.

audácia de quem efetua “um plano único previamente engendrado”¹⁴, ao passo que excluiria do benefício (*favor rei*¹⁵) aqueles “que atuam sem prévia deliberação, mas que, diante das oportunidades surgidas, não resistem à tentação de delinquir”¹⁶.

Na interpretação da Quinta Seção da Sala do Contencioso Administrativo da *Audiencia Nacional de España*¹⁷, exposta em acórdão de 6 de outubro de 2009, o supracitado primeiro parágrafo do art. 4.6.º do Decreto Real 1398/1993, de 4 de agosto, *condiciona* o advento de *novos* procedimentos sancionadores sobre a *mesma* infração ao *prévio* advento de uma decisão administrativa *definitiva* sobre o caráter ilícito ou não dos atos idênticos ou semelhantes que *já* se encontram em apuração¹⁸, de modo que o administrado possui o direito de permanecer a

¹⁴ MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 558.

¹⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 493.

¹⁶ MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. Op. cit., p. 559.

¹⁷ No âmbito da competência contencioso-administrativa da *Audiencia Nacional de España*, insere-se a atuação na qualidade de instância recursal em face de determinados atos emanados de Ministros e Secretários de Estado, consoante estabelece o art. 66.a da Lei Orgânica 6/185, *in litteris*: “Artículo 66. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional conocerá: a. En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos de los Ministros y Secretarios de Estado que la ley no atribuya a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo. [...]” Cf. ESPANHA. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.11t4.html#c2> Acesso em: 18 ago 2010.

¹⁸ Sala do Contencioso Administrativo da *Audiencia Nacional de España*, item segundo da fundamentação jurídica do acórdão proferido nos autos do Recurso de Apelação n. 136/2009, em 6 de outubro de 2009 (Relator, Magistrado José Luis Gil Ibañez) “[...] La exégesis del precepto muestra que lo pretendido con la primera de las reglas reseñadas es impedir a la Administración la incoación de los trámites que conducen a la imposición de nuevas sanciones por conductas repetidas hasta en tanto en cuanto no se haya pronunciado ejecutivamente sobre la comisión de la infracción en un primer procedimiento, lo que se explica porque será a resultas de ese procedimiento inicial cuando fije su criterio y el administrado conozca la decisión de, en su caso, subsumir la acción en el tipo que corresponda, despejando las dudas que hasta entonces pudieran existir. *En consecuencia, es legítimo que el administrado siga desarrollando la misma conducta que ha motivado el inicio de un expediente sancionador, hasta tanto en cuanto la Administración no decida si tal actuación es constitutiva de una infracción, pues la creencia de que la conducta no incurre en ninguna infracción*”

praticar atos iguais ou similares ao que se encontra sob investigação, até a eventual decisão da Administração Pública de que o comportamento investigado constitui, de fato, conduta ilícita.

No ordenamento jurídico espanhol, destaca-se, na legislação da Comunidade Autônoma do *País Basco*, a segunda parte do art. 22.2 da Lei 2/1998, de 20 de fevereiro, diploma legislativo a reger a *potestade administrativa sancionadora*, no âmbito da Administração Pública basca.

Tal dispositivo, em sede de infração administrativa *continuada*, determina a contagem do prazo “prescricional” (a) *desde o dia em que se realizou o último fato constitutivo da infração* ou (b) *desde quando se eliminou a situação ilícita* (“En los casos de infracción realizada de forma continuada, *tal plazo se comenzará a contar desde el día en que se realizó el último hecho constitutivo de la infracción o desde que se eliminó la situación ilícita*”¹⁹).

No Direito Positivo do *Peru*, de acordo com a *parte final* do art. 233.1 da Lei n. 27444, de 21 de março de 2001, a Lei do Procedimento Administrativo Geral, em caso de ação *continuada*, conta-se o prazo “prescricional” de 5 (cinco) anos *a partir do momento em que cessou a prática do ilícito* (“En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o *desde que cesó, si fuera una acción continuada.*”²⁰).

Artigo 233. – Prescrição

233.1 A faculdade da autoridade para determinar a existência de infrações administrativas prescreve no prazo que estabeleçam as

resulta desvirtuada en el momento en que se produce el pronunciamiento ejecutivo del órgano competente. [...]” (grifo nosso) Cf. ESPANHA. Audiencia Nacional de España. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso núm. 136/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Gil Ibañez. Disponível em: <<http://www.vigilantesdeseguridad.com/index.php?name=PNphpBB2&file=printview&t=19112&start=0>>. Acesso em: 18 ago. 2010.

¹⁹ Cf. PAÍS BASCO. Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-12-1998.html>. Acesso em: 25 ago 2010, grifo nosso.

²⁰ Grifo nosso.

leis especiais, sem prejuízo dos prazos para a prescrição das demais responsabilidades que a infração possa ensejar. Caso não esteja determinado, prescreverá em cinco anos, computador a partir da data em que se cometeu a infração *ou desde que cessou, se foi uma ação continuada*.²¹ (grifo nosso)

Similar disposição acolhe o Direito Positivo do México, por meio do art. 79 da Lei do Procedimento Federal Administrativo, de 14 de julho de 2000, *ipsis verbis*:

Artigo 79. – A faculdade da autoridade para impor sanções administrativas prescreve em cinco anos. Os términos da prescrição serão contínuos e se contarão desde o dia em que se cometeu a falta *ou infração administrativa, se foi consumada, ou desde que cessou, se foi contínua*.²² (grifo nosso)

Nesse diapasão, a Justiça Administrativa de Portugal, de modo reiterado, valendo-se da aplicação *subsidiária* da legislação penal à legislação disciplinar administrativa (tal como o faz a Justiça Cível lusitana, quanto à legislação disciplinar trabalhista), tem enfatizado

²¹ Tradução nossa do disposto no art. 233.1 da Lei n. 27444, *ipssima verba*: “Artículo 233.– Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.” (grifo nosso) Cf. PERU. Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley 27444. Disponível em: <http://www.ipd.gob.pe/transparencia_ipd/documentos/baselegal/Ley_27444.pdf>. Acesso em: 25 ago 2010.

²² Tradução nossa do teor do art. 233.1 da Lei n. 27444, *ipsis litteris virgulisque*: “Artículo 79.– La facultad de la autoridad para imponer sanciones administrativas prescribe en cinco años. Los términos de la prescripción serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió La falta o infracción administrativa si fuere consumada o, desde que cesó si fuere continua.” (grifo nosso) Cf. MÉXICO. Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2010.

que, no tocante à infração disciplinar continuada, principia a contagem do prazo “prescricional” *a partir do fim da execução do ilícito*.

Em outras palavras, “o início do prazo da prescrição, por aplicação analógica da al. b) do n. 2 do art. 118º do CPenal/82 (ou do art. 119.º do CPenal/95) *foi fixado na cessação da execução*, ou seja, *na prática do último ato*²³ *que integra a continuação*”²⁴, frisou a Primeira Subsecção da Seção de Contencioso Administrativo (CA) do Supremo Tribunal Administrativo (STA) português, ao motivar o Acórdão de 16 de janeiro de 2003 (Processo n. 0604/02), sob a relatoria do Juiz Conselheiro João Cordeiro. Em mesmo sentido, esta ensinança jurisprudencial portuguesa: “[...] Nos casos de infração continuada, que se prolongam ininterruptamente no tempo, o prazo de prescrição não começa a correr *enquanto não cessar a conduta faltosa*.”²⁵ (Acórdão TCAS de 16 de julho de 2005.)

Por motivos didáticos (almejando-se expor, com mais acuidade, o contexto jurídico português), cumpre trazer à colação o relevante retrospecto assim alinhavado pelo STA no Acórdão de 16 de Janeiro de 2003 (Processo n. 0604/02):

A problemática da infração criminal continuada, desenvolvida, inicialmente, entre nós, pelo Prof. Eduardo Correia, na sua tese de doutoramento (Unidade e Pluralidade de Infrações – Coimbra 1945) e depois, nas suas lições (Lições de Direito Criminal, pg. 208 e ss.), foi

²³ A ortografia das citações dos julgados portugueses foi adaptada ao português brasileiro.

²⁴ Transcrição de trecho do item V da ementa e de parte da fundamentação do aludido Acórdão STA de 16 de janeiro de 2003. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Primeira Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Janeiro de 2003 (Processo n. 0604/02). Relator: Juiz Conselheiro João Cordeiro. Lisboa, 16 de Janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/13f708580cea2ce780256cb600526185?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010, grifo nosso.

²⁵ Transcrição de parte do item III da ementa do indicado Acórdão TCAS de 16 de julho de 2005. Cf. PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Sul (Contencioso Administrativo – 1.º Juízo Liquidatário). Acórdão de 16 de Junho de 2005 (Processo n. 12327/03). Relator: Juiz António Coelho da Cunha. Lisboa, 16 de Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/0/5f94e69636e9a46e8025703000361b22?OpenDocument>>. Acesso em: 23 ago. 2010, grifo nosso.

ganhando apoio jurisprudencial, vindo a obter consagração legislativa no art. 30.º do CPena/82, onde se define o crime continuado como “a realização plúrima do mesmo tipo ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada de forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente”.

Prescindindo-se, para já, de outras precisões e discussões, em relação a um outro aspecto debatidos na doutrina e na jurisprudência criminal, o que interessa referir é que este conceito de infração continuada veio a ser aceite na jurisprudência em relação ao procedimento disciplinar, quer no âmbito do direito disciplinar de trabalho, quer no domínio do procedimento disciplinar administrativo.

Desta forma, no ac. da Secção Social do STJ de 14-5-97 – rec. 96S217 concluiu-se que “a lei laboral não estabelece um conceito de infração disciplinar continuada, pelo que deverão aplicar-se no âmbito do direito disciplinar do trabalho, por analogia, os princípios de direito penal quanto àquela figura, ou seja, nomeadamente, o art. 30.º do C. Penal” (No mesmo sentido e do mesmo tribunal, cf. acs. STJ de 26-1-98 – rec. 99S297; de 14-1-98 – rec. 97S110; de 22-6-98 – rec. 98S361; de 23-2-95 – rec. 47647; de 29-3-00 – rec. 99S297 e de 3-10-90 – BMJ 400, 240).

Na jurisprudência administrativa a figura da infração disciplinar continuada começando por não merecer aceitação (Ver, v. g. ac. STA de 29-3-90 – rec. 25.187.) acaba, também por ser aceite nos acórdãos de 27-9-00, confirmado pelo ac. Pleno de 9-7-92 ambos no rec. 20.399; de 20-10-92 e do Pleno de 19-12-95 ambos proferidos no p.º 27026; do Pleno de 25-1-96 – rec. 16.526; de 21-1-97 – rec. 37.360.

Em qualquer das jurisdições consideradas, o início do prazo da prescrição, por aplicação analógica da al. b) do n. 2 do art. 118.º do CPena/82 (ou do art. 119.º do CPena/95) foi fixado na cessação da execução, ou seja, na prática do último ato que integra a continuação.²⁶ (Acórdão STA de 16 de janeiro de 2003.)

²⁶ Transcrição de parte da fundamentação do indicado Acórdão STA de 16 de janeiro de 2003. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Primeira Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Janeiro de 2003 (Processo n. 0604/02). Relator: Juiz Conselheiro João Cordeiro. Lisboa, 16 de Janeiro

Consoante se infere dos trechos acima colacionados do Acórdão STA de 16 de janeiro de 2003, a Suprema Corte administrativa portuguesa, em tal precedente, recordou, de modo sucinto, a evolução do pensamento jurisprudencial lusitano a respeito da adoção *subsidiária* das balizas penais à moldura da *infração disciplinar continuada*.

Cuida-se de construção jurisprudência elaborada em razão de o ilícito administrativo-disciplinar continuado *não* possuir, na legislação lusitana (a exemplo do que ocorre em parcela expressiva da legislação dos entes estatais brasileiros), expressa disciplina legal, sobretudo porque *silente* a respeito o Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local de Portugal (ED/84), aprovado pelo Decreto-Lei n. 24/84, de 16 de janeiro. Nessa vereda, assinalam estes ensinamentos jurisprudenciais portugueses:

[...] Embora não especialmente prevista no ED/84, a figura da infração continuada é de admitir no direito disciplinar, designadamente no direito disciplinar administrativo, aplicando-se, aqui, subsidiariamente a norma do art. 300 do C Penal.²⁷ (Acórdão STA de 16 de janeiro de 2003.)

[...] Na falta de qualquer indicação no Estatuto Disciplinar quanto à estrutura da infração continuada e da infração permanente e às suas repercussões sobre o instituto da prescrição, deverão aplicar-se, a título supletivo, os princípios do direito penal dados os termos essencialmente análogos em que se conjugam, nestes dois ramos do direito, os valores ou pontos de vista que intervêm no desenho destas figuras jurídicas.²⁸ (Acórdão STA de 16 de abril de 1997.)

de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/13f708580cea2ce780256cb600526185?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

²⁷ Transcrição de parte do item IV da ementa do indicado Acórdão STA de 16 de janeiro de 2003. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Primeira Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Janeiro de 2003 (Processo n. 0604/02). Relator: Juiz Conselheiro João Cordeiro. Lisboa, 16 de Janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/13f708580cea2ce780256cb600526185?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

²⁸ Transcrição de parte do item I da ementa do indicado Acórdão STA de 16 de abril de 1997. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da Sec-

Ao se compulsar o repertório jurisprudencial da Justiça Administrativa de Portugal, percebe-se, como exemplo ilustrativo da relevância prática, em tal ordenamento jurídico, da discussão em torno do início da contagem do prazo “prescricional” da infração disciplinar continuada, as circunstâncias em que o servidor público se ausenta, de forma ininterrupta, de comparecer à sua ambiência funcional e do consequente exercício de seu múnus público (várias faltas ao serviço vislumbradas, a título de infração continuada, como uma conduta faltosa única):

Deste modo, e tendo-se em conta que a ARS Norte notificou a Recorrente em 19/05/97, em 6/12/97 e em Dezembro de 1998 para retomar funções no B... e que esta nunca o fez nem justificou as suas faltas e que faltou ao serviço, ininterrupta e continuamente, até 4/11/99 é forçoso concluir que o mencionado prazo prescricional não se tinha esgotado quando, em 2/12/99, lhe foi instaurado o procedimento disciplinar (vd. pontos 4 e 5 da matéria de fato).²⁹ (Acórdão STA de 8 de outubro de 2009.)

[...] Não se verifica a prescrição do procedimento disciplinar, quando se considerou a infração continuada até 04-11-99. Na verdade, a arguida começou a faltar ao serviço, a partir de 07-02-97, ininterruptamente, até 04-11-99, sem apresentar qualquer justificação, constituindo, por conseguinte, uma infração continuada, cujo prazo de prescrição não começa a correr, enquanto

ção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Abril de 1997 (Processo n. 021488). Relator: Juiz Conselheiro Azevedo Moreira. Lisboa, 16 de Abril de 1997. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea9317fb51e4f7e673109802568fc0039b70c?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

²⁹ Transcrição de parte do item 1 da fundamentação do Acórdão STA de 8 de outubro de 2009. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Primeira Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 8 de Outubro de 2009 (Processo n. 0498/09). Relator: Juiz Conselheiro Alberto Acácio de Sá Costa Reis. Lisboa, 8 de Outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/a59676875a64a81c802576500042a86b?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 27 ago. 2010.

não cessar a conduta faltosa.³⁰ (Acórdão TCAS de 20 de janeiro de 2005. Em mesmo sentido: Acórdão TCAS de 11 de dezembro de 2008.³¹)

Ora, no caso concreto, como se nota no Relatório Final do processo disciplinar, “O arguido começou a faltar ao serviço a partir de 7 de Fevereiro de 1997, ininterruptamente, até 4 de Novembro de 1999 ... sem apresentar qualquer justificação, constituindo, por conseguinte, uma infração continuada, cujo prazo de prescrição não começa a correr enquanto não cessar a conduta faltosa (cfr. Ac. STA de 30.06-98).

Ora, o auto por faltas injustificadas, datado de 21.10.99, foi instaurado dentro do período em que ainda ocorria a dita infração continuada, portanto atempadamente.³² (Acórdão TCAS de 16 de julho de 2005.)

O Pleno da Seção de Contencioso Administrativa do Supremo Tribunal Administrativo de Portugal, no aludido Acórdão de 16 de abril de 1997 (Relator, Juiz Conselheiro Azevedo Moreira), assim

³⁰ Transcrição de parte do item VI da ementa do indicado Acórdão TCAS de 20 de janeiro de 2005. Cf. PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Sul (Contencioso Administrativo – 1.º Juízo Liquidatário). Acórdão de 20 de Janeiro de 2005 (Processo n. 12328/03). Relator: Juiz Xavier Forte. Lisboa, 20 de Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/0/a7384398a52d610f80256f97004bc545?OpenDocument>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

³¹ Transcrição de parte do item I da fundamentação do Acórdão TCAS de 11 de dezembro de 2008. Cf. PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Sul (Contencioso Administrativo – 1.º Juízo Liquidatário). Acórdão de 11 de Dezembro de 2008 (Processo n. 12328/03). Relator: Juiz Beato de Sousa. Lisboa, 11 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d06c1a5fd95dbc37880257522004aa15a?OpenDocument>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

³² Transcrição de parte do item 3 da fundamentação do Acórdão TCAS de 16 de julho de 2005. Cf. PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Sul (Contencioso Administrativo – 1.º Juízo Liquidatário). Acórdão de 16 de Junho de 2005 (Processo n. 12327/03). Relator: Juiz António Coelho da Cunha. Lisboa, 16 de Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/0/5f94e69636e9a46e8025703000361b22?OpenDocument>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

diferenciou as infrações administrativas *continuadas* das infrações administrativas *permanentes*:

Na infração continuada temos uma pluralidade de atos singulares unificada pela mesma disposição exterior das circunstâncias que determina a diminuição da culpa do agente, na infração permanente uma omissão duradoura do cumprimento do dever de restaurar a situação de legalidade perturbada por um ato ilícito inicial do mesmo agente.³³ (Acórdão STA de 16 de abril de 1997.)

3. Os sistemas do conhecimento e consumação do ato: Estatutos Funcionais da União e dos Estados-membros brasileiros

No âmbito da legislação do pessoal estatutário da União e de parcela considerável dos entes estatais brasileiros, defender-se a contagem do prazo “prescricional” da infração administrativo-disciplinar continuada *a partir* da data em que cessou o ilícito continuado esbarra em normas legais que abraçam o *sistema da data do conhecimento do fato (dies scientiae)*³⁴, a exemplo do art. 142, § 1.º, da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o Estatuto dos Servidores Públicos da União (“O prazo de prescrição começa a correr da data *em que o fato se tornou conhecido.*”³⁵), executada a sua aplicação, pelo segmento majoritário das legislações estatutárias brasileiras que o adotam³⁶, quando

³³ Transcrição de parte do item II da ementa do indicado Acórdão STA de 16 de abril de 1997. Cf. PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Abril de 1997 (Processo n.º 021488). Relator: Juiz Conselheiro Azevedo Moreira. Lisboa, 16 de Abril de 1997. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea9317fb51e4f7e673109802568fc0039b70c?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

³⁴ NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150-151.

³⁵ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 31 dez. 2010.

³⁶ No caso do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Santa Catarina* (Lei Estadual n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985), nem sempre a legislação penal rege a contagem do prazo “prescricional” da infração disciplinar-crime: *apenas* caso

se trata de infração administrativo-disciplinar com *repercussão na esfera penal* (caso o tipo do ilícito administrativo-disciplinar corresponda a tipo penal – nesse caso, o ilícito constitui *infração disciplinar* e, ao mesmo tempo, *crime*), circunstância em que se aplica o art. 111, inciso I, do Código Penal³⁷ (redação alterada pelo art. 1.º da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), segundo o qual a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr *do dia em que o crime se consumou*. Ilustrativo, nesse sentido, o art. 142, § 2.º, da Lei n. 8.112/1990 (“Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime”).

A maioria dos Estatutos Funcionais dos Estados brasileiros que acolhe o sistema do *dies scientiae* estabelece, *ad exemplum* do recordado Estatuto dos Servidores Públicos da União (art. 142, § 1.º, da Lei n. 8.112/1990³⁸), a contagem do prazo “prescricional” a partir do dia no qual *o fato se tornou conhecido*, sem especificar se tal ciência diz respeito à tomada de conhecimento pela Administração Pública em geral (vista como um todo), pelo superior hierárquico do possível autor da infração disciplinar ou pela autoridade administrativa incumbida de processar e julgar, na esfera disciplinar, tal servidor público:

- (a) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Mato Grosso* (art. 169, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 04, de 15 de

a respectiva ação penal prescreva *em mais de 05 (cinco) anos* (art. 151, 2.ª parte). Cf. SANTA CATARINA. Lei Estadual n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010. Já o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Goiás* (art. 322, § 2º, da Lei Estadual n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988) aplica os prazos de “prescrição” fixados na lei penal quanto às infrações disciplinares previstas como crime, *ressalvado o abandono de cargo*. Cf. GOIÁS. Lei Estadual n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/pagina_leis.php?id=4221>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

³⁷ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

³⁸ BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 31 dez. 2010.

- outubro de 1990: “O prazo de prescrição começa da data em que o *fato ou transgressão se tornou conhecido*.”³⁹⁾
- (b) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Piauí* (art. 163, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 13, de 03 de janeiro de 1994): “O prazo de prescrição começa a correr da data em que o *fato se tornou conhecido*.”⁴⁰⁾
- (c) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Alagoas* (art. 144, § 1º, da Lei Estadual n. 5.247, de 26 de julho de 1991): “O prazo de prescrição começa a correr da data em que o *fato se tornou conhecimento*.”⁴¹⁾
- (d) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Rio Grande do Norte* (art. 153, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 122, de 30 de junho de 1994): “O prazo de prescrição começa a ocorrer da data em que o *fato se tornou conhecido*.”⁴²⁾
- (e) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Amapá* (art. 158, § 1º, da Lei Estadual n. 0066, de 03 de maio de 1993): “O prazo de prescrição começa a correr da data em que o *fato se tomou conhecido*.”⁴³⁾
- (f) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Acre* (art. 193, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 39, de 29 de dezembro de 1993): “O prazo de prescrição começa a contar da data em que o *fato se tornou conhecido*.”⁴⁴⁾

³⁹ MATO GROSSO. Lei Complementar Estadual n. 04, de 15 de outubro de 1990. Disponível em: <<http://www.sad.mt.gov.br/uploads/LEI%20COMPLEMENTAR%20.....%20SAD.doc>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁴⁰ PIAUÍ. Lei Complementar Estadual n. 13, de 03 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.piaui.pi.gov.br/estatuto.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁴¹ ALAGOAS. Lei Estadual n. 5.247, de 26 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.controladoria.al.gov.br/legislacao/leis/lei_n_5-1-1-247_de_26-07-91_-_regime_juridico_unico.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁴² RIO GRANDE DO NORTE. Lei Complementar Estadual n. 122, de 30 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/assembleia/navegacao/leisordinarias.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

⁴³ AMAPÁ. Lei Estadual n. 0066, de 03 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=rjun>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁴⁴ ACRE. Lei Complementar Estadual n. 39, de 29 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://sapl.ac.gov.br:8087/sapl_documentos/norma_juridica/1689_texto_integral>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

- (g) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Pará* (art. 198, § 1º, da Lei Estadual n. 5.810, de 24 de janeiro de 1994): “O prazo de prescrição começa a correr da data em que o *fato se tornou conhecido*.”⁴⁵

Relativamente ao Distrito Federal, invoca-se o disposto no referido art. 142, § 1.º, da Lei n. 8.112/1990, enquanto se aguarda o advento do Estatuto dos Servidores Públicos Distritais. (Alvissareiro, nesse sentido, o acórdão do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ao julgar, em 15 de junho de 2010 e de forma unânime, *procedente* a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.00.2.011613-1 – ADI por omissão, ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do DF e sob a relatoria do Desembargador Dácio Vieira –, e determinar que, no prazo de 60 dias, a Chefia do Poder Executivo Distrital enviasse à Câmara Legislativa do DF o anteprojeto de lei complementar a estabelecer o regime dos servidores públicos do Distrito Federal⁴⁶. O art. 34 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal estatuiu o prazo de 90 dias para que o Governador do DF assim procedesse, contados da promulgação da Lei Orgânica, ocorrida em 8 de junho de 1993⁴⁷.)

⁴⁵ PARÁ. Lei Estadual n. 5.810, de 24 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁴⁶ Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.00.2.011613-1, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal estendeu para 60 dias o prazo destinado ao encaminhamento do Anteprojeto do Estatuto dos Servidores Distritais, ante a ponderação do Desembargador Cruz Macedo de que o prazo regimental de 30 dias seria exíguo para elaborar o anteprojeto de um diploma legislativo dessa envergadura. Cf. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Conselho Especial). Ata do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.00.2.011613-1. Acórdão n. 436011. Processo n.º 2007 00 2 011613-1 ADI – 0011613-07.2007.807.0000 (Res.65 – CNJ) DF. Relator: Desembargador Dácio Vieira. Brasília, DF, 6 de julho de 2010 (no mérito, votação unânime). *DJ-e*, 04 ago. 2010, p. 34. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

⁴⁷ Art. 34 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal, *ipsis litteris*: “Art. 34. O Poder Executivo, no prazo de noventa dias da promulgação da Lei Orgânica, encaminhará à Câmara Legislativa projeto de lei que disporá sobre o regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.” Cf. DISTRITO FEDERAL. Lei Orgânica

De forma minoritária, encontram-se nas legislações estatutárias dos Estados-membros brasileiros variantes *menos genéricas* do modelo do *sistema da data do conhecimento do fato* (sistema, recorde-se, agasalhado, na esfera federal, pelo pluricitado art. 142, § 1.º, da Lei n. 8.112/1990):

- (a) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Amazonas* (art. 169, *caput*, da Lei Estadual n. 1.762 de 14 de novembro de 1986) faz alusão à ciência do ilícito pela *autoridade*, sem, contudo, dilucidar se é a autoridade, do ponto de vista hierárquico, *imediatamente superior ao servidor em questão* ou se, em verdade, refere-se o texto legislativo à *autoridade competente para processá-lo* na via disciplinar: “A prescrição começa a contar da data em que a autoridade tomar conhecimento da existência da falta.”⁴⁸
- (b) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Santa Catarina* (Lei Estadual n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985) acolhe o sistema do *dies scientiae*, reportando-se, como marco inicial, ao “*dia em que o ilícito se tornou conhecido* de [sic] *autoridade competente para agir*”⁴⁹ (art. 150, § 1º, alínea *a*), salvo – destaque-se – no caso dos “*ilícitos permanentes ou continuados*”⁵⁰, circunstância na qual “*prescreve*” a contagem “*do dia em que cessar a permanência ou a continuação*” (art. 150, § 1º, alínea *b*)⁵¹ – disposição que se assemelha ao art. 111, inciso III, do CP (conforme redação esculpida pelo art. 1.º da Lei n. 7.209/1984), a preconizar que a prescrição, antes de transitar em julgado a

do Distrito Federal (1993). Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/cldf/legislacao/lei-organica-1/>>. Acesso em: 10 set. 2010.

⁴⁸ AMAZONAS. Lei Estadual n. 1.762, de 14 de novembro de 1986. Disponível em: <<http://rhet.sead.am.gov.br/>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁴⁹ Grifo nosso.

⁵⁰ Grifo nosso.

⁵¹ SANTA CATARINA. Lei Estadual n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

sentença final, começa a correr, nos crimes permanentes⁵², do dia *em que cessou* a permanência.

- (c) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Rio Grande do Sul* (art. 197, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994, de acordo com a redação alterada pelo art. 1.º da Lei Complementar Estadual n. 11.928, de 13 de junho de 2003), ao esposar o sistema do *dies scientiae*, refere-se à ciência fatural pelo *superior hierárquico*: “O prazo de prescrição começa a fluir a *partir da data do conhecimento do fato*, por superior *hierárquico*.”⁵³

Consiste em aspecto criticável da legislação do pessoal estatutário de tais entes político-administrativos brasileiros, uma vez que o sistema do *dies scientiae* potencializa a possibilidade de tensão entre o *princípio da legalidade*⁵⁴, consubstanciado no dever-poder⁵⁵ punitivo-disciplinar

⁵² “*Permanente* é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro). Crime permanente não pode ser confundido com *crime instantâneo de efeitos permanentes* (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente.” Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1, p. 266.

⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar Estadual n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/Legis/Arquivos/12.860.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁵⁴ Para o aprofundamento do estudo da *potestade administrativa* como decorrência da formulação administrativista do *princípio da legalidade*, recomenda-se a leitura da subseção III do Capítulo VIII do *Curso de derecho administrativo* de Enterría e Fernández. Cf. GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 13. ed. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Civitas), 2006, v. 1, p. 447-462.

⁵⁵ Os poderes estatais não são meras *faculdades*. Representam deveres – *deveres-poderes*, na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello e de Eros Roberto Grau, ou *poderes-deveres*, segundo a óptica majoritária na Ciência do Direito Público, a exemplo do magistério de José Cretella Júnior. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 209; CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 18. Assiste razão aos magistérios de Bandeira de Mello e de Grau. O *dever estatal condiciona o poder estatal*. Este *decorre* daquele. “Quem quer o fim dá os meios”, recorda o Ministro Paulo Brossard. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

estatal, e o *princípio da segurança jurídica*, que *veda* a ausência de prazo *indeterminado* para o exercício de atos que tenham o condão de afetar interesses, direitos e bens jurídicos alheios⁵⁶.

O interesse público de apurar a responsabilidade administrativa e aplicar a sanção administrativa cabível *não* deve se sobrepor ao interesse público de evitar lapso temporal indefinido para a Administração Pública deflagrar o devido processo administrativo sancionador ou disciplinar.

Pondera Elody Nassar:

A “ciência do fato pela autoridade”, em princípio, pode dar-se a qualquer tempo e a Administração ainda tem a prerrogativa de elidir a prescrição pela abertura do processo administrativo, que fixa novo prazo para a contagem do prazo prescricional.⁵⁷

Ementa do acórdão em sede do *Habeas Corpus* n. 71039/RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996, p. 48.708. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2010. Diante do exposto, em vez da típica expressão publicista *poder-dever*, adota-se neste estudo a locução *dever-poder*. Esclarece Bandeira de Mello: “Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de ‘*poder*’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.” (grifo do autor) Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., loc. cit.

⁵⁶ Conveniente, nesse sentido, atinar com este pronunciamento da Procuradoria Geral da República da Costa Rica (manifestação jurídica de 29 de maio de 2008, trecho do capítulo III): “Indudablemente, el poder sancionatorio-disciplinario de la Administración debe ejercerse en forma oportuna; es decir, que la sanción impuesta en un determinado momento, sea correlativa más que al tiempo de la comisión de la falta, al conocimiento efectivo y calificado de la infracción administrativa por parte de la autoridad competente para sancionar [...]; con lo cual se procura, por un lado, *dar seguridad jurídica al servidor, en el sentido de que tenga conocimiento de que su infracción ha de ser sancionada en un período determinado, impidiendo que se perpetúe la pendencia de una eventual sanción disciplinaria*, y por el otro, *se garantiza a la entidad patronal el legítimo ejercicio de la potestad sancionadora administrativa*.” Cf. COSTA RICA. Procuraduría General de la República. Dictamen n: 178 del 29/05/2008. C-178-2008. 29 de mayo de 2008. Autor: MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera, Procurador Adjunto. Disponível em: <http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamiento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=15228&strTipM=T>. Acesso em: 13 jan. 2011.

⁵⁷ NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 151.

Nessa toada, salienta Mauro Roberto Gomes de Mattos:

O direito não pode servir como eternização de uma futura punição disciplinar, capaz de ser manejada quando a Administração Pública se dignar a afirmar que tomou conhecimento de um fato após o transcurso do tempo. O *ius puniendi* não é absoluto e eterno, ele se sujeita à regra da segurança jurídica e do princípio da razoabilidade, dentre outros, exatamente para possibilitar a paz coletiva, afastando a ideia de um processo perpétuo.⁵⁸

Constata Renato Luiz Mello Varoto:

[...] em número expressivo, os ilícitos administrativos estão marcados pela continuidade e [pel]a permanência. E, portanto, desconhecer tal realidade é, de certa forma, premiar o servidor que venha a revelar maior habilidade e astúcia na prática do ilícito, encobrindo, às vezes por longo tempo, a prática condenável.⁵⁹

Já o art. 301 do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Paraná (Lei Estadual n. 6.174, de 16 de novembro de 1970) *não* esclarece que sistema adota, salvo no caso de *infração disciplinar/crime*, caso em que aplica a legislação penal (“A falta também prevista na lei penal como crime, prescreve juntamente com este” – parágrafo único do mesmo artigo)⁶⁰. Ante tal peculiaridade do Estatuto Funcional paranaense, afigura-se pertinente a ponderação de Caio Tácito (lançada em face de igual silêncio, em que incorreu o revogado art. 213 da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952⁶¹, o pretérito Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União):

⁵⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n. 8.112/90 interpretada e comentada: regime jurídico dos servidores públicos da União*. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008, p.1.015-1.016.

⁵⁹ VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 187.

⁶⁰ PARANÁ. Lei Estadual n. 6.174, de 16 de novembro de 1970. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/diaadia/diadia/arquivos/File/efp_pr.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2010, grifo nosso.

⁶¹ Art. 213 da Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952, *ad litteris et verbis*: Art. 213. Prescreverá: I – em dois anos a falta sujeita às penas de repreensão, multa ou

Dois são os sistemas que orientam o cômputo da prescrição: o do momento da consumação do ato, ou o de seu conhecimento. Não adotou, objetivamente, a norma estatutária, uma ou outra dessas fórmulas, *deferindo, assim, ao poder regulamentar ou, em sua ausência, à jurisprudência administrativa a adoção do critério mais adequado à finalidade do instituto.*⁶² (grifo nosso)

Por outro lado, *em extremo oposto* ao polo em que se encontram os Estatutos Funcionais mato-grossense, piauiense, alagoano, potiguar, amapaense, acreano, paraense, amazonense, catarinense e gaúcho, situam-se os Estatutos dos Servidores Públicos dos Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Sergipe, Pernambuco e Ceará adotam o *sistema da consumação do ato*, ao principia-rem a contagem da “prescrição” disciplinar *a partir da data do fato punível*:

- (a) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Rio de Janeiro* (art. 57, § 2º, do Decreto-Lei Estadual n. 220, de 18 de julho de 1975: “O curso da prescrição começa a fluir *da data do evento punível disciplinarmente* e interrompe-se pela abertura de inquérito administrativo.”⁶³)
- (b) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Espírito Santo* (art. 157, § 2º, da Lei Complementar Estadual n. 46, de 31 de janeiro de 1994: “Em se tratando de evento punível, o curso da prescrição começa a fluir *da data do referido evento*”)

suspensão; II – em quatro anos a falta sujeita: a) a pena de demissão, no caso do § 2.º do art. 207; b) a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Parágrafo único. A falta também prevista na lei penal como crime prescreverá juntamente com este.” Cf. BRASIL. Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1711.htm>. Acesso em: 31 ago. 2010.

⁶² TÁCITO, Caio. Funcionário público – falta disciplinar – prescrição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 45, jul.-set. 1956, p. 485.

⁶³ RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei Estadual n. 220, de 18 de julho de 1975. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/83b1e11a446ce7f7032569ba0082511c/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

- e interrompe-se pela abertura da sindicância ou do processo administrativo-disciplinar.”⁶⁴).
- (c) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Goiás* (art. 322, § 1º, da Lei Estadual n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988, conforme a redação dada pelo art. 1.º da Lei Estadual n.º 14.678, de 12 de janeiro de 2004): “A contagem do prazo prescricional tem início a partir *da data da prática da transgressão* e regula-se pela maior sanção em abstrato prevista para a infração cometida, mesmo que a pena efetivamente aplicada tenha sido reduzida, inclusive na hipótese de exclusão da multa.”⁶⁵)
- (d) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Mato Grosso do Sul* (art. 244, § 2º, da Lei Complementar Estadual n. 2, de 18 de janeiro de 1980: “O curso da prescrição começa a fluir *da data do evento punível disciplinarmente* e se interrompe pela abertura da sindicância ou com a instauração do processo administrativo disciplinar”⁶⁶).
- (e) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Sergipe* (art. 269, § 2º, da Lei Estadual n. 2.148, de 21 de dezembro de 1977: “O curso da prescrição é contado *a partir do dia da ocorrência da falta*, interrompendo-se com a abertura da sindicância ou do inquérito administrativo, quando for o caso.”⁶⁷)
- (f) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Pernambuco* (art. 209, § 2º, da Lei Estadual n. 6.123, de 20 de julho de 1968: “O curso da prescrição começa a fluir *da data do fato punível*

⁶⁴ ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar Estadual n. 46, de 31 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.es.gov.br/site/servidores/estatuto_servidor.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁶⁵ GOIÁS. Lei Estadual n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/pagina_leis.php?id=4221>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁶⁶ MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar Estadual n. 2, de 18 de janeiro de 1980. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secogev/govato.nsf/1b758e65922af3e904256b220050342a/a876dcf93687866e042574480047f875?OpenDocument&Highlight=2,Estatuto>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁶⁷ SERGIPE. Lei Estadual n. 2.148, de 21 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/Detailhe_Lei.asp?Numerolei=5765>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

disciplinarmente e se interrompe pelo ato que determinar a instauração do inquérito administrativo.”⁶⁸)

- (g) Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do *Ceará* (art. 182, *caput*, da Lei Estadual n. 9.826, de 14 de maio de 1974): “O direito ao exercício do poder disciplinar prescreve passados cinco anos *da data em que o ilícito tiver ocorrido.*” (Exceção para a infração de abandono de cargo: “São imprescritíveis o ilícito de abandono de cargo e a respectiva sanção” – art. 182, parágrafo único.)⁶⁹

Os Estatutos Funcionais de Tocantins, Maranhão e São Paulo lançam mão de fórmulas próprias:

- (a) O Estatuto dos Servidores Públicos de *Tocantins* (art. 165, § 1.º, da Lei Estadual n. 1.818, de 23 de agosto de 2007) condiciona a contagem da “prescrição” disciplinar a partir da data do fato punível à presença de fato punível *notório*: “O prazo de prescrição começa a correr da data da prática do ato, quando notório.”⁷⁰
- (b) O Estatuto dos Servidores Públicos do *Maranhão* (art. 233, § 1.º, da Lei Estadual n. 6.107, de 27 de julho de 1994) adota sistema *misto*: “O prazo de prescrição começa a fluir *da data em que foi praticado o ato, ou do seu conhecimento pela administração.*”⁷¹

⁶⁸ PERNAMBUCO. Lei Estadual n. 6.123, de 20 de julho de 1968. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/estatuto_servidor.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁶⁹ CEARÁ. Lei Estadual n. 9.826, de 14 de maio de 1974: dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. Ceará: INESP, 2006. Disponível em: <http://www.al.ce.gov.br/publicacoes/estatuto_dos_funcionarios.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁷⁰ TOCANTINS. Lei Estadual n. 1.818, de 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.to.gov.br/legislacao/Lei%201818.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

⁷¹ MARANHÃO. Lei Estadual n. 6.107, de 27 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br/ged/>>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

- (c) O Estatuto dos Servidores Públicos do Estado *de São Paulo* (art. 261, § 1.º, ns. 1 e 2, da Lei Estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968) se *assemelha* ao modelo encampado pelo Direito basco, peruano, mexicano e português:

Art. 261 – [...]

[...]

§ 1.º – A prescrição começa a correr:

1 – *do dia em que a falta for cometida;*

2 – *do dia em que tenha cessado a continuação ou a permanência, nas faltas continuadas ou permanentes.* [Redação dada pelo art. 1º, III da Lei Complementar n. 942, de 6 de junho de 2003.]⁷² (grifo nosso)

Considerações finais

(1) A formulação acolhida pelo Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *São Paulo* (art. 261, § 1.º, n. 1, da Lei Estadual n. 10.261/1968), além da virtude de iniciar, como *regra geral*, o cômputo do prazo da “prescrição” disciplinar da *data em que praticada a infração* (na esteira dos Estatutos dos Servidores Públicos fluminense, capixaba, goiano, sul-mato-grossense, sergipano, pernambucano e cearense), destaca-se pelo *diferencial* (em comparação com os Estatutos Funcionais dos demais Estados-membros e da União) de positivar, de forma explícita, a hipótese de *infração continuada ou permanente*, ao prescrever o *começo* da contagem de tal prazo a partir do dia em que *cessada a continuação* ou a *permanência* (art. 261, § 1.º, n. 2, da Lei Estadual n. 10.261/1968 – SP), em consonância, nesse *segundo* aspecto (da expressa previsão do *dies a quo* da infração continuada), com a legislação regente do processo administrativo do *País Basco* (art. 22.2, 2.ª parte da Lei 2/1998), do *Peru* (art. 233.1 da Lei n. 27444/2001) e do *México* (art. 79, *in fine*, da Lei do Procedimento

⁷² SÃO PAULO. Lei Estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/estatuto_func_publico.htm>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.

Federal Administrativo), bem como com a jurisprudência iterativa da Justiça Administrativa de *Portugal* (Acórdãos STA de 16 de abril de 1997, 16 de janeiro de 2003 e 8 de outubro de 2009, assim como os Acórdãos TCAS de 20 de janeiro de 2005, 16 de julho de 2005 e 11 de dezembro de 2008), além de percorrer, nesse último ponto, a *mesma direção* do supracitado art. 150, § 1º, alínea *b*, do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de *Santa Catarina* (Lei Estadual n. 6.745/1985), com a diferença de que o Estatuto catarinense abraça, a título de *regra geral*, o modelo do *dies scientiae* (art. 150, § 1º, alínea *a*).

(2) No campo do Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar, denota-se aconselhável que o legislador adote (ou passe a adotar) a contagem do prazo para o exercício da potestade estatal punitiva *a partir da data* em que consumado o ilícito, em detrimento do sistema do *dies scientiae* (baseado na data da ciência, pela Administração Pública ou por seu(s) agente(s), da prática da infração), a fim de se evitar a tensão entre os princípios da *legalidade* e da *segurança jurídica*, haja vista que o interesse público de apurar a responsabilidade administrativa e aplicar a sanção administrativa cabível *não* deve se sobrepor ao interesse público de evitar lapso temporal indefinido para a Administração Pública deflagrar o devido processo administrativo sancionador ou disciplinar.

(3) Aos entes estatais pátrios cujas legislações sejam, por ventura, *silentes* nas searas do Direito Administrativo Sancionador e Disciplinar, no tocante ao início da contagem do prazo para o exercício da potestade estatal punitiva concernente à *infração continuada*, recomenda-se que sigam o paradigma do Estado de São Paulo, inserindo no(s) respectivo(s) diploma(s) legislativo(s) dispositivo similar ao insculpido no art. 261, § 1º, n. 2, da Lei Estadual n. 10.261/1968 – SP.

REFERÊNCIAS

- ACRE. Lei Complementar Estadual n. 39, de 29 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://sapl.ac.gov.br:8087/sapl_documentos/norma_juridica/1689_texto_integral>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- ALAGOAS. Lei Estadual n. 5.247, de 26 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.controladoria.al.gov.br/legislacao/leis/lei_n_5-1-1-247_de_26-07-91_-_regime_juridico_unico.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- AMAPÁ. Lei Estadual n. 0066, de 03 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=rjun>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMAZONAS. Lei Estadual n. 1.762, de 14 de novembro de 1986. Disponível em: <<http://rhet.sead.am.gov.br>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.
- BRASIL. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2010.
- . Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L1711.htm>. Acesso em: 31 ago. 2010.
- . Lei n. 8.112, de 11 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 31 dez. 2010.
- . Supremo Tribunal Federal. Ementa do acórdão em sede do Habeas Corpus n. 71039/RJ. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, DF, 7 de abril de 1994. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 6 dez. 1996, p. 48.708. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 29 ago. 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CEARÁ. Lei Estadual n. 9.826, de 14 de maio de 1974: dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado. Ceará: INESP, 2006. Disponí-

- vel em: <http://www.al.ce.gov.br/publicacoes/estatuto_dos_funcionarios.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2010, grifo nosso.
- COSTA RICA. Procuradoria General de la República. Dictamen n: 178 del 29/05/2008. C-178-2008. 29 de mayo de 2008. Autor: MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera, Procurador Adjunto. Disponível em: <http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/pronunciamento/pro_repartidor.asp?param1=PRD¶m6=1&nDictamen=15228&strTipM=T>. Acesso em: 13 jan. 2011.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva.
- DISTRITO FEDERAL. Lei Orgânica do Distrito Federal (1993). Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/cldf/legislacao/lei-organica-1/>>. Acesso em: 10 set. 2010.
- . Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Conselho Especial). Ata do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.00.2.011613-1. Acórdão n. 436011. Processo n. 2007 00 2 011613-1 ADI – 0011613-07.2007.807.0000 (Res.65 – CNJ) DF. Relator: Desembargador Dácio Vieira. Brasília, DF, 6 de julho de 2010 (no mérito, votação unânime). *DJ-e*, 04 ago. 2010, p. 34. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2010.
- ESPANHA. Audiencia Nacional de España. Jurisdicción: Contencioso-Administrativa. Recurso núm. 136/2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Gil Ibañez. Disponível em: <<http://www.vigilantesdeseguridad.com/index.php?name=PNphpBB2&file=printview&t=19112&start=0>>. Acesso em: 18 ago. 2010.
- . Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-1985.11t4.html#c2> Acesso em: 18 ago 2010.
- . Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Disponível em: <<http://www.mir.es/SGACAVT/derecho/rd/rd1398-1993.html>>. Acesso em: 18 ago 2010.
- ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar Estadual n. 46, de 31 de janeiro de 1994. Disponível em: <http://www.es.gov.br/site/servidores/estatuto_servidor.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2010.

- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 13. ed. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Civitas), 2006, v. 1.
- GOIÁS. Lei Estadual n. 10.460, de 22 de fevereiro de 1988. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/pagina_leis.php?id=4221>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARANHÃO. Lei Estadual n. 6.107, de 27 de julho de 1994. Disponível em: <<http://www.al.ma.gov.br/ged/>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- MATO GROSSO DO SUL. Lei Complementar Estadual n. 2, de 18 de janeiro de 1980. Disponível em: <<http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/1b758e65922af3e904256b220050342a/a876dcf93687866e042574480047f875?OpenDocument&Highlight=2,Estatuto>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- MATO GROSSO. Lei Complementar Estadual n. 04, de 15 de outubro de 1990. Disponível em: <<http://www.sad.mt.gov.br/uploads/LEI%20COMPLEMENTAR%20.....%20SAD.doc>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei n. 8.112/90 interpretada e comentada*: regime jurídico dos servidores públicos da União. 4. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.
- MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Direito penal*: parte geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.
- MÉXICO. Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/112.pdf>>. Acesso em: 25 ago 2010.
- NASSAR, Elody. *Prescrição na Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- PAÍS BASCO. Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Disponível em: <http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/pv-l2-1998.html>. Acesso em: 25 ago 2010.
- PARÁ. Lei Estadual n. 5.810, de 24 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

- PARANÁ. Lei Estadual n. 6.174, de 16 de novembro de 1970. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/diaadia/diaadia/arquivos/File/efp_pr.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2010, grifo nosso.
- PERNAMBUCO. Lei Estadual n. 6.123, de 20 de julho de 1968. Disponível em: <http://legis.alepe.pe.gov.br/estatuto_servidor.aspx>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- PERU. Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley 27444. Disponível em: <http://www.ipd.gob.pe/transparencia_ipd/documentos/baselegal/Ley_27444.pdf>. Acesso em: 25 ago 2010.
- PIAUI. Lei Complementar Estadual n. 13, de 03 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.piaui.pi.gov.br/estatuto.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Pleno da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Abril de 1997 (Processo n. 021488). Relator: Juiz Conselheiro Azevedo Moreira. Lisboa, 16 de Abril de 1997. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbb22e1bb1e680256f8e003ea931/7fb51e4f7e673109802568fc0039b70c?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- (Primeira Subsecção da Secção de Contencioso Administrativo). Acórdão de 16 de Janeiro de 2003 (Processo n. 0604/02). Relator: Juiz Conselheiro João Cordeiro. Lisboa, 16 de Janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/13f708580cea2ce780256cb600526185?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 23 ago. 2010, grifo nosso.
- Acórdão de 8 de Outubro de 2009 (Processo n. 0498/09). Relator: Juiz Conselheiro Alberto Acácio de Sá Costa Reis. Lisboa, 8 de Outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/0/a59676875a64a81c802576500042a86b?OpenDocument&ExpandSection=1>>. Acesso em: 27 ago. 2010.
- Tribunal Central Administrativo Sul (Contencioso Administrativo – 1.º Juízo Liquidatário). Acórdão de 16 de Junho de 2005 (Processo n. 12327/03). Relator: Juiz António Coelho da Cunha. Lisboa, 16 de Junho de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/0/5f94e69636e9a46e8025703000361b22?OpenDocument>>. Acesso em: 23 ago. 2010.
- Acórdão de 20 de Janeiro de 2005 (Processo n. 12328/03). Relator: Juiz Xavier Forte. Lisboa, 20 de Janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/0/a7384398a52d610f80256f97004bc545?OpenDocument>>. Acesso em: 23 ago. 2010.

- . Acórdão de 11 de Dezembro de 2008 (Processo n. 12328/03). Relator: Juiz Beato de Sousa. Lisboa, 11 de Dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/06c1a5fd95dbc37880257522004aa15a?OpenDocument>>. Acesso em: 28 ago. 2010.
- RIO DE JANEIRO. Decreto-Lei Estadual n. 220, de 18 de julho de 1975. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/decest.nsf/83b1e11a446ce7f7032569ba0082511c/cb7fc6f032ee6e5683256eb40054bd0e?OpenDocument>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- RIO GRANDE DO NORTE. Lei Complementar Estadual n. 122, de 30 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.al.rn.gov.br/assembleia/navegacao/leisordinarias.asp>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei Complementar Estadual n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1994. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/Legis/Arquivos/12.860.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- SANTA CATARINA. Lei Estadual n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985. Disponível em: <<http://www.alepa.pa.gov.br/alepa/bleis.php>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- SÃO PAULO. Lei Estadual n. 10.261, de 28 de outubro de 1968. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/estatuto_func_publico.htm>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- SERGIPE. Lei Estadual n. 2.148, de 21 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/Detalhe_Lei.asp?Numerolei=5765>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TÁCITO, Caio. Funcionário público – falta disciplinar – prescrição. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 482-486, jul.-set. 1956.
- TOCANTINS. Lei Estadual n. 1.818, de 23 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.tj.to.gov.br/legislacao/Lei%201818.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- VAROTO, Renato Luiz Mello. *Prescrição no processo administrativo disciplinar*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

Origem e evolução do sistema de governo na Constituição da República de Angola¹

JOSÉ CARLOS NETO²

Resumo: Um sistema de governo é o resultado de um vasto leque de factores sociais, culturais económicos e políticos que se conjugam, dos quais derivam relações entre cidadãos de uma determinada comunidade, dirigida por um ou mais indivíduos que são os detentores do poder, que o exercem em benefício e no interesse comum dos outros membros da comunidade.

Em Angola, para analisarmos o sistema de governo, somos forçados a fazer uma incursão, ainda que sumária, sobre a sua história recente, sobre o modo como tem sido organizado o poder político, principalmente no período pós-independência, e o modo como tem sido exercido.

Angola tornou-se independente em 1975, num contexto fortemente marcado pela guerra fria, e a influência deste ambiente global teve efeitos no plano interno, reflectidos nos vários textos constitucionais que marcaram a história do país. Em 2010 aprovou uma Constituição que dota o Estado Angolano de um sistema de governo de tipo presidencialista, inspirado noutros modelos que tomam em consideração a separação de poderes e os direitos fundamentais como elementos estruturantes e limitadores do poder político. Como sucede naturalmente em todos os sistemas de governo, existem algumas diferenças entre o texto da Constituição, a prática constitucional e a vida em sociedade.

O presente artigo trata de analisar a evolução do sistema de governo angolano, sob diversos ângulos, tanto numa perspectiva histórica como actual, baseando-se nos modelos clássicos já estudados pela ciência jurídica e, apesar da escassez de elementos de análise no que toca à historiografia africana, particularmente a angolana, trata também de fazer um estudo comparado sobre os elementos essenciais que concorrem para a caracterização do actual sistema de governo em vigor na República de Angola.

¹ Entregue: 20.5.2014; aprovado: 30.6.2014.

² Organizado pela NOVA Direito e pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

Palavras-chave: Sistemas de Governo, Lei Constitucional, Constituição, Estrutura do poder político em Angola.

Abstract: A governmental system is the result of a vast range of social, cultural, economic and political factors combined, from which the relations amid the citizens of a certain community derive, led by one or more individuals that are holders of power, and that exercise it for the benefit and the common interest of themselves and other members of that community.

In order to analyse the governmental system in Angola, we are obliged to make an incursion, even if succinctly, into the country's recent history on how its political power has been organised and exercised, particularly during the post-independence period.

Angola became independent in 1975, in a period significantly marked by the cold war, and the influence of this global context had effects on the internal plan, and reflected in various constitutional texts that mark the history of the country. In 2010 a constitution was approved which bestowed the Angolan State with a presidential government system, inspired in other models that consider the separation of fundamental powers and rights as structural elements limiting to political powers. However, as can be witnessed in all systems of governance, there are differences between the constitutional texts, the constitutional practice and social practice for common citizens.

This article intends to analyse the evolution of the governmental system in Angola, from historical and contemporary angles. For the purpose of analysis, classical legal science models were considered. Despite the limitation in literature in the African historiography, and particularly the Angolan, this article presents a comparative study on elements essential for the characterisation of Angola's system of governance currently in vigor.

Keywords: Governmental systems, Constitutional Law, Constitution, Political Power structure, Angola.

Introdução

Um sistema de governo é o resultado de um vasto leque de factores sociais, culturais económicos e políticos que se conjugam, dos quais derivam relações entre cidadãos de uma determinada comunidade, dirigida por um ou mais indivíduos que são os detentores do poder, que o exercem em benefício e no interesse comum dos outros membros da comunidade.

Em Angola, para analisarmos o sistema de governo, somos forçados a fazer uma incursão, ainda que sumária, sobre a sua história

recente, sobre o modo como tem sido organizado o poder político, principalmente no período pós-independência, e o modo como tem sido exercido.

Angola tornou-se independente em 1975, num contexto fortemente marcado pela guerra fria, e a influência deste ambiente global teve efeitos no plano interno, reflectidos nos vários textos constitucionais que marcaram a história do país.

O presente relatório trata de analisar a evolução do sistema de governo angolano, sob diversos ângulos, tanto numa perspectiva histórica como actual, baseando-se nos modelos clássicos já estudados pela ciência jurídica e, apesar da escassez de elementos de análise no que toca à historiografia africana, particularmente a angolana, trata também de fazer um estudo comparado sobre os elementos essenciais que concorrem para a caracterização do actual sistema de governo em vigor na República de Angola

Angola aprovou em 2010 uma Constituição que dota o Estado Angolano de um sistema de governo de tipo presidencialista, inspirado noutros modelos que tomam em consideração a separação de poderes e os direitos fundamentais como elementos estruturantes e limitadores do poder político. Como sucede naturalmente em todos os sistemas de governo, existem algumas diferenças entre o texto da Constituição, a prática constitucional e a vida em sociedade.

Assim, serão analisados todos estes aspectos para caracterizar o sistema de governo angolano e o modo como evoluiu desde a independência até ao presente momento, marcado pelo surgimento de três grandes períodos constitucionais: de 1975 a 1992, caracterizado por um sistema de partido único de inspiração marxista-leninista, de economia centralmente planificada e acentuados poderes no Presidente da República, ao que corresponde a uma I República; de 1992 a 2010, período em que formalmente vigorou um sistema de governo semipresidencial baseado na legitimidade democrática multipartidária, na separação e equilíbrio de poderes entre os órgãos de soberania, que consideramos ter representado uma II República; e de 2010 até ao presente momento, em que se verifica a existência de um quadro constitucional em que a organização do poder político aponta para um retorno ao sistema de concentração de poderes no Presidente da

República, que é o Chefe de Estado, o Titular do Poder Executivo e dispõe de poderes legislativos próprios além dos que partilha com o Parlamento, demonstrando estar-se novamente em presença de um sistema de governo presidencialista que inaugura uma III República.

O relatório está estruturado em 5 partes, sendo a primeira parte reservada ao tratamento e definição de conceitos de formas e sistemas de governo, e figuras afins; a segunda parte aborda questões relacionadas com os sistemas de governo parlamentar, presidencialista e semipresidencialista, sendo feita também uma descrição, de certa forma mais aturada, do sistema de governo e poderes do Presidente dos Estados Unidos da América; A terceira parte trata da origem e evolução da Constituição Angolana, onde é discutida a Lei Constitucional na sua versão de 1975, 1978, 1992 e a versão vigente de 2010, que apresenta características peculiares sobre a organização e funcionamento dos órgãos do Estado, o modo de eleição do Presidente da República e a relação institucional entre os órgãos de soberania; a quarta parte diz respeito às conclusões; e, finalmente, apresentamos as referências bibliográficas.

Uma nota breve: algumas expressões serão utilizadas de forma indistinta com o mesmo sentido, designadamente “presidencial ou presidencialista”, “semipresidencial ou semipresidencialista”.

1. Formas e sistemas de governo

1.1. De um modo geral, a doutrina analisa os conceitos de formas e sistemas de governo ao tratar da relação dialéctica que se estabelece entre uma determinada comunidade e o poder político, partindo do princípio segundo o qual os homens nas suas relações recíprocas não se limitam a agir individual e espontaneamente em busca de soluções para os múltiplos problemas com que se confrontam, antes organizam-se e atribuem a determinados membros da sociedade o exercício do poder político, que exercem em seu nome, impondo, coercivamente se necessário, regras de conduta para a realização do bem comum, que os membros da comunidade se dispõem a cumprir.

1.2. Para BACELAR GOUVEIA “o poder político consiste na produção de comandos que imponham determinados comportamentos, relativamente aos quais revela uma intrínseca aptidão de obrigar, pela força se necessário, ao respectivo acatamento, através do emprego de esquemas de coacção material.” Uma comunidade organizada e dotada de um poder político nos termos, ora, definidos configura a ideia do Estado em sede do qual é possível estudar-se as diversas formas e sistemas de governo³.

BACELAR GOUVEIA apresenta-nos o seguinte conceito de Estado: “...estrutura juridicamente personalizada, que num dado território exerce um poder político soberano, em nome de uma comunidade de cidadãos que ao mesmo se vincula”⁴. A partir deste conceito o autor disserta sobre os três elementos constitutivos do Estado, designadamente, o elemento humano – o povo, o elemento funcional – a soberania, e o elemento espacial – o território⁵.

O povo é a comunidade sobre quem se exerce o poder político. Os membros da comunidade são pessoas que por força da ligação ou do vínculo jurídico que mantêm com o Estado a que pertencem, dispõem de direitos e de deveres tutelados pelo Direito, conferindo-lhes o estatuto de cidadãos. A soberania é entendida como o poder político organizado com o objectivo de dotar os Estados dos órgãos e dos meios essenciais ao seu funcionamento, no seu próprio interesse e no interesse do povo. E porque não há Estado sem território, o elemento espacial representa este substrato no qual o Estado exerce a sua soberania e o povo desenvolve as suas actividades, tuteladas e regidas pelo Direito.

³ JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 4.^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2011, p. 113 e ss; RICARDO LEITE PINTO, JOSÉ DE MATOS CORREIA e FERNANDO ROBORESOS SEARA, *Ciência Política e Direito Constitucional – Teoria Geral do Estado e Formas de Governo*, Vol. I, 5.^a Edição, revista, Coleção Manuais, Lisboa 2013, p. 31 e ss; MANUEL PROENÇA DE CARVALHO, *Manual de Ciência Política e Sistemas Políticos e Constitucionais*, 3.^a Edição, (revista e actualizada), Quid Juris, Lisboa, 2010, p. 55 e ss.

⁴ JORGE BACELAR GOUVEIA, *op. cit.*, p. 141. Cfr. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3.^a Edição, revista, actualizada e ampliada, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2011, p.4 a 70.

⁵ JORGE BACELAR GOUVEIA, *op. cit.*, p. 147 e ss.

1.3. Para JÓNATAS MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA o Estado define-se “como o detentor, dentro de um território, do poder soberano, quer em face dos sujeitos externos a esse território, a **soberania externa**, quer em face dos sujeitos que residam, ou actuem no seu interior, a **soberania interna**.”⁶ Igualmente, este autor baseia-se nos três elementos característicos do conceito de Estado, o povo, o território e o poder soberano (ou poder político) e, em consequência, define o Estado como o ente ou a instituição que exerce o poder político nesse território em benefício do povo.

1.4. Sem discorrer sobre a evolução histórica do Estado e as transformações que ocorreram ao longo desta evolução, temos como ponto assente que a ideia de Estado por que nos pautamos é aquela que elege os três elementos que o caracterizam, a existência de um povo, dispondo de um território no qual se exerce um poder político, como essenciais à definição do conceito que pretendemos e que atribui o exercício do poder político a um ente, que em nome dos membros da comunidade organiza os interesses comuns e prossegue fins de interesse geral. Conforme JORGE MIRANDA, “O Estado é institucionalização, mas esta não significa apenas existência de órgãos, ou seja, de instituições com faculdades de formação da vontade; significa também organização da comunidade, predisposição para os seus membros serem investidos de direitos e deveres entre si e em face do poder.”⁷

1.5. Quais as formas ou sistemas de governo que é possível identificar-se na organização do poder político do Estado?

JORGE MIRANDA considera a forma de governo como o conjunto de preceitos que formalizam o pacto de convivência entre os detentores do poder político e os membros de uma dada comunidade, definindo a legitimidade para o exercício do poder, os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e a sua força legitimadora e

⁶ JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Direito Constitucional Angolano*, 11.^a Edição, Coimbra Editora, Outubro, 2011, p. 12.

⁷ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p 58. Ver também as páginas 62 e ss.

condicionante do exercício do poder político, assim como a relação entre os detentores do poder político e os governados.

Por sistema de governo o autor entende ser “o modo como o poder se organiza internamente, o modo como, dentro dele, se dispõem os governantes; ou, em termos mais restritos e rigorosos, o sistema dos órgãos da função política do Estado, com o inerente estatuto dos seus titulares, os governantes.” A forma de governo reflecte a relação entre governantes e governados, ao passo que o sistema de governo trata dos aspectos relacionados com a organização do poder político e dos seus órgãos integrantes, sem ter necessariamente em linha de conta a comunidade. “Na forma de governo encontram-se frente a frente governantes e governados, no sistema de governo apenas os governantes.”⁸ No sistema de governo pretende-se essencialmente olhar para as relações que se estabelecem entre os vários órgãos que exercem o poder político, e o estatuto ostentado pelos seus titulares.

O sistema de governo pode ser analisado numa perspectiva jurídica ou numa perspectiva política. Para JORGE MIRANDA, a análise do sistema de governo na perspectiva jurídica implica que sejam tomadas em consideração três princípios jurídicos que pesam na determinação do modelo vigente num determinado ordenamento: o princípio da separação de poderes, em virtude do qual é possível avaliar a forma como é distribuído o poder pelos vários órgãos do Estado; o princípio da dependência, independência ou interdependência dos órgãos, conforme a influência que dispõem os seus titulares para o exercício do poder ou para a escolha de quem o possa exercer; e o princípio da responsabilidade política que acaba por ser um corolário lógico dos dois anteriores⁹.

De acordo com os princípios enunciados encontramos sistemas de governo em que o poder político é exercido apenas por um órgão que

⁸ JORGE MIRANDA, *Formas e Sistemas de Governo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1.ª Edição, 2007, p. 1 a 6. MANUEL PROENÇA DE CARVALHO baseia-se em JORGE MIRANDA e define a forma de governo como “o modo como se estrutura e exerce o poder político em cada sociedade, e que vai estudar aspectos como a legitimidade, a representação política, o pluralismo e a divisão de poder” (cfr MANUEL PROENÇA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 78).

⁹ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p 71 e ss.

concentra em si toda a acção governativa, ou sistemas de governo em que o poder é repartido por diversos órgãos, que exercem com maior ou menor autonomia e especialização, em função dos equilíbrios determinados pela ordem constitucional.

1.6. GOMES CANOTILHO trata do conceito de forma de governo em sede da organização do poder político, estabelecendo uma ligação com o sistema político, e define-a como a “recíproca posição jurídico-constitucional dos diversos órgãos constitucionais de soberania e respectivas conexões e interdependências políticas, institucionais e funcionais¹⁰.” Trata-se de uma opinião que, no essencial, não difere do conceito de sistema de governo adoptado por JORGE MIRANDA. Entretanto, GOMES CANOTILHO salienta, como referimos, que a forma de governo deve ser analisada no sentido dinâmico que o conceito encerra, associando-se o exercício do poder político às práticas institucionais dominantes, daí resultando uma ideia que se aproxima do conceito de sistema de governo referido anteriormente.

1.7. RICARDO LEITE PINTO, JOSÉ DE MATOS CORREIA e FERNANDO ROBOREDO SEARA, apresentam um conceito de forma de governo que, em nossa opinião, vai no mesmo sentido dos já enunciados. Para estes autores o conceito de forma de governo reflete o modo como as sociedades organizam o poder político e como este se relaciona com os seus membros, associando ao conceito elementos retirados de outros como das formas do Estado ou dos regimes políticos e económicos, conferindo um sentido dinâmico à ideia que nos transmitem. Assim, entende-se por forma de governo “as relações existentes entre o poder político e o povo e o modo como são organizados e como atuam os órgãos desse mesmo poder político.¹¹”

Os mesmos autores definem o sistema de governo como “a forma como entre si se relacionam os diversos órgãos do poder político soberano; quer do ponto de vista do seu modelo e estruturação normativa,

¹⁰ J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, p. 562 e 573.

¹¹ RICARDO LEITE PINTO, JOSÉ DE MATOS CORREIA e FERNANDO ROBOREDO SEARA, *op. cit.*, p. 255 e ss.

quer do ponto de vista das situações fácticas concretamente desenvolvidas (da prática constitucional).¹²” Demonstra-se com este conceito, que na análise dos sistemas de governo é fundamental ter como pano de fundo a realidade e a prática constitucional inerente ao contexto a ser tratado, permitindo a distinção entre regimes políticos diferentes fundados no mesmo sistema de governo (dois sistemas de governo formalmente presidencialistas podem corresponder a experiências constitucionais distintas entre si), ou caracterizar um dado sistema de governo em função do regime político prevalecente.

1.8. Trata-se, pois, de maneiras diferentes de abordar a questão sobre a caracterização do poder político, da relação entre os seus órgãos e destes com a comunidade em que está organizado. De resto, estes conceitos são por vezes utilizados como sinónimos, em função do ponto de partida e da perspectiva de análise como são tratados. Da nossa parte, vamos utilizar o conceito de sistema de governo, na linha de pensamento de JORGE MIRANDA, por maior comodidade de exposição e coincidência com o tema do relatório, sem retirar qualquer mérito à abordagem feita por outros autores, até porque não vimos diferenças substanciais entre as posições adoptadas.

1.9. De um ponto de vista jurídico-constitucional, JORGE MIRANDA identifica três princípios fundamentais que caracterizam os sistemas de governo: o da separação de poderes; o da dependência, independência ou interdependência dos órgãos (considerando a articulação existente entre órgãos e o modo como um deles pode influenciar a escolha de titulares de outros órgãos); e o conceito de responsabilidade política, de um determinado órgão perante outro.

Em função dos princípios em análise, podem existir sistemas de governo com concentração de poderes e sistemas de governo com desconcentração de poderes. Um e outro distinguem-se pela maior ou menor preponderância do princípio da separação de poderes. Os sistemas de governo presidencial, parlamentar e semiparlamentar são os

¹² RICARDO LEITE PINTO, JOSÉ DE MATOS CORREIA e FERNANDO ROBOSO SEARA, *op. cit.*, p. 302 e ss.

mais significativos que resultam da segunda hipótese, ou seja, os que respeitam o princípio da separação de poderes. A monarquia limitada, o sistema de governo representativo simples, o sistema convencional e o sistema de governo soviético constituem os modelos típicos de formas organizativas do poder político em que não é nítida a linha de separação de poderes, conseqüentemente, se concentram no Monarca, no Chefe de Estado, numa Assembleia política ou num partido único, que se transformam no centro de gravidade da vida política¹³.

1.10. O princípio da separação de poderes é invocado na doutrina constitucional em sede do tratamento da organização do poder político e das várias formas de governo que podem resultar dessa organização, em função da maior ou menor concentração de poderes num ou mais órgãos chamados a exercer.

A ideia é afluída pela primeira vez por Aristóteles, por referência ao modo como uma Constituição estruturava o poder político, consentindo a representação de interesses das várias classes sociais nos seus órgãos representativos, de forma equilibrada, sem que nenhuma tivesse o monopólio do poder¹⁴.

Foi retomada ao longo da história e em várias latitudes por outros pensadores que, sob diversos ângulos analisaram o conceito que assumiu uma multiplicidade de conteúdos até chegar aos nossos tempos, sendo actualmente utilizada como fonte legitimadora das modernas constituições democráticas que não prescindem da repartição de poderes por vários órgãos de soberania, designadamente, o legislativo, o executivo e o judicial, em detrimento da sua concentração num único órgão com poderes absolutos e conflituantes com os interesses das diversas classes de uma determinada sociedade. Nesse percurso histórico John Locke, Montesquieu e Rousseau são referências fundamentais pela influência que tiveram na formulação e desenvolvimento do conceito.

¹³ JORGE MIRANDA, *op. cit.*, p. 72.

¹⁴ NUNO PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional, um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra Editora, 1989, p. 32 e ss.

A preponderância que uma Constituição concede a um dos órgãos de soberania será o indicador do modelo de governo que se pretende estabelecer, a forma como o poder está efectivamente repartido, e que mecanismos existem para a manutenção do equilíbrio e do controlo recíproco entre os vários órgãos no exercício do poder político.

1.11. O princípio da separação de poderes é um elemento essencial que muito contribui para o estudo dos sistemas de governo, quer se parta da análise da sua evolução histórica, quer enquanto princípio constitucional¹⁵. De um modo geral, os sistemas de governo atualmente existentes inspiraram-se nas teorias clássicas sobre a organização do poder político, recolhem elementos de modelos constitucionais contemporâneos de maior relevância, e formam o seu próprio sistema com algumas afinidades comparativamente aos modelos dominantes e inovadores quanto à sua essência. No caso concreto da República de Angola temos assistido a experiências que bem ilustram o que acabamos de referir. Inicialmente inspirada na doutrina marxista-leninista e nos modelos constitucionais de matriz socialista, a constituição angolana sofreu várias transformações até assumir a forma presente de matriz democrática, fortemente marcada pelo princípio da separação de poderes.

2. Os sistemas de governo

2.1. O sistema de governo parlamentar

2.1.1. Em regra, ao proceder-se à análise dos sistemas de governo é dada primazia ao sistema de governo parlamentar, por ser historicamente o mais antigo e pela influência política e doutrinária que exerceu noutras formas organizativas do poder político. A Inglaterra é considerada o berço do sistema de governo parlamentar. O seu sistema de governo não está consagrado numa Constituição em sentido

¹⁵ Para uma análise aprofundada sobre a evolução histórica da doutrina da separação de poderes, cfr. NUNO PIÇARRA, op. cit., p. 41 a 139.

formal. As regras constitucionais encontram-se dispersas em vários documentos escritos outorgados ao longo dos tempos e que assumem força de leis fundamentais.

Remonta ao ano de 1215, data em que foi outorgada a Magna Carta que instituiu um conjunto de direitos fundamentais, limitadores dos poderes do Rei, o advento do constitucionalismo britânico. Fruto de compromissos aceites entre o Rei João Sem Terra, por um lado, a igreja e a nobreza por outro. A Magna Carta continha um acervo de direitos e deveres fundamentais que nenhuma das partes poderia violar. Esta data marca o momento em que a Magna Carta, tornou-se no primeiro instrumento de garantia das liberdades cívicas e religiosa dos cidadãos e em que o parlamentarismo constitucional começou a ganhar forma na Inglaterra, por muitos considerado como o “parlamento modelo”¹⁶.

2.1.2. GOMES CANOTILHO reconhece três elementos estruturantes no sistema de governo parlamentar: a responsabilidade do gabinete perante o parlamento, do qual depende a necessária confiança política para governar; dissolução do parlamento pelo Chefe de Estado, sob proposta do gabinete; e a eleição do Presidente da República pelo Parlamento (nas monarquias não há lugar a este procedimento)¹⁷. Apesar do papel relevante reservado ao Governo e ao seu Primeiro-Ministro ou Chanceler, o parlamento desempenha um papel importante por constituir um espaço de debate político que influencia decisivamente, a vida política, por um lado, e por outro, porque deve garantir uma maioria ao governo (por via eleitoral) para que a ação política se concretize com estabilidade.

No sistema parlamentar britânico o monarca é uma figura que dispõe apenas de poderes simbólicos porque, na verdade, o centro de toda a vida política do Reino desenvolve-se no parlamento¹⁸.

¹⁶ ARMANDO MARQUES GUEDES, *Ideologias e Sistemas Políticos*, Instituto de Altos Estudos Militares, Lisboa, 1978, p. 75. Cfr PROENÇA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 149 e ss; e também RAÚL CARLOS VASQUES ARAÚJO, *o Presidente da República no Sistema Político de Angola*, Casa das Ideias, Luanda, Dezembro de 2009, p. 69

¹⁷ GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p.583.

¹⁸ BACELAR GOUVEIA, *op. cit.*, p. 276 e ss.

Para PROENÇA DE CARVALHO, as características fundamentais do sistema de governo parlamentar são: i) a “existência de dois órgãos políticos, a saber: Governo e parlamento, com poderes efectivos e um órgão político com poderes meramente formais, o Chefe de Estado; ii) formação do Governo em sintonia com os resultados das eleições para a Câmara dos Comuns, a cargo do chefe do partido maioritário; iii) responsabilidade política do Governo perante a Câmara dos Comuns. Assim sendo, a perda de confiança política, manifestada através da aprovação de uma moção de censura ou da rejeição de uma moção de confiança, conduz à queda do Governo”¹⁹.

Neste sistema, os membros do Governo são também membros do Parlamento. Devido ao sistema eleitoral vigente, o Chefe do Governo é o líder do partido vencedor das eleições, podendo o Governo integrar membros de outros partidos, caso sejam constituídas coligações para a necessária maioria parlamentar que assegure estabilidade governativa. O poder executivo é exercido pelo Governo, liderado por um Primeiro-Ministro ou por um Chanceler, que é politicamente responsável perante o parlamento. Por conseguinte, o Chefe do Governo necessita de uma maioria estável para governar, sob pena de ser constantemente perturbado e o seu governo destituído, sempre que forem aprovadas moções de censura, ou rejeitadas moções de confiança ao seu Governo. O Chefe de Estado dispõe, como foi dito, de poderes meramente simbólicos, não havendo lugar para uma “bicefalia” na condução dos assuntos públicos pelos órgãos do Estado, como sucede no sistema semipresidencialista²⁰.

2.2. O sistema de governo presidencialista

2.2.1. O sistema de governo presidencialista é, por excelência, o dos Estados Unidos da América.

¹⁹ PROENÇA DE CARVALHO, op. cit., 165.

²⁰ *Idem*, p. 165-166. Cfr JORGE CARPIZO, Características Essenciales Del Sistema Presidencial e Influencias para su Instauración en America Latina, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año de 2006, p. 58-60.

A ordem constitucional norte americana está profundamente relacionada com a colonização gradual de parcelas de território do continente americano a partir do século XVI, por povos principalmente provenientes do Reino Unido da Grã-Bretanha que, contrariamente aos espanhóis e aos franceses que se serviam da colonização em busca de metais preciosos e especiarias, foram motivados pelo espírito coerente de religião (maioritariamente protestantes perseguidos na Europa) e pelo espírito de liberdade, cujos benefícios viriam a ser preservados a favor dos descendentes dos pais fundadores dos Estados Unidos da América, como sublinham na Declaração de Independência de 1776 e no preâmbulo da Constituição 1787.

Apesar da riqueza e da importância histórica do constitucionalismo norte-americano, não é objectivo deste relatório analisar em profundidade essa evolução histórica. No essencial pretende-se retratar os aspectos fundamentais do sistema de governo presidencial e verificar até que ponto a sua influência está ou não presente no sistema de governo angolano.

2.2.2. A separação de poderes na Constituição dos Estados Unidos da América procurou estabelecer equilíbrios que evitassem a concentração de excessivos poderes num determinado órgão de soberania, que teria tendência a subjugar os outros e criar novamente um sistema de governo despótico semelhante ao que obrigou o povo americano a lutar pela independência.

Este equilíbrio de poderes foi conseguido tendo sido criado um Congresso eleito democraticamente e constituído por duas câmaras que se equilibram mutuamente; um Presidente, também eleito democraticamente (por via indirecta) titular do poder executivo que é condicionado pelo Congresso para a aprovação de determinadas leis, principalmente o orçamento, mas que tem poder de veto sobre diplomas aprovados por este órgão; e um poder judicial forte, com poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis, por via da “judicial review”, constituem os elementos fortes que caracterizam o sistema de governo presidencial norte-americano. Apesar dos “pesos e contrapesos” do sistema, é, em certas ocasiões, no Presidente dos Estados Unidos da América que gravita a vida política do país, sem prejuízo da preponderância do

Congresso, principalmente, nos casos em que delibera sobre matérias em relação às quais existam divergências com o Presidente²¹.

2.2.3. O Presidente é eleito por sufrágio indirecto que reflecte a escolha dos grandes eleitores de cada Estado que, por sua vez, escolhem o Presidente dos Estados Unidos da América. O processo de eleição do Presidente é complexo e tem início na escolha do candidato dentro do partido a que este pertence, em Convenções organizadas para o efeito, sendo depois o candidato do respectivo partido submetido ao pleito eleitoral para Presidente dos Estados Unidos da América, cargo ao qual concorre com o seu Vice-Presidente. O Presidente é eleito por sufrágio indirecto por um mandato de quatro anos, renovável apenas uma única vez.

No entanto, o que confere grande realce ao Presidente dos Estados Unidos é o conjunto de poderes executivos que exerce pessoalmente, tanto no plano interno como no externo. O Presidente é o Chefe de Estado e Titular do Poder Executivo, é o Comandante em Chefe das forças armadas e em política externa, é o mais alto representante do Estado, a quem compete celebrar acordos internacionais, bem como nomear os Embaixadores e os Cônsules. A forma de eleição do Presidente assim como todos os seus poderes estão contemplados no art.º II da Constituição. Contudo, outros poderes implícitos do Presidente não estão plasmados no texto da Constituição por serem de natureza consuetudinária, principalmente no que respeita a questões de ordem militar.

Regressando aos poderes do Presidente, no sistema de freios e contrapesos, este pode vetar leis aprovadas pelo Congresso, sempre que não esteja de acordo com um determinado projecto de lei. Tendo em conta o princípio da separação de poderes, o Presidente não pode dissolver o Congresso, nem este pode destituí-lo, excepto em caso de impugnação do seu mandato por responsabilidades criminais ou “impeachment”²². Por esta razão, o poder de veto do Presidente é o mecanismo de maior efeito político de manifestação de discordância do

²¹ BACELAR GOUVEIA, op. cit., p.306.

²² RAÚL CARLOS VASQUES ARAÚJO, op. cit, p. 85.

Presidente sobre uma determinada medida aprovada pelo Congresso. O Presidente é também o símbolo de unidade da nação, competindo-lhe garantir o respeito pela Constituição²³.

PROENÇA DE CARVALHO confrontando o poder dos órgãos políticos do sistema presidencialista retira alguns traços dos quais nos socorremos para caracterizar o sistema em análise. Em primeiro lugar, o Presidente, que é simultaneamente o Chefe de Estado, não pode dissolver o Congresso nem este pode votar uma moção de censura para o destituir ou aos seus Secretários, em virtude da legitimidade destes dois órgãos eleitos democraticamente. Este facto implica que, tanto o Presidente como os seus Secretários não sejam politicamente responsáveis perante o Congresso.

O segundo elemento característico prende-se com a falta de poderes executivos dos auxiliares do Presidente que concentra em si todo este poder. Em consequência, não existe um Primeiro-Ministro como sucede nos sistemas semipresidencial e parlamentar, pelo que, “os actos do Chefe de Estado não estão sujeitos a referenda ministerial”²⁴.

2.2.4. Em resumo, o sistema de governo presidencial americano é, basicamente, caracterizado por uma clara consagração constitucional do princípio da separação de poderes, o legislativo, o executivo e o judicial; o Presidente é eleito democraticamente de forma indirecta, através de grandes eleitores; o Presidente da República é o Titular do Poder Executivo, auxiliado no exercício das suas funções por Secretários de Estado, não dispondo, por este motivo, de um governo ou de um gabinete ministerial com poderes próprios e autónomos; o Presidente da República não tem poderes de dissolução do parlamento (composto por duas câmaras: o Senado e o Congresso), nem este pode destituí-lo (exceto em caso de “impeachment”), num sinal claro de separação de poderes; tanto o Presidente como os seus Secretários não são politicamente responsáveis perante o Congresso que, entretanto, não pode

²³ Sobre os poderes do Presidente dos Estados Unidos da América, cfr. PROENÇA DE CARVALHO, op. cit., p. 217 e ss. No mesmo sentido, cfr. ARMANDO MARQUES GUEDES, op. cit., p. 124-129. RAÚL CARLOS VASQUES ARAÚJO, op. cit., p. 91.

²⁴ PROENÇA DE CARVALHO, op. cit., p. 198. Cfr. JORGE CARPIZO, op. cit., p. 58-60; BACELAR GOUVEIA, op. cit., p. 299 e ss.

ser dissolvido por aquele; o Presidente nomeia e exonera livremente os membros da sua Administração.

Comparando o sistema de governo norte-americano com alguns modelos semelhantes na América do Sul, encontramos algumas diferenças que, não pondo em causa a substância do sistema de governo presidencial, apresentam algumas diferenças, designadamente no que respeita a partilha de poderes do presidente, nas circunstâncias em que os resultados eleitorais requeiram o recurso a governos de coligação, forçando o Presidente a partilhar poderes com membros do seu executivo provenientes do partido (ou partidos) de coligação. Situações deste género vão sendo frequentes na América do Sul, o que torna o sistema mais ou menos presidencial, em função dos resultados eleitorais, facto que não ocorre nos Estados Unidos da América em que o Presidente pode cumprir o seu mandato, independentemente do resultado que o seu partido obtiver nas eleições legislativas²⁵.

2.3. O sistema de governo semipresidencialista

2.3.1. O sistema de governo semipresidencialista caracteriza-se fundamentalmente pelo equilíbrio entre os três poderes, não sendo um “sistema de governo de assembleia”, nem um sistema de governo pessoal²⁶, antes um meio-termo entre os dois anteriormente analisados, que segundo BACELAR GOUVEIA não é presidencial devido à repartição de poderes executivos entre o Chefe de Estado e o Chefe do Governo; “nem é parlamentar porque o Chefe de Estado é eleito por sufrágio universal e direto dos cidadãos franceses, tal facto lhe conferindo uma legitimidade popular.²⁷”

²⁵ JORGE CARPIZO, op. cit., 61 e ss.

²⁶ ARMANDO MARQUES GUEDES, op. cit., p. 221.

²⁷ BACELAR GOUVEIA, apresenta adicionalmente uma abordagem positiva a esta definição que resulta, em primeiro lugar, do facto do Governo ser politicamente responsável perante o Presidente da República e o Parlamento, e por outro lado, pela liberdade constitucional de dissolução do Parlamento pelo Chefe de Estado. BACELAR GOUVEIA op. cit., p. 339. É nesta linha de pensamento que utilizamos a expressão “meio-termo”, sentido diferente da Constituição mista de Aristóteles em que a expressão serve para qualificar o resultado do envolvimento das diversas classes sociais nas

A história tem demonstrado que na origem das grandes revoluções destinadas a mudar regimes políticos e, em consequência, inaugurarem novos ciclos políticos, estão invariavelmente associados fenómenos de crise económica e financeira, bem como regimes autoritários cerceadores das liberdades fundamentais dos cidadãos. A França tem sido um dos países que simboliza a luta pela conquista e defesa de direitos e liberdades fundamentais, em consequência de processos políticos registados na sua história constitucional. Entretanto, também aqui não vamos analisar a história, mas apenas destacar os elementos característicos do sistema de governo semipresidencialista e possíveis influências noutros sistemas de governo, em especial, no angolano.

A França teve até aos nossos dias 16 textos constitucionais, sendo o primeiro o de 1791 e o último o de 1958, que permanece em vigor²⁸. A Constituição de 1958 inaugurou a V República que será o ponto de partida para a análise das principais características do semipresidencialismo francês.

A Constituição Francesa, rígida quanto aos requisitos para a sua revisão, tem uma sistematização que comporta 16 títulos, dos quais iremos centrar a nossa atenção nas matérias que dizem respeito à organização do sistema político, designadamente, o Presidente, o Parlamento e o Governo.

2.3.2. O Presidente da República no sistema semipresidencial é eleito por sufrágio universal directo, por um período de cinco anos.

As funções do Presidente estão plasmadas no Título II da Constituição. O Presidente da República é o Chefe de Estado e dispõe de amplos poderes políticos e executivos, entre os quais, o de presidir o Conselho de Ministros; nomear e exonerar o Primeiro-Ministro e os outros membros do Governo; o de garantir a Constituição; dissolver a Assembleia Nacional, após consulta ao Primeiro-Ministro e aos presidentes das duas Câmaras; aprovar os decretos legislativos e os decretos aprovados em Conselho de Ministros; e é também o Chefe das Forças

instituições de poder, e o equilíbrio que esta participação proporciona ao sistema de governo. Cfr NUNO PIÇARRA, *op. cit.*, p. 34 e ss.

²⁸ BACELAR GOUVEIA, *op. cit.*, p. 313. Cfr ARMANDO MARQUE GUEDES, *op. cit.*, p 151 e ss.

Armadas. O Presidente dispõe também de poderes excepcionais previstos no art.º 16.º, que podem ser accionados em caso de grave crise nacional que afecte o normal funcionamento das instituições, mas tais poderes muito poucas vezes foram utilizados. Finalmente tem poder de veto; nomeia os titulares de cargos civis e militares; e tem a faculdade de enviar mensagens às duas Câmaras do Parlamento, ou de discursar no Parlamento reunido em Congresso²⁹.

2.3.3. O Parlamento é o órgão legislativo por excelência, a casa da democracia em França. É composto de duas câmaras, a Assembleia Nacional que representa os franceses e conta com 577 Deputados eleitos por um mandato de cinco anos, e o Senado que representa as colectividades territoriais, bem como os nacionais residentes no estrangeiro, e compõe-se de 348 senadores, com mandatos de seis anos (e renovações parciais de três anos), eleitos por sufrágio indirecto³⁰.

De acordo com o art. 24.º, o Parlamento vota as leis, controla a acção do governo e avalia as políticas públicas. Seguem-se um conjunto de artigos relacionados com as demais competências do Parlamento, sua organização e funcionamento, assim como os direitos e regalias dos membros que o integram³¹.

2.3.4. O Governo é o órgão executivo constituído pelo Primeiro-Ministro e pelos Ministros, que tem a particularidade de ser nomeado pelo Presidente da República em função do resultado das eleições legislativas. O Primeiro-Ministro tem legitimidade democrática e, apesar de ser nomeado pelo Presidente da República, a sua exoneração implica a queda do Governo, em caso de aprovação de uma moção de censura ou a reprovação do programa de governo pelo Parlamento. Além das competências executivas, o Governo é também titular de competências legislativas, em matérias que não estejam constitucionalmente reservadas à lei.

O Governo é politicamente responsável perante o Presidente da República e o Parlamento e mantém com este órgão de soberania uma

²⁹ Título II da Constituição Francesa, artigos 5.º a 18.º.

³⁰ Artigos 24.º e 32.º da Constituição Francesa.

³¹ Art. 18.º, *idem*.

relação estreita e regulada com algum detalhe pela Constituição. Em resultado desta estreita relação, derivada da partilha de competências legislativas, a Constituição reservou a forma de Lei para determinadas matérias, podendo as restantes serem tratadas pelo Governo, por direito próprio ou por autorização do Parlamento.

Depois desta apreciação genérica sobre o sistema semipresidencial, é importante reter o pensamento de BACELAR GOUVEIA sobre a caracterização deste sistema. Segundo o autor, “Numa óptica de Direito Constitucional, de acordo com a distribuição de poderes entre os diversos órgãos, verifica-se que se está perante um sistema de governo semipresidencial, que tem como orientação os três órgãos políticos terem uma real capacidade de intervenção.

A sua definição pode ser feita tanto positiva como negativamente, ou seja, por exclusão de outros sistemas e por escolha de elementos distintivos de outros.

Por contraposição aos outros dois sistemas de governo já conhecidos, o sistema semipresidencial não é presidencial porque tem a diarquia no poder executivo, com a separação das qualidades de Chefe de Estado e de Chefe de Governo, nem sequer o Governo sendo politicamente independente do Parlamento, não é parlamentar porque o Chefe de Estado é eleito por sufrágio universal e directo dos cidadãos franceses, tal facto lhe confere uma legitimidade popular.

2.3.5. Em relação à caracterização positiva do sistema de governo semipresidencial, pode recordar-se dois elementos essenciais: a dupla responsabilidade política do Governo perante o Presidente da República e a Assembleia Nacional, já que fica dependente dos respectivos juízes políticos; e o poder de dissolução do parlamento que o Chefe de Estado pode livremente exercer”.

O autor acrescenta ainda o seguinte: “Segundo uma perspectiva da Ciência Política, este sistema de governo semipresidencial, pode oscilar entre um verdadeiro semipresidencialismo e um presidencialismo forte, que exacerba a preponderância político-constitucional do Presidente da República.³²”

³² BACELAR GOUVEIA, op. cit., p. 338-340.

Esta possibilidade de oscilação muito irá contribuir para a análise do sistema de governo angolano na Constituição da República de Angola, dadas as afinidades existentes em determinados momentos da história constitucional angolana, sempre que foram feitas tentativas de aplicação deste modelo na ordem constitucional angolana.

3. Origem e evolução do sistema de governo na Constituição da República de Angola

3.1. *A evolução histórica do constitucionalismo angolano*

3.1.1. A primeira Constituição da República de Angola foi outorgada a 11 de Novembro de 1975, no acto de aclamação da independência Nacional.

A história constitucional angolana posterior à independência pode ser dividida em três fases distintas: o período de 1975 a 1991, que corresponde a uma I República de Angola, pautado por um regime de partido único de inspiração marxista-leninista e concentração de poderes no Presidente da República; de 1992 a 2009, correspondente a uma II República, em que predomina a abertura política multipartidária, e a instauração da democracia e do Estado de Direito, assente, de um modo geral, no princípio da separação e equilíbrio de poderes, na instauração de um sistema de governo semipresidencial de pendor presidencialista, no reconhecimento de direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão e na instauração de uma economia de mercado; e o período posterior a 2010, que corresponde a III República, caracterizada pelo retorno ao sistema de reforço dos poderes do Presidente da República, que assume simultaneamente as funções de Titular do Poder Executivo, a transformação do Conselho de Ministros em órgão auxiliar do Titular do Poder Executivo e a existência de um parlamento democraticamente eleito por sufrágio universal e directo, vincando um sistema de governo presidencialista.

3.1.2. Antes de entrarmos na análise desejada, pretendemos fazer uma incursão na história constitucional portuguesa, principalmente a

partir da Constituição de 1933, com o objetivo de colhermos elementos que influenciaram a resistência política em Portugal e em Angola, e as implicações que tiveram no constitucionalismo dos dois países, particularmente em Angola. Esta Constituição foi responsável pelo corporativismo e pelo “carácter autoritário e repressivo nos direitos, liberdades e garantias, com estes direitos a serem sujeitos a leis especiais que viriam a regular o exercício da liberdade de expressão, ensino, reunião e associação, bem como a recusa à separação de poderes liberal”³³.

GOMES CANOTILHO demonstra que ao pretender furtar-se da instabilidade governativa que dominou a I República, o regime estabelecido pela Constituição de 1933 acabou por efectuar determinados arranjos organizativos, destinados a criar um Estado forte. O resultado prático foi a criação de um executivo forte isento de fiscalização pelo poder legislativo, entretanto, esvaziado de poder. Nestas circunstâncias, a vida política passou a ter como epicentro o poder executivo que evoluiu para um presidencialismo de Primeiro-Ministro, com poderes presidenciais, legislativos e executivos. Em jeito de remate, GOMES CANOTILHO diz: “Daqui se conclui que o regime, ao evoluir para um presidencialismo de Primeiro-Ministro, concentrou no executivo funções presidenciais e legislativas (além das tarefas próprias do Governo) possibilitadoras da estruturação de um poder político autoritário”³⁴.

Foi neste ambiente de forte produção legislativa opressora, tanto constitucional como ordinária, que começou a emergir no seio da elite angolana um movimento emancipalista, em finais dos anos cinquenta,

³³ PROENÇA DE CARVALHO, op. cit., p. 318. Quanto à natureza do regime, prossegue o autor, o mesmo é ditatorial pois assenta, nomeadamente, na inexistência das liberdades fundamentais, tais como a liberdade de expressão, reunião e associação, na existência de uma polícia política (responsável por algumas dezenas de mortes) e de presos políticos (cerca de 15000 em 48 anos), no chamado exame de censura prévia, em eleições apenas formais, na violação de direitos fundamentais, num poder judicial controlado pelo poder político (vide os tribunais militares especiais e os famigerados tribunais plenários que julgam os presos políticos), na instituição de um partido único e, subsequentemente, na impossibilidade de alternância de poder. *Idem*, p. 319.

³⁴ GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 178-180.

e no início dos anos sessenta deu início à luta armada que conduziu o país à independência de Portugal³⁵.

A pressão militar nas colónias e a incapacidade do regime fascista em fazer face às crises política, económica, militar e social, conduziram ao derrube do regime num golpe de Estado, no dia 25 de Abril de 1974. As consequências deste acto repercutiram-se até às colónias portuguesas, culminando com a independência de Angola, Cabo Verde, Moçambique e S. Tomé e Príncipe. A Guiné Bissau tinha proclamado a sua independência unilateralmente em 1973, ao passo que Timor Leste foi invadida pela Indonésia, devido à retirada do exército português e à fragilidade da Frente de Libertação de Timor Leste em assumir o poder no território, adiando a independência deste país para 20 de Maio de 2002.

A luta armada pela independência nacional em Angola foi conduzida por três movimentos de libertação (Movimento Popular de Libertação de Angola – MPLA; Frente Nacional de Libertação de Angola – FNLA; e União Nacional para a Independência Total de Angola – UNITA) que, ao longo de todo o processo revolucionário, em certa medida influenciados pela guerra fria, não conseguiram encontrar um denominador comum que conjugasse os interesses de todos em benefício do povo angolano, de forma unida e com uma só voz. Em consequência, vários foram os conflitos entre os movimentos de libertação, o que fez com que, a 11 de Novembro de 1975, apenas o MPLA estivesse politicamente preparado para representar o povo angolano e, em seu nome, proclamou ao país e ao mundo, a independência da República Popular de Angola, pela voz do seu Presidente Dr. ANTÓNIO AGOSTINHO NETO, empossado na mesma altura como o primeiro Presidente de Angola.

³⁵ Ao analisar o estatuto político-administrativo da Província de Angola, ARMANDO MARQUES GUEDES, CARLOS FEIJÓ e outros, relevam os efeitos nefastos de medidas administrativas tomadas pelo Estado Novo, que funcionaram como verdadeiras “bomba relógio” que fizeram eclodir a luta armada no início dos anos sessenta. Cfr. ARMANDO MARQUES GUEDES, CARLOS FEIJÓ, CARLOS DE FREITAS, N’GUNO TINY, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, RAQUEL BARRADAS FREITAS, RAVI AFONSO PEREIRA e RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA, *Pluralismo e legitimação, A Edificação Jurídica Pós-Colonial de Angola*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 47 e ss.

3.2. O sistema de governo na Lei Constitucional de 1975

3.2.1. Foi sob a ameaça de invasão de exércitos estrangeiros, a sul pelo exército da África do Sul, e a norte pelo exército da República do Zaire (actual República Democrática do Congo), que Angola proclamou a independência e adoptou a Lei Constitucional (LC/75) às zero horas do dia 11 de Novembro de 1975, aprovada pelo Comité Central do MPLA no dia anterior.

A Lei Constitucional, aprovada num contexto de conflito militar entre os movimentos de libertação, apoiados pelas grandes potências da época – os países ocidentais com os Estados Unidos à cabeça apoiavam a FNLA e a UNITA. Os países do Leste com a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, posicionaram-se do lado do MPLA –, não deixou de reflectir os efeitos da guerra fria, que no caso angolano foi mesmo guerra “quente”, e adoptou a designação de República Popular de Angola, numa clara alusão às democracias populares prevalentes nos países de ideologia marxista-leninista. Também se inspirou nessa doutrina para organizar o poder político e os órgãos do Estado.

Segundo ADÃO DE ALMEIDA, este período de grande fervor revolucionário marcado pelo marxismo-leninismo, ficou registado por duas grandes opções político-ideológicas que, apesar de não estarem claramente reflectidas no texto constitucional, ditaram o rumo da organização do poder político e do Estado: i) “a consagração de um poder político de concentração de poderes assente num sistema de partido único”, e ii) “a consagração de um sistema económico que privilegiava a apropriação colectiva dos meios de produção, sendo o Estado o principal agente económico e simultaneamente o orientador e planificador de toda a actividade económica (art.º 8.º LC/75)”³⁶.

Ao analisarmos e interpretarmos os artigos que compõem a Lei Constitucional de 1975 encontramos, de um modo geral, uma certa carga ideológica, fruto do contexto de alianças possíveis com um dos dois blocos que comandavam os destinos da humanidade e da guerra

³⁶ ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 66.

entre os partidos signatários do Acordo de Alvor que deveria conduzir todo o processo de descolonização até à independência.

São comuns na Lei Constitucional referências à luta contra a dominação e a agressão imperialista, bem como as referências às massas populares e conquistas revolucionárias, entre outros aspectos, inspirados no programa político-ideológico do MPLA e elevados no texto constitucional como traves-mestras orientadoras da política do país. No plano organizacional é relevante sublinhar a criação do Conselho da Revolução como órgão supremo do poder do Estado, em substituição da Assembleia do Povo, durante o período crítico do processo de consolidação da independência nacional.

Trazemos à colação estas ilustrações para sublinharmos como a falta de unidade política e de interesses comuns dos movimentos de libertação – verificados ao longo de catorze anos de luta de libertação nacional, sob uma forte e marcada influência das grandes potências – acabou por se reflectir na Lei Constitucional que deveria, em nosso entender, resultar de compromissos sólidos entre os movimentos de libertação e o povo angolano, como sucedeu noutros processos de emancipação ou de luta contra regimes opressores, dos quais derivaram constituições de compromisso que criaram instituições políticas e democráticas sólidas, com carácter estável. Apesar de serem realidades diferentes que não devem ser transpostas linearmente para o caso angolano, verificamos que a Magna Carta, ou noutra latitude e muito mais tarde, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, resultaram de compromissos entre forças políticas antagónicas em luta contra o mesmo regime opressor, o que tornou propícia a criação de instituições políticas e constitucionais fortes e perenes.

Quanto ao modelo de governo pretendido pela Lei Constitucional de 1975, trata-se de um sistema monopartidário de tipo socialista³⁷, fundado no primado da legalidade revolucionária e inspirado na ideo-

³⁷ Actualmente de valor meramente histórico, este modelo teve origem na Rússia revolucionária e o poder político era organizado por “assembleias – os soviets de operários, soldados e camponeses – em moldes de organização vertical de poder”, segundo JORGE MIRANDA. O autor refere-se ainda ao predomínio de um partido ideológico leninista, no qual eram concentrados todos os poderes, como traço marcante deste sistema. Cfr. JORGE MIRANDA, *op cit.*, p 72 e ss.

logia marxista-leninista. O Título III, sobre os órgãos do Estado, prevê a existência de quatro órgãos distintos, designadamente, o Presidente da República, o Conselho da Revolução, o Governo e os Tribunais, porém concentra no Presidente da República a maior parte dos poderes, legislativo e executivo. O Presidente da República é o Presidente do MPLA, o Chefe de Estado e o representante da Nação Angolana – art.º 31.º – preside o Conselho da Revolução que exerce funções legislativas que pode delegar no Governo – artigos 31.º, 37.º e 38.º –, nomeia o Primeiro-Ministro – art.º 38 – , que entretanto preside o Governo – art.º 39.º –; restando, finalmente, os tribunais com exíguas competências constitucionais.

O Presidente da República torna-se, por conseguinte, o centro de toda a vida política do Estado, e partilha de forma muito ténue o poder com o Primeiro-Ministro que, na qualidade de Chefe do Governo (art.º 39.º da LC/75), não “coabita” com o Presidente da República, mas subordina-se a este por ser por ele nomeado e exonerado, usando de faculdades conferidas ao Conselho da Revolução do qual é o Presidente. Como já foi dito, a estes cargos presidenciais deve ser adicionado o cargo de Presidente do partido do qual o Primeiro-Ministro é membro das estruturas superiores, subordinando-se, em consequência, à autoridade do Presidente do partido³⁸. Do ponto de vista formal a Constituição apresenta uma ideia de sistema de governo “semipresidencialista”, contudo a omnipresença do Presidente em todas as estruturas do poder não deixa margem de manobra ao Primeiro-Ministro, enquanto Chefe do Governo, o que transforma, de facto, o sistema de governo em monopartidário, assente na concentração de poderes no Presidente da República.

3.2.2. Este modelo organizativo que acaba de ser analisado teve uma vida efémera pelas naturais dificuldades de convivência entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro, o que determinou a

³⁸ A organização do poder político e partidário daquela época foi bastante influenciado pelo modelo soviético em que o partido e o seu presidente predominavam e estavam presentes em toda a estrutura do poder. Era comum a existência de órgãos colegiais de decisão, assim como a sobreposição entre o partido e o Estado. Sobre o Constitucionalismo Soviético, cfr. MARQUES GUEDES, op. cit., p. 225 e ss.

primeira revisão constitucional no ano seguinte pela Lei n.º 71/76, de 11 de Novembro. O art.º 1.º da referida Lei altera o conteúdo do art.º 32.º da LC/75 e transfere para o Presidente da República a competência para presidir o Conselho de Ministros. O art.º 2.º da referida Lei altera o art.º 33.º da LC/75, transferindo do Conselho da Revolução para o Comité Central do MPLA a competência para designar o substituto do Presidente da República em caso de renúncia, morte ou de impedimento permanente, ao mesmo tempo que alarga a sua composição com a entrada do Ministro da Defesa, num claro reforço do papel do exército no acompanhamento dos assuntos do Estado³⁹.

Por outro lado, a competência para decretar o estado de sítio e de emergência passa a ser uma prerrogativa do Presidente da República em detrimento do Conselho da Revolução, assim como a nomeação e exoneração dos Comissários Provinciais (Governadores), conforme o art.º 1.º, conjugado com o art.º 5.º da Lei em análise. Assiste-se a um gradual reforço dos poderes do Presidente da República e do MPLA, e ao desequilíbrio de força entre o órgão unipessoal e o órgão colegial do Estado, com a fragilização do Conselho da República.

Manteve-se o sistema de governo monopartidário de tipo socialista e feição acentuadamente pessoal, diferente do que era recomendado pelos modelos de governo de inspiração marxista-leninista que primavam pelo predomínio de órgãos colegiais⁴⁰. Aliás, como diz RAÚL ARAÚJO, desde os primórdios da independência nacional que o MPLA se foi distanciando do alinhamento ideológico com o Partido Comunista da União Soviética que via com desagrado a excessiva independência deste movimento nacionalista face aos seus interesses hegemónicos⁴¹. A estrutura governativa começa a ganhar contornos de um sistema “presidencialista” de partido único, em que o poder

³⁹ Sobre o reforço do papel do Presidente da República e do MPLA, cfr. ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 76-77.

⁴⁰ Desde a Constituição de 1936, mas mais acentuadamente a partir da Constituição de 1977, a URSS era governada por órgãos colegiais, sobretudo no que respeita ao exercício do poder legislativo reservado exclusivamente ao Soviete Supremo ou ao seu *Presidium*, em caso de necessidade de interpretação de leis. Cfr. MARQUES GUEDES, op. cit., p. 249 e ss.

⁴¹ RAÚL ARAÚJO, op. cit., p. 229.

político se concentra na figura do Presidente da República, e não no Primeiro-Ministro ou nos órgãos colegiais dos sistemas de governo de tipo soviético.

Jogavam a favor das pretensões do Presidente da República o contexto de guerra que o país vivia e a necessidade de consolidação da independência nacional, factos que devem ser associados a alguns conflitos internos no interior do próprio MPLA, que implicavam uma liderança forte em torno do Presidente, em detrimento de uma partilha de poder entre os vários órgãos do Estado, como salienta RAÚL ARAÚJO⁴².

Desconhecem-se as razões das clivagens internas no partido. Externamente notavam-se diferenças de pontos de vista entre alguns membros da direcção e o Presidente do MPLA.

3.2.3. A Lei Constitucional voltou a ser alterada a 17 de Agosto de 1977, sendo que a competência para nomear e exonerar o Primeiro-Ministro deixou de ser colegial⁴³ passando para o Presidente da República, reforçando ainda mais os seus poderes e consequentemente, reduzindo a relevância do Conselho da Revolução que passa a ter atribuições emblemáticas. De resto, como pode ser observado a partir dos preâmbulos dos diplomas que temos vindo a analisar, a legislação relevante produzida pelo Conselho da Revolução era antecedida por uma decisão do Comité Central, presidido pelo Presidente da República, com a diferença de nesta alteração constitucional, passar a depender do seu livre arbítrio a nomeação e a exoneração do Primeiro-Ministro.

Esta revisão reforçou o papel do Presidente da República, mas não alterou o sistema de governo monopartidário vigente.

3.2.4. Na sequência de acontecimentos políticos ocorridos em 1977, designadamente, a tentativa de golpe de Estado de 27 de Maio⁴⁴

⁴² RAÚL ARAÚJO, *op. cit.*, p. 238 e ss.

⁴³ Alínea d) do art. 5.º da Lei 71/76 que foi incluída no art. 1.º da Lei n.º 13/77, de 17 de Agosto.

⁴⁴ Segundo RAÚL ARAÚJO, e tomamos as suas palavras como um dado histórico importante, “A 27 de Maio desse ano, um grupo de dirigentes do MPLA, liderados por Nito Alves e José Van-Dúnem, que no ano anterior tinham feito duras críticas à

e das implicações nefastas que provocou ao país, o MPLA realizou o seu I Congresso no dia 11 de Novembro do mesmo ano, com o objectivo de rever em profundidade a linha política e ideológica, e resolver os problemas de clivagens internas que perturbavam a vida no interior da organização. O Congresso tomou decisões importantes que foram, mais tarde, reflectidas na Lei Constitucional, entretanto, revista e aprovada pelo Comité Central a 7 de Fevereiro de 1978.

O Movimento Popular de Libertação de Angola foi transformado em Partido do Trabalho e o marxismo-leninismo foi oficialmente assumido como a ideologia política da acção governativa, “nos esforços para a construção da Sociedade Socialista”, em conformidade com o art.º 2.º da Lei Constitucional, que foi revista quase na totalidade⁴⁵.

Das alterações introduzidas destacamos, pela importância que reveste para o nosso trabalho, a designação do Primeiro-Ministro como colaborador directo do Presidente da República, desfazendo-se, deste modo, quaisquer equívocos sobre o modelo de governo pretendido, distante de um semipresidencialismo, com o claro relevo do papel do Presidente da República sobre o Primeiro-Ministro, ou seja, mantendo-se o Presidente da República como Chefe do Governo, auxiliado pelo Primeiro-Ministro⁴⁶.

Um segundo elemento ao qual conferimos relevância tem a ver com o reforço de competências legislativas do Conselho da Revolução. Assim, a revisão concedeu ao Conselho da República reserva absoluta de competência para legislar sobre determinadas matérias, reconquistando a seu peso no equilíbrio de poderes do Estado relativamente ao Presidente da República.

Manteve-se o regime de partido único, porém, a partilha de poder entre o Presidente da República e o Conselho da Revolução que, no

direcção do partido por entenderem que havia um desvio revisionista, encetaram uma tentativa de golpe de Estado que foi mal sucedida mas que teve consequências desastrosas para o país”. Este acontecimento marcou significativamente a história política e constitucional de Angola e continua a reclamar por um tratamento de fundo, não tanto em busca de eventuais responsáveis, mas sim no sentido da reconciliação das famílias para o serenar dos espíritos.

⁴⁵ Sobre as mais importantes alterações à Lei Constitucional de 1978, cfr. RAÚL ARAÚJO, *op. cit.*, p 243-244; ADÃO DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 78-79.

⁴⁶ Art. 46.º da Lei Constitucional de 1978.

entanto, viu alargada a sua composição aos representantes da organização juvenil (JMPLA), da mulher (OMA) e de defesa popular (ODP), permite-nos concluir que houve da parte do legislador o desejo de estabelecer um maior equilíbrio no sistema de governo, aproximando-o de um sistema de tipo “semipresidencialista” de pendor “presidencialista”, tendo em linha de conta que o Presidente da República continua a ser o Presidente do Conselho da Revolução e mantém o seu predomínio sobre os outros órgãos do Estado. Contudo passa a existir uma maior participação do Conselho da Revolução no exercício do poder legislativo, o que atenua, em certa medida, o excesso de poder do Presidente da República. Tudo, como é evidente, no contexto do regime de partido único.

3.2.5. Uma nova revisão à Lei Constitucional é feita a 16 de Janeiro de 1979, com o propósito de extinguir o cargo de Primeiro-Ministro e reestruturar o Governo em matéria de natureza executiva. A extinção do cargo de Primeiro-Ministro acentua o pendor “presidencialista” do governo e a concentração de poderes executivos e legislativos no Presidente da República que continua a presidir o Conselho da Revolução.

A extinção do cargo de Primeiro-Ministro foi o corolário lógico da dificuldade de convivência deste com o Presidente da República, num regime monolítico e do qual o Primeiro-Ministro não é o Chefe do Governo. De resto, essa extinção foi feita ao arrempio da Lei Constitucional, como bem salienta ADÃO DE ALMEIDA⁴⁷.

3.2.6. A revisão constitucional de 1980 realiza-se num contexto muito delicado, pautado pela morte do primeiro Presidente da República de Angola, a 17 de Setembro de 1979, e pela persistência do conflito armado. Tratou-se de uma revisão profunda, quer do ponto de vista político-ideológico, como da organização do poder político e do equilíbrio de poder.

⁴⁷ Ao abrigo do art. 63.º da Lei Constitucional de 1978, “...a modificação da presente Lei Constitucional só poderá ser feita pelo Comité Central do MPLA-Partido do Trabalho”, e não pelo Conselho da Revolução, como foi o caso. Sobre o assunto, cfr. ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 80.

A revisão incidiu sobre o Título III e sobre o Título V, sendo a mais relevante a do Título III.

A alteração com significado histórico pela sua importância foi a criação da Assembleia do Povo como órgão legislativo e de fiscalização do Governo, dotado de mais amplos poderes quando comparados aos poderes simbólicos que detinha o Conselho da Revolução⁴⁸. Outros aspectos relevantes foram evidenciados por esta revisão, nomeadamente, a clarificação do Conselho de Ministros como órgão superior da Administração do Estado, com poderes executivos concedidos aos Ministros, sob a liderança do Chefe do Governo⁴⁹; a definição do estatuto constitucional dos Órgãos Locais do Estado, com um capítulo específico sobre a matéria⁵⁰; e finalmente, o reforço do papel dos Tribunais e da Procuradoria-Geral da República no exercício do poder judicial em nome da legalidade socialista.

Nota-se nesta revisão uma preocupação do legislador em garantir um maior equilíbrio de poderes entre o legislativo, o executivo e o judicial.

Embora a revisão não tenha alterado o regime monopartidário e o Presidente da República tenha mantido o monopólio da direcção dos órgãos legislativo e executivo, em resultado do que foi estatuído nos artigos 41.º e 52.º, há uma maior participação de órgãos colegiais no processo de tomada de decisões por parte do Presidente da República. Apesar deste equilíbrio de poderes o sistema de governo continua assente num modelo de tipo “presidencialista”, com as subtilidades que devemos ter em consideração, pelo facto de o Presidente do partido assumir todos os cargos de direcção dos órgãos do Estado, com excepção dos Tribunais⁵¹.

Segundo RAÚL ARAÚJO, “esta Revisão Constitucional de 1980 consagrou a opção política e ideológica marxista-leninista feita pelo Comité Central do MPLA-Partido do Trabalho”. E o autor continua, “a nível partidário partiu-se de uma posição de movimento anti-imperialista para um partido de classes marxista-leninista, e, a nível

⁴⁸ Artigos 37.º a 48.ª.

⁴⁹ Artigos 56.º a 63.º.

⁵⁰ Artigos 64.º a 71.º a 78.º.

⁵¹ Sobre a Lei Constitucional de 1980, cfr ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 80.

do aparelho de Estado, a opção socialista pelo sistema planificado da economia foi assumido de forma expressa”⁵².

3.2.7. A revisão constitucional de 1986, operada pela Lei n.º 2/86, de 1 de Fevereiro, foi pontual e teve como finalidade instituir o cargo de Ministro de Estado para três grandes áreas da actividade política e económica, conferindo ao presidente da República competência para nomear e exonerar estes novos Ministros, em conformidade com a nova redacção da alínea d) do art.º 53.º da Lei Constitucional.

No que respeita ao sistema de governo não há qualquer alteração digna de realce.

3.2.8. Tal como a anterior, a revisão constitucional de 1987 também foi pontual e procurou tão-somente alargar a composição dos deputados que deviam integrar a Comissão Permanente da Assembleia do Povo, no intervalo entre as sessões ordinárias.

Esta alteração foi feita depois de terminada a primeira legislatura da Assembleia do Povo e concluído o processo de renovação de mandatos para a nova legislatura. Entretanto, RAÚL ARAÚJO associa-a a um propósito mais exigente relacionado com a necessidade de iniciar-se a preparação da transição de uma economia planificada para um modelo económico de mercado, devido a reformas em curso na Hungria.

Nessa altura, lendo correctamente as mudanças económicas e políticas que aconteciam um pouco pelos países da esfera da então URSS, iniciada pela *perestroika*, o MPLA criou um programa de saneamento económico e financeiro com o objectivo de melhorar o desempenho económico e financeiro do governo, no quadro do socialismo vigente na altura. A discussão entre os especialistas afectos ao programa e os políticos do partido ia no sentido de ser apurado até que ponto seria possível criar legislação económica para a regulação do mercado, sem a correspondente legislação sobre a liberdade política.

O partido decidiu iniciar o processo de transição pela abertura económica a iniciativa privada e o alargamento da Comissão Permanente da Assembleia do Povo a um número mais vasto de deputados, e só

⁵² RAÚL ARAÚJO, op. cit., p. 245.

mais tarde viria a alterar a Lei Constitucional para permitir reformas para o livre exercício de actividades políticas, sem alterar o regime político. Nesta perspectiva concordamos com o ponto de vista de RAÚL ARAÚJO⁵³. Liberdade económica e liberdade política devem andar associadas. E foi por essa razão que o Comité Central do MPLA, em reunião realizada em Junho de 1990, deu início às reformas políticas destinadas à instauração de um regime pluripartidário e o conseqüente abandono do socialismo de inspiração marxista-leninista.

3.3. A revisão constitucional de 1991

3.3.1. A revisão constitucional de 1991 lançou as sementes para o início de uma nova república democrática e de economia de mercado. Foi o momento de rutura entre um tipo de sociedade caracterizado política e ideologicamente por um modelo monopartidário, socialista, de inspiração marxista-leninista, e no plano económico por uma economia centralmente planificada, e outro caracterizado pelo pluripartidarismo e pela economia de mercado.

3.3.2. O legislador constitucional alude no preâmbulo da Lei n.º 12/91, de 6 de Maio, a uma revisão parcial da Lei Constitucional todavia, tanto do ponto de vista formal como do ponto de vista material. Estava-se diante de uma nova Lei Constitucional, baseada em pressupostos políticos, ideológicos e doutrinários diametralmente opostos aos fundamentos das Leis Constitucionais que a antecederam. A esta mudança profunda não estiveram alheios os ventos de reforma que ocorriam nos países da Europa do Leste, depois da queda do muro de Berlim e da democratização dos regimes socialistas na Europa e em África.

Às reformas económicas iniciadas em 1987 juntaram-se as reformas políticas que culminaram com a aprovação da Lei Constitucional. Adicionalmente, a necessidade de solução da guerra civil que afectava

⁵³ RAÚL ARAÚJO, op. cit., p 247-249. Cfr. também ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 82.

o país levou a que as partes beligerantes iniciassem negociações de paz, cujo acordo veio a ser assinado em Bicesse – Portugal, aos 31 de Maio de 1991. Além do cessar das hostilidades, o acordo de paz permitiu agendar uma data para a realização de eleições democráticas no país. Por causa destes acontecimentos, a revisão de 1991 foi necessariamente transitória, mas constituiu um marco importante de viragem na história constitucional de Angola.

3.3.3. No que concerne ao sistema de governo esta revisão não alterou significativamente o formato vigente, mantendo-se o Presidente da República como Chefe de Estado e de Governo, Comandante em Chefe das Forças Armadas, e competente para nomear e exonerar o Primeiro-Ministro e os outros membros do Governo⁵⁴. Outras competências acometidas ao Presidente da República mantinham-no como o centro de gravidade de toda a vida política do Estado e o facto de o Primeiro-Ministro ser apenas um órgão auxiliar do Presidente da República, manteve inalterado o sistema vigente.

No mesmo sentido alinha RAÚL ARAÚJO, que faz uma profunda resenha sobre o processo de revisão Constitucional de 1991, desde a criação pelo Presidente da República de uma Comissão Nacional de Reforma Constitucional, até à aprovação do trabalho dessa Comissão pelo III Congresso do MPLA realizado em Dezembro de 1990.

Como destaque da revisão feita, sublinha a eliminação dos elementos ideológicos da era revolucionária, designadamente a expressão “Popular” na designação do país; foi consagrado o Estado Democrático de Direito; estabeleceu-se uma cláusula de salvaguarda das nacionalizações e confiscos efectuados até àquela data, considerando-os válidos e irreversíveis; a abolição da pena de morte; os direitos, liberdades e garantias foram reforçados e ampliados, em sinal do seu reconhecimento e valorização constitucional, num contexto de democracia e liberdade política e económica; consagrou-se o princípio da

⁵⁴ Cfr ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 84 e ss.

separação de poderes e restaurou-se o cargo de Primeiro-Ministro como colaborador directo do Presidente da República⁵⁵.

3.3.4. Sem prejuízo da continuidade do sistema de governo na Lei Constitucional revista pela Lei n.º 12/91, de 6 de Maio, diante da perspectiva de democratização plena de Angola, é possível afirmar que o sistema de governo estabelecido constituiu o embrião de um novo modelo, fundado em princípios políticos constitucionalmente conformadores distintos dos que vigoraram nas leis constitucionais anteriores, fazendo desta uma nova constituição, inaugural de um novo ciclo constitucional⁵⁶. Dentre os princípios políticos constitucionalmente conformadores destacam-se os constantes nos artigos 1.º, 2.º, 5.º, 10.º 40.º e o 41.º, designadamente, a alínea c), entre outros, que simbolizam uma ruptura completa com o monopartidarismo de inspiração marxista-leninista, até então em vigor.

Outras inovações encontram-se no reforço dos direitos, liberdades e garantias fundamentais, elevados a princípios conformadores e limitadores do poder político; o reconhecimento da propriedade privada e a abertura ao sector privado do exercício de actividades económicas; o direito de acesso à justiça, bem como a protecção dos direitos fundamentais e interesses legítimos dos cidadãos pelos tribunais. Note-se que esta é uma Lei Constitucional de transição que tem por finalidade criar o ambiente necessário ao convívio entre forças políticas de cores diferentes, em resultado do processo negocial cujo termo estava previsto para 31 de Maio do mesmo ano.

⁵⁵ Sobre a revisão constitucional de 1991, cfr. ARMANDO MARQUES GUEDES, op. cit., p. 240, e ss; RAÚL ARAÚJO, op. cit., p. 249 e ss; ADÃO DE ALMEIDA, op. cit., p. 84, e ss.

⁵⁶ Além dos princípios jurídicos constitucionalmente conformadores, outros princípios fundamentais, de garantia e impositivos passam a fazer parte desta Lei Constitucional, que reforçam a ideia de se estar perante uma nova realidade que ultrapassa uma simples revisão na continuidade. Sobre a tipologia de princípios, cfr. JONATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Direito Constitucional Angolano*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011, p. 70 e ss. Cfr. também GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 1164 e ss.

3.3.5. Por outro lado, em reforço do argumento segundo o qual o sistema de governo enunciado pela nova Lei Constitucional se aproximava de um novo modelo, concorrem as atribuições concedidas à Assembleia do Povo – constantes no art.º 51.º –, que sem embargo das afinidades com as atribuições anteriores, deixa de ser um órgão do poder popular, fundado no princípio da legalidade socialista (como decorria do preâmbulo da Resolução do Comité Central do MPLA-Partido do Trabalho sobre a alteração da Lei Constitucional de 23 de Setembro de 1980) para se constituir num órgão representativo da vontade soberana do povo angolano⁵⁷.

Apesar das razões invocadas, as alterações operadas na Lei Constitucional mantiveram, no essencial, um sistema de governo monopartidário, assente em novos princípios conformadores, em que o governo é assegurado pelo Presidente da República numa relação de interdependência com a Assembleia do Povo, conservando-se, contudo, a proeminência daquele sobre este órgão de soberania⁵⁸. Embora nessa fase não tivesse sido ainda eleito democraticamente, o Presidente da República é o Chefe de Estado, o Chefe do Governo e o Comandante em Chefe das Forças Armadas⁵⁹. O Primeiro-Ministro apoia o Chefe do Governo na condução da política geral do Governo, exerce apenas funções delegadas pelo Chefe do Governo ou por lei, e não chefia o Conselho de Ministros, como seria num sistema de governo semelhante ao “semipresidencial” de tipo francês, no qual existe uma “bicefalia” no exercício do poder executivo, repartido entre o Chefe do Governo e o Primeiro-Ministro⁶⁰. No caso em apreço há uma clara concentração de poderes no Presidente da República que, reforçados com os poderes que exerce transitariamente como Presidente da Assembleia do Povo e os exíguos poderes do Primeiro-Ministro, claramente a Lei Constitucional mantém um sistema de governo monopartidário, com relevantes melhorias nos seus princípios conformadores, mas na linha de continuidade dos sistemas anteriores.

⁵⁷ Art. 50.º da Lei Constitucional de 1991.

⁵⁸ GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 576-577.

⁵⁹ Art. 46.º da Lei Constitucional de 1991.

⁶⁰ Art. 69.º, da Lei Constitucional de 1991.

Por outro lado, a Assembleia do Povo dispõe de amplos poderes que partilha com o Governo⁶¹. Nos intervalos das suas sessões ordinárias os trabalhos correntes são assegurados pela Comissão Permanente da Assembleia do Povo⁶², elementos que conferem uma importância singular a este órgão de soberania no período de transição.

3.4. A revisão constitucional de 1992

3.4.1. A Lei Constitucional de 1992 (LC/92) veio aprofundar as reformas iniciadas em 1991 e inaugurar formalmente a II República de Angola com a instituição do Estado Democrático e de Direito, fundado no primado da lei, no respeito pela dignidade humana, no princípio da separação de poderes, na interdependência de funções e na protecção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

Segundo RAÚL ARAÚJO, a revisão constitucional teve como fonte imediata a decisão do MPLA aprovada no III Congresso de Dezembro de 1990, de proceder uma “Revisão ampla e profunda” da lei Constitucional Angolana, iniciada em 1991, e como fonte imediata os Acordos de Paz de Bicesse de 1991 e as contribuições dos Partidos Políticos legalmente constituídos.

3.4.2. A principal questão que se coloca a esta Lei Constitucional, para nos cingirmos apenas ao tema do presente relatório, relaciona-se com o tipo de sistema de governo que a mesma contempla. Questiona-se se é um sistema semipresidencialista, como estava formalmente definido, próximo dos modelos clássicos dominantes ou, se pelo contrário, procurava manter o sistema de governo vigente nas leis constitucionais anteriores, baseado na concentração de poderes no Presidente da República. No preâmbulo da Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro, apresentam-se as principais alterações que feitas à LC/92 e entre elas

⁶¹ Nos termos do art. 98.º, durante o período de transição, o Presidente da Assembleia do Povo é o Presidente da República.

⁶² Art. 61.º e ss., da Lei Constitucional de 1991. Sobre a revisão constitucional de 1991, numa perspectiva mais profunda que inclui os trabalhos do Grupo Técnico da Comissões Nacional de Revisão Constitucional, cfr. RAÚL ARAÚJO, op. cit., p. 249 e ss.

apontam-se: a alteração da designação do Estado para República de Angola, o reforço dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. É também alterado o título III relativo aos órgãos do Estado, sendo esta a parte que mais nos interessa pela referência expressa ao sistema de governo semipresidencialista como modelo de organização do Estado angolano. Por último, mas não menos importante, a matéria referente à fiscalização da Constituição.

O preâmbulo refere-se ao semipresidencialismo como sistema de governo no breve resumo que apresenta, e encontramos reflexos deste sistema no texto constitucional, no domínio do exercício de poderes executivos do Presidente da República partilhados com o Primeiro-Ministro⁶³.

De um modo geral a doutrina é unânime em considerar que o sistema previsto, do ponto de vista formal é semipresidencial. No entanto, conserva-se uma forte concentração de poderes no Presidente da República. É o Chefe de Estado e comandante em Chefe das Forças Armadas; compete-lhe nomear e demitir o Primeiro-Ministro, bem como demitir o Governo, após consulta ao Conselho da República; pode ainda decretar a dissolução da Assembleia Nacional⁶⁴. Dispõe adicionalmente de poderes excepcionais que exerce “...sempre que as instituições da República, a independência da Nação, a integridade territorial ou a execução dos seus compromissos internacionais forem ameaçados por forma grave e imediata...”⁶⁵. Todos estes poderes concentrados no Presidente da República ilustram como a Lei Constitucional em análise procurou salvaguardar a preponderância deste órgão de soberania perante os demais, conservando de facto o sistema de tipo “presidencialista” que sempre vigorou no regime de partido único.

3.4.3. Sem prejuízo da consagração formal do sistema semipresidencial na Lei Constitucional de 1992, o que dissemos antes sobre a inclinação do regime em se confortar mais com um sistema de governo centrado no papel preponderante do Presidente da República, veio a

⁶³ Art. 68.º, conjugado com o art. 114.º da Lei Constitucional de 1992.

⁶⁴ Art. 66.º da Lei Constitucional.

⁶⁵ Art. 67.º da Lei Constitucional.

ter os seus efeitos na vigência desta nova Lei Constitucional tornando difícil a convivência institucional entre o Presidente da República e o Primeiro-Ministro, dotado de poderes próprios nesta nova Lei Constitucional⁶⁶.

Devido à existência de algumas imprecisões de competências do Presidente da República, na qualidade de Chefe do Governo e do Primeiro-Ministro, na qualidade de responsável da acção executiva do Governo, e às dificuldades de relacionamento institucional daí resultantes, o Presidente da República solicitou ao Supremo Tribunal

⁶⁶ Como diz RAÚL ARAÚJO, “Ele exerce os seus poderes da mesma forma que o Primeiro-Ministro da Grã-Bretanha, ou seja, governa com o apoio do Parlamento; possui o poder de dissolver a Assembleia Nacional, sempre que o entenda; demite o Primeiro-Ministro de forma discricionária; e dirige a governação à maneira gaullista, porque não possui oposição constitucional para o exercício dos seus poderes. Esta concentração de poderes é dissonante com o princípio teórico da separação de poderes, mas é o resultado do jogo democrático, do regime político e do sistema de governo adoptado”. RAÚL ARAÚJO, *op. cit.*, p. 278. Numa outra vertente, MARQUES GUEDES afirma que “a Lei Constitucional angolana atribui ao Presidente da República um conjunto de poderes institucionais que o tornam na figura central do sistema de organização política nacional. Na verdade, a amplitude dos poderes atribuídos ao Presidente da República permite-lhe, quase sem limitações, dissolver o Parlamento em variadíssimas situações. No entanto, a principal peculiaridade do sistema angolano (e esta é uma especificidade que o afasta do sistema francês), resulta do facto de se postular qua a função de orientação política do país e do Estado não ser incumbência do Governo mas sim do Presidente da República”. MARQUES GUEDES, *op. cit.*, p. 247. Este argumento vem reforçar a ideia de estarmos em presença de um sistema de governo presidencialista, mesmo nas circunstâncias em que a Lei Constitucional e a prática consintam a presença de um Primeiro-Ministro. O Presidente da República no xadrez político angolano é o centro de gravidade da vida política, ultrapassando na prática o figurino semipresidencial determinado formalmente pela Lei Constitucional, para o transformar num sistema de governo presidencialista. GOMES CANOTILHO considera estarem em crise determinados critérios definidores de tipos de formas de governo, entre os quais inclui o clássico critério da separação de poderes, e prefere optar pelo critério da posição jurídica e política do presidente no funcionamento das instituições, que em casos de natureza idêntica ao do sistema de governo de angolano adoptado pela Lei Constitucional, permitiria caracterizá-lo como um sistema misto presidencial-parlamentar, tendo em conta, na exacta medida, o papel do Presidente da República no xadrez político angolano. É uma opinião a ter em conta, mas por uma questão de conforto na exposição do nosso ponto de vista, consideramos plenamente válido e actual o princípio da separação de poderes, o que nos leva ao entendimento, ora, apresentado. Cfr GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 575 e ss.

de Justiça, agindo como Tribunal Constitucional, a clarificação da situação⁶⁷.

Em resposta, o Tribunal Supremo, resultante da conjugação dos artigos 68.º, 114.º, 117.º e 118.º, alínea c) da lei Constitucional em análise, foi favorável à petição do Presidente da República, atribuindo-lhe “a preeminência na cadeia de comando do executivo, bem como o poder de direcção e chefia do Governo, sendo o Primeiro-Ministro seu coadjutor”⁶⁸.

RAÚL ARAÚJO entende que a decisão do tribunal Supremo é inconstitucional, por ter resultado de uma interpretação autêntica da Lei Constitucional o que se traduziu numa transformação de facto do sistema de governo estabelecido pela referida Lei Constitucional⁶⁹. Depois acrescenta “Digamos que passamos a assumir a existência de um presidencialismo *sui generis*”.

ADÃO DE ALMEIDA também discute o problema da bicefalia do sistema de governo, questionando se “no quadro do sistema desenhado na LC/92 há ou não duas cabeças no exercício da função executiva? Em caso afirmativo, qual delas assume a preeminência na cadeia de comando do poder executivo?” As questões levantadas são pertinentes e a argumentação aduzida para a compreensão do problema é bastante consistente, principalmente na vigência da Lei Constitucional de 1992.

Na hipótese em análise, a memória interna da história constitucional angolana desde 1975 contempla inúmeros exemplos da influência e da omnipresença do Presidente em todo o espaço político nacional, quer no partido como no governo, de tal sorte que, apesar do recorte formal do sistema semipresidencial consagrado na Lei Constitucional, o legislador concedeu ao Presidente da República os mais amplos poderes de governação, quando comparados aos do Primeiro-Ministro e escusou-se a fazer depender a nomeação deste dos resultados do

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudência Constitucional, Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo na veste de Tribunal Constitucional, 1996/2008, Vol. 0, Edijuris, Acórdão de 21 de Dezembro de 1998, Processo n.º 17, p. 33. Cfr. RAÚL ARAÚJO, op. cit., p. 282 e ss; ADÃO DE ALMEIDA, op cit., p. 96 e ss.*

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *idem*, p.39.

⁶⁹ Nos termos do art.º 88, alínea a) da lei Constitucional de 1992, compete à Assembleia Nacional alterar a Lei Constitucional.

pleito eleitoral com o objectivo implícito de tornar os líderes dos partidos concorrentes às eleições, os principais (e praticamente únicos) ganhadores de tudo, em caso de dupla vitória nas eleições (legislativas e presidenciais). Ganham como Presidente por terem sido eleitos por sufrágio universal e directo, e ganham nas legislativas por serem o Presidente do partido vencedor. Parlamento e Presidente da República tornam-se os únicos órgãos com legitimidade democrática e o Primeiro-Ministro é visto como o primeiro entre os Ministros e não como um órgão com legitimidade democrática própria. Com estes ingredientes, o poder de nomeação e de exoneração do Primeiro-Ministro, principalmente em caso de desconforto no relacionamento institucional, assume contornos ampliados no sistema de governo semipresidencial previsto formalmente na Lei Constitucional, favorecendo a sua caracterização, de facto, como sistema de governo presidencialista, em detrimento daquele.

O que afirmamos torna-se muito mais consistente com a não nomeação de Primeiros-Ministros até às eleições de 2008 e a eliminação completa deste cargo na Constituição de 2010.

3.5. A Constituição de 2010

3.5.1. A Constituição de 2010 é o reflexo mais elaborado de tudo quanto foi dito sobre o sistema de governo angolano, das opções do legislador constituinte inspiradas na história constitucional angolana e, no plano do direito comparado, com a recolha de elementos de sistemas vigentes noutros países, designadamente a África do Sul, para moldar o que é hoje o texto constitucional em vigor na República de Angola. É uma constituição melhor concebida, comparativamente às antecedentes, e adopta, sem reservas, um sistema de governo Presidencialista. Para JÓNATAS MACHADO “o sistema de governo angolano tem as características de um sistema presidencial”⁷⁰.

De um modo geral, aumenta e concentra de forma acentuada os poderes que o Presidente da República detinha e exercia na vigência

⁷⁰ JÓNATAS MACHADO, op. cit., p. 239.

das Leis Constitucionais, tornando-o no Chefe de Estado e no Titular do Poder Executivo; cria o cargo de Vice-Presidente da República como órgão auxiliar do Presidente, assim como o Conselho de Ministros, também é transformado num órgão auxiliar, cujos titulares exercem funções por delegação de poderes do Titular do Poder Executivo.

3.5.2. A mais importante inovação introduzida pelo legislador constituinte foi a eleição do Presidente da República. Com efeito, a Lei Constitucional de 1992 estabelecia no art.º 53.º, quatro órgãos de soberania, a saber, o Presidente da República, a Assembleia Nacional, o Governo e os Tribunais. O Presidente da República era eleito por sufrágio universal, directo, igual, secreto e periódico, pelos cidadãos residentes no território nacional, nos termos da lei⁷¹.

Por outro lado, o art.º 79.º da mesma Lei Constitucional define a composição da Assembleia Nacional e o modo de eleição dos deputados, igualmente por sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico, para um mandato de quatro anos.

No capítulo relativo à revisão constitucional, a Lei Constitucional de 1992 regulou as condições para a revisão ou elaboração de uma Constituição e os limites impostos ao legislador constituinte para a elaboração e aprovação desta, uma vez preenchidos determinados requisitos previstos na referida Lei Constitucional⁷². O art.º 159.º da Lei em análise determinava que a aprovação da Constituição da República de Angola deveria respeitar, entre outros, o sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania e do poder local, sem especificar quaisquer modalidades para o exercício de voto pelos cidadãos.

⁷¹ Art. 57.º, n.º 1, da Lei Constitucional de 1992.

⁷² Recorde-se que a Lei de Revisão Constitucional n.º 23/92, de 16 de Setembro, no seu preâmbulo e no art. 14.º, conferiu carácter transitório à Lei Constitucional de 1992, até que órgão legislativo decidisse e concretizasse a aprovação da Constituição da República de Angola. A revisão da lei ou a aprovação de uma Constituição dependia de uma maioria de dois terços dos deputados em efectividade de funções, de acordo com o art. 158.º, competindo a iniciativa a um número mínimo de dez Deputados e ao Presidente da República.

O legislador constituinte decidiu criar um formato para a eleição dos titulares dos órgãos de soberania, por sufrágio universal, directo, secreto e periódico, num único processo eleitoral, em que o cabeça de lista pelo círculo nacional, do partido ou coligação de partidos políticos, mais votado no quadro de eleições gerais (remetendo a definição de eleições gerais para o art.º 143.º), seria eleito o Presidente da República e Chefe do Executivo. Entende-se assim por eleições gerais, o processo de votação dos Deputados à Assembleia Nacional, que simultaneamente elege o titular do poder executivo, que é o Presidente da República.

Segundo este modelo de eleição do Presidente da República, a escolha recai sobre o cabeça de lista, pelo círculo nacional, do partido ou coligação de partidos mais votado nas eleições gerais⁷³, sob proposta de um partido político ou de uma coligação de partidos⁷⁴, limitando a participação e as hipóteses de sucesso de candidaturas independentes, se for tomado em linha de conta o peso dos partidos políticos no sistema eleitoral angolano⁷⁵. A eleição do Presidente da República deixou de ser separada das eleições legislativas e o poder executivo deixou de ser exercido colegialmente, concentrando-se no Presidente da República.

3.5.3. Ao longo deste relatório foram feitas referências à onnipresença do Presidente da República em toda a vida política do Estado, detentor de amplos poderes conferidos pelas sucessivas Leis Constitucionais, que em raras circunstâncias consentiram a presença, sempre efémera, de Primeiros-Ministros com efectivos poderes de direcção da acção governativa, e sem terem sido em momento algum designados formalmente como Chefes do Governo.

Nesta ordem de pensamento, o que a Constituição de 2010 tratou de resolver, foi a indefinição provocada pelo sistema de governo semipresidencialista, formalmente referido na lei constitucional. A Constituição definiu um modelo inspirado no papel do Presidente

⁷³ Art. 109.º da CRA, conjugado com os artigos 19.º e 20.º da Lei Orgânica sobre as Eleições, aprovada pela Lei n.º 36/11, de 21 de Dezembro.

⁷⁴ Art. 111.º da CRA.

⁷⁵ *Idem*, n.º 2.

da República desempenhado ao longo de vários anos de exercício de poder, que configurou sempre, na prática, o perfil de um sistema de governo presidencialista, e conflituoso cada vez que se aproximasse do modelo semipresidencial, quer no mandato do primeiro Presidente da República, como no mandato do actual Presidente.

Esta foi a solução encontrada pelo legislador constituinte de 2010. Concebeu um modelo de governo presidencialista, e atribuiu maior preponderância política e executiva ao Presidente da República, auxiliado por um Vice-Presidente, Ministros de Estado, Ministros sem poderes executivos próprios, e sem responsabilidade política perante a Assembleia Nacional.

Entretanto, a Assembleia Nacional dispõe de um conjunto de competências, algumas das quais partilhadas com o Titular do Poder Executivo mediante autorização⁷⁶, outras de controlo e fiscalização⁷⁷, e outras de reserva absoluta⁷⁸ que, em princípio, obrigam os Membros Auxiliares do Titular do Poder Executivo a desenvolverem uma parte do seu trabalho no parlamento, numa relação de interdependência de funções, designadamente, na discussão e aprovação dos instrumentos de gestão e de execução económica e financeira do Estado, que associada ao facto de o Presidente da República e o seu Vice-Presidente serem os cabeça de lista dos candidatos a Deputados da lista concorrente às eleições gerais⁷⁹, conferem a este órgão (a Assembleia Nacional), uma importância e relação institucional com o Titular do Poder Executivo muito próximo de um sistema de governo semipresidencial, no qual o Primeiro-Ministro e Chefe do Governo são os líderes do partido vencedor do pleito eleitoral.

Na verdade, o que se observa é a presença de arranjos ou concepções jurídico-constitucionais do princípio de separação de poderes, destinados a garantir o equilíbrio e interdependência entre órgãos de soberania, assim como o respeito pelo Estado Democrático de Direito, pelo primado da Constituição e da lei, pelo princípio da democracia representativa e participativa, sem desvirtuar o sistema de governo

⁷⁶ Art. 161.º, da CRA.

⁷⁷ Artigos 104.º e 162.º, *idem*.

⁷⁸ Art. 164.º, *idem*.

⁷⁹ Artigos 109.º e 131.º, n.º 2, *idem*.

presidencialista, entretanto, definido pela Constituição. No sistema de governo angolano o Titular do Poder Executivo não é politicamente responsável perante a Assembleia Nacional, nem esta pode aprovar moções de censura susceptíveis de provocar a queda do governo. Em contrapartida, o Presidente da República não pode dissolver a Assembleia Nacional, mas promove a fiscalização da constitucionalidade dos actos legislativos deste órgão, assim como promulga e manda publicar as suas leis para que vigorem no ordenamento jurídico⁸⁰.

Estamos, em bom rigor, perante dispositivos jurídico-constitucionais que visam limitar ou moderar o poder político “...entre órgãos independentes quanto à formação e quanto à subsistência, funcionalmente diferenciados e dotados de específicos mecanismos e dispositivos constitucionais destinados à fiscalização recíproca dos respectivos actos. Esta variante da balança dos poderes prolonga-se naturalmente numa teoria dos freios e contrapesos, de natureza basicamente técnico-institucional.⁸¹” O órgão executivo mantém a sua independência, assim como o legislativo, e interagem entre si de forma equilibrada por respeito ao princípio da interdependência de funções.

NUNO PIÇARRA, citando Bolingbroke, ilustra a ideia de interdependência do seguinte modo: “A dependência constitucional (...) consiste nisto: que os procedimentos de cada órgão constitucional, quando actua e afecta o todo, sejam sujeitos à fiscalização e ao controlo dos outros órgãos constitucionais; a independência consiste nisto: que as decisões ou deliberações de cada órgão que culminam esses procedimentos, sejam tomadas independentemente e sem qualquer influência directa ou indirecta dos outros órgãos. Sem a primeira, cada órgão teria a liberdade de tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder; mas, sem a segunda, não pode haver nenhum equilíbrio. (...) Numa constituição como a nossa, a segurança do todo depende do equilíbrio entre os órgãos e o equilíbrio entre estes da sua mútua independência”. Esta parece-nos ter sido a vontade do legislador constituinte angolano ao prescrever determinados mecanismos destinados

⁸⁰ Art. 119.º, alíneas c) e r), conjugado com o art.º 124.º, ambos da CRA.

⁸¹ NUNO PIÇARRA, op. cit., p. 82.

a equilibrar os poderes executivo e legislativo, e a evitar eventuais usurpações ou abusos de poder.

3.5.4. Aqui chegados e em síntese, podemos afirmar que o sistema de governo angolano contém elementos típicos de um sistema presidencialista, designadamente, o art.º 108.º da Constituição de 2010 relativo à Chefia do Estado e do Poder Executivo⁸²; o exercício unipessoal do poder executivo – art.º 120.º ; a existência de órgãos auxiliares sem autonomia executiva e politicamente responsáveis apenas perante o Presidente da República – artigos 131.º, 134.º, 137.º e 139.º; exercício de poderes legislativos, nos termos dos artigos 119.º, 120.º, 121.º e 122.º, cujos actos assumam as formas previstas no art.º 125.º. Por outro lado, a Assembleia Nacional dispõe de um vasto leque de competências que lhe conferem protagonismo político, legislativo, de fiscalização e de controlo sobre determinados atos do Executivo, com o objetivo claro de garantir o equilíbrio de poderes. Estes aspectos, conjugados com o modo de eleição do Presidente da República, permitem-nos afirmar que a Constituição angolana estabeleceu um sistema de governo presidencialista como modelo de governação para Angola.

3.5.5. O ponto de vista que apresentamos é, de certo modo, diferente do pensamento do Tribunal Constitucional. Com efeito, muito recentemente um grupo de deputados apresentou um pedido de interpeção ao Executivo para discussão de problemas relacionados com o abastecimento de energia eléctrica, nos termos previstos no Regimento Interno da Assembleia Nacional, aprovado pela Lei n.º 13/12, de 2 de Maio, e o pedido foi rejeitado tendo como fundamento a sua desconformidade com a Constituição.

Na sequência desta rejeição, um grupo de deputados solicitou ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade dos artigos 261.º, 268.º, 269.º 270.º e 271.º do Regimento da Assembleia Nacional. O Tribunal Constitucional apreciou o caso e decidiu declarar a inconstitucionalidade parcial do Regimento da Assembleia Nacional relativamente aos artigos mencionados, incluindo o art.º 260.º, por

⁸² Todos os artigos aqui mencionados são da Constituição de 2010.

desconformidade com os artigos 162.º e 105.º da CRA. A decisão está tomada e o Acórdão do Tribunal Constitucional é de cumprimento obrigatório sem possibilidades de recurso. Apesar deste desiderato, pretendemos fazer uma análise meramente académica do Acórdão em presença, para a verificação das suas implicações na ordem constitucional angolana.

Como foi oportunamente referido, o Titular do Poder Executivo não é responsável politicamente perante o Parlamento, bem como não o são os titulares dos órgãos auxiliares, nos termos do art.º 139.º. Por conseguinte, a Assembleia Nacional não pode destituir o Titular do Poder Executivo mediante a aprovação de uma moção de censura, no exercício de poderes de controlo e de fiscalização.

O Tribunal Constitucional analisou e interpretou o art.º 162.º da CRA e confrontou-o com os mencionados artigos do regimento da Assembleia Nacional, e fez o seu enquadramento, tanto na doutrina como na legislação em vigor.

Sobre a doutrina, o Tribunal fez uma breve incursão sobre a forma de relacionamento dos dois órgãos de soberania com funções políticas, e constatou que ambos estão sujeitos ao princípio da separação de poderes. Serviu-se do art.º 2.º para retratar o princípio da separação de poderes e da interdependência de funções, ao que acrescentamos os princípios da soberania popular, do primado da Constituição e da lei, do pluralismo de expressão e de organização política, bem como o princípio da democracia representativa e participativa, como conformadores do sistema de governo e do Estado Democrático de Direito consagrados pela CRA.

Posteriormente, o Tribunal Constitucional analisou e interpretou o n.º 3 do art. 105.º da CRA, que determina o respeito pelos órgãos de soberania, do princípio da separação e interdependência de funções estabelecidas na Constituição.

3.5.6. O art. 104.º da CRA, em matéria de controlo e fiscalização do Orçamento Geral do Estado é ilustrativo quanto à concretização do princípio da separação de poderes e interdependência de funções. O legislador constituinte adotou um sistema de governo presidencialista, ao mesmo tempo que definiu mecanismos destinados a assegurar

um certo equilíbrio de poderes, a transparência e a boa governação. Estabeleceu, ainda, regras e princípios gerais sobre gestão orçamental e remeteu para legislação ordinária a definição de critérios para o exercício do controlo e da fiscalização. Este poder de controlo e fiscalização do orçamento Geral do Estado é exercido nos termos do art.º 162.º, pela análise e aprovação da Conta Geral do Estado, à luz do que estabelece a Lei n.º 15/10, de 14 de Julho.

O Tribunal Constitucional considera que existe da parte do Presidente da República o dever de informar a Assembleia Nacional, “até 45 dias após o termo do trimestre a que se refere, sobre a execução orçamental, financeira e patrimonial, através de balancetes e relatórios trimestrais elaborados pelo órgão responsável pela contabilidade nacional”, n.º 3, do art.º 63.º do diploma em análise. O n.º 4 do mesmo artigo determina que “o Presidente da República deve apresentar à Assembleia Nacional, até 30 de Setembro do ano seguinte àquele a que diga respeito, o balanço geral relativo aos resultados do exercício económico.”⁸³ E estabelece no n.º 6, um prazo para o Parlamento aprovar a referida Conta Geral do Estado.

O dever de prestação de contas por parte do Titular do Poder Executivo, através dos Ministros de Estado e Ministros⁸⁴, resulta da Constituição, nomeadamente, dos artigos 104.º e 162.º, al. b). Por remissão desses, a Lei 15/10, já mencionada, regula a forma de concretização do poder de controlo e de fiscalização em matéria de Orçamento e de Conta Geral do Estado, o mesmo sucedendo com o Regimento Interno da Assembleia Nacional, no que respeita à interpelação e audição dos Membros do Executivo.

A questão que se coloca, com a declaração de inconstitucionalidade parcial do Regimento Interno da Assembleia Nacional, é a de saber como pode este órgão controlar e fiscalizar o Orçamento e a Conta Geral do Estado sem poder interpelar os Membros do Executivo responsáveis pela sua execução?

⁸³ Entenda-se, a Conta Geral do Estado.

⁸⁴ Na qualidade de órgãos auxiliares do Titular do Poder Executivo, que executam o Orçamento Geral do Estado, no uso de poderes delegados, em conformidade com os artigos 108.º, n.º 2, 134.º e 137.º, todos da CRA.

Entendemos que a Constituição pretendeu estabelecer mecanismos de equilíbrio de poder (e não de subordinação) entre os órgãos de soberania, evitando os desequilíbrios de poder, como nos referimos anteriormente. Ao declarar a inconstitucionalidade das normas de controlo e fiscalização previstas no Regimento Interno da Assembleia Nacional, fica este órgão de soberania desprovido de funções essenciais a sua afirmação política, e o Executivo com a liberdade de gerir o Orçamento Geral do Estado sem qualquer questionamento.

A hipótese avançada pelo Tribunal Constitucional sobre a eventualidade das Comissões Permanentes Especializadas da Assembleia Nacional poderem solicitar, através do Presidente do seu presidente, a presença de um Membro do Executivo, se for autorizado pelo Titular do Poder Executivo, é de difícil concretização com fundamento na Constituição ou na lei, por força do art.º 105.º n.º 2, da CRA. Com efeito, nem a CRA nem a lei prevêem tal possibilidade.

A CRA estabelece no art. 104.º as regras de elaboração, execução e fiscalização do Orçamento Geral do Estado, atribuindo competência fiscalizadora à Assembleia Nacional e ao Tribunal de Contas. O art. 162.º, al. b), por sua vez, confirma a competência da Assembleia Nacional para o exercício de poderes de controlo e fiscalização. Ambos os artigos da CRA remetem para legislação ordinária à definição do detalhe desta matéria. Legislação apropriada foi produzida pela Assembleia Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

O Orçamento Geral do Estado é o principal instrumento de gestão económica e financeira do Estado. Identifica as fontes de receita do Estado e procede à sua distribuição pelas rubricas orçamentais estabelecidas por lei. É o domínio, por excelência onde se exige rigor, transparência e boas práticas de gestão por parte do Executivo que, por essa razão, fica obrigado a prestar contas aos outros órgãos de soberania.

Ora, quem permite o mais, ou seja, o legislador constituinte que determinou o dever do Executivo a prestar contas sobre o exercício económico e financeiro do Estado, há-de permitir o menos, ou seja, terá admitido a possibilidade de prestação de contas sobre outras políticas do governo, nomeadamente, a política energética.

A impressão que retiramos do Acórdão do Tribunal Constitucional é a de que a Assembleia Nacional não pode interpelar o Executivo

em sessão plenária sobre assuntos da governação do país, excepto em matéria de gestão orçamental e de prestação de contas, nas Comissões Permanentes Especializadas, excepção que não consta tanto na CRA como na lei. O Acórdão do Tribunal Constitucional diz que “Esta modalidade indirecta de fiscalização (estabelece o dever de informação do Executivo ao Legislativo sobre a execução orçamental), embora não venha expressamente prevista na Constituição é o desenvolvimento de uma competência fixada na Lei Fundamental: a apreciação e aprovação da Conta Geral do Estado (alínea b) do artigo 162.º da CRA.” Faltou neste ponto conjugar esta competência fiscalizadora da Assembleia Nacional com o art.º 104.º da CRA. A modalidade de fiscalização a que o Tribunal Constitucional se refere, é directa e está contemplada na CRA.

Concluimos convencidos de que a democracia e o Estado de Direito ficam reforçados se forem observados com rigor as regras e os princípios consagrados nos artigos 2.º, 52.º, 104.º e 162.º da CRA, detalhados em legislação ordinária.

3.6. Vantagens e desvantagens do sistema de governo presidencialista

A principal vantagem do sistema de governo previsto pela Constituição prende-se com o restabelecimento da estabilidade política entre os órgãos de soberania, fruto das lições aprendidas com a experiência de fórmulas de sistemas de governo semipresidencialista, com dois órgãos à frente do governo disputando o mesmo espaço político, o Presidente da República e o Primeiro-Ministro, com resultados políticos que demonstraram a sua inviabilidade na ordem jurídico-constitucional angolana.

Uma outra vantagem pode resultar da economia processual e financeira do sistema eleitoral criado com a nova fórmula de escolha dos titulares dos órgãos electivos. Numa única eleição geral, elegem-se o Presidente da República, o Chefe de Estado, o Titular do Poder Executivo e os Deputados ao Parlamento.

É possível incluir entre as vantagens o facto de ter sido esclarecido e reduzido a escrito definitivamente, um costume instalado na ordem

constitucional angolana que consistia em atribuir ao Presidente da República, de forma expressa ou implícita, vastos poderes para a condução dos destinos do país.

Como desvantagens evidenciamos a necessidade de um maior equilíbrio de poderes entre o executivo e o legislativo, de modo a que este órgão exerça plenamente os seus poderes de fiscalização e controlo. Em caso de interpelação pela Assembleia Nacional pode o Executivo ser representado pelos Ministros, salvaguardando-se a desejada exposição do Presidente da República e Chefe de Estado nos debates políticos no Parlamento. O Acórdão do Tribunal Constitucional que declarou inconstitucional as normas sobre fiscalização previstas no Regimento Interno da Assembleia Nacional, deixa este órgão de soberania diminuído na sua função fiscalizadora e, concomitantemente, de informação ao cidadão eleitor sobre o desempenho do Executivo. Diminui as garantias individuais e propicia tendências de exacerbação do uso indevido do poder. Como diz NUNO PIÇARRA “... o princípio pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independente dos demais; que esta distinção material das funções estaduais e a função orgânico-pessoal nela fundada se pautem não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado; que a entrega de cada uma das fracções em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual.

Ressalve-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência – o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controlo recíprocos.⁸⁵”

⁸⁵ NUNO PIÇARRA referindo-se ao princípio da separação dos poderes, op. cit., p. 12 e ss.

É neste sentido que devem ser entendidos os conceitos de fiscalização, controlo e interdependência de funções previstos na CRA e na lei ordinária.

4. Conclusões

Em primeiro lugar, a História Universal concedeu ao mundo moderno três grandes sistemas de governo: o parlamentar, o presidencial e o semipresidencial. Um quarto modelo existiu até ao fim do século passado, perdendo a sua influência com a queda do muro de Berlim e o fim da ex-URSS. Na formação dos seus governos, as sociedades inspiram-se nestas grandes matrizes para criarem os respectivos sistemas adaptados às realidades concretas em que são implantados.

Em segundo lugar, verificamos que enquanto durou a guerra fria, alimentada pelos dois maiores blocos políticos e militares liderados pelos Estados Unidos da América, por um lado, e pela ex-URSS, por outro, várias foram as experiências de governo ideologicamente influenciadas pelas três matrizes de origem capitalista e de economia de mercado, e outras influenciadas pela matriz de inspiração marxista-leninista e de economia planificada. A República de Angola experimentou um sistema de governo monopartidário de matriz socialista nos primeiros 12 a 15 anos de independência, dando lugar a uma I República, pautada pela concentração de poderes no Presidente da República; iniciou a partir de 1987 um período de transição que culminou com a abertura política e económica, formalmente plasmada na Lei Constitucional de 1992, que iniciou uma II República caracterizada pela democracia multipartidária, instauração do Estado Democrático de Direito, respeito pelos direitos, liberdades e garantias do cidadão, e formalmente governada por um sistema de governo semipresidencial de pendor presidencialista. O exercício do cargo de Primeiro-Ministro, nos casos em que ocorreu, não reduziu o peso do Presidente da República na vida política do Estado; de 2010 até ao presente foi inaugurado um novo ciclo político e a III República, marcada pelo retorno inequívoco do domínio do Presidente da República na vida política do Estado e a criação de um sistema de governo presidencialista.

Em terceiro lugar, apesar das mudanças político-ideológicas e das sucessivas revisões constitucionais, verificou-se que os sistemas de governo vigentes ao abrigo da Lei Constitucional de 1975 e da Constituição de 2010 primaram por privilegiar um papel muito forte ao Presidente da República, que poucas vezes consentiu uma verdadeira partilha de poder com os Primeiros-Ministros que ocuparam o cargo consagrado constitucionalmente. Ficou demonstrado que, mesmo nas circunstâncias em que a Lei Constitucional designou formalmente o sistema de governo como semipresidencial, manteve-se sempre o pendor presidencialista, com o poder executivo concentrado nas mãos do Presidente da República, pelas sólidas garantias de estabilidade que este sistema proporcionou, nos momentos em que o cargo de Primeiro-Ministro se encontrou vago, até à sua eliminação do texto constitucional. Este foi, de facto, o modelo predominante desde a independência nacional, sem prejuízo das tentativas feitas de instauração do sistema de governo semipresidencialista, dirigidos por Primeiros-Ministros, modelo que demonstrou inconsistência para vigorar num contexto jurídico-constitucional como o de Angola, propício ao predomínio de modelos de tipo presidencialista.

Em quarto lugar, concluímos que a Constituição de 2010 mais não fez do que transformar em texto um costume constitucional, consubstanciado no predomínio de facto do Presidente da República na organização do Poder político em Angola. Este predomínio ficou ainda mais reforçado com a declaração de inconstitucionalidade parcial do Regimento da Assembleia Nacional que impede este órgão de interpelar os representantes do Titular do Poder Executivo, enquanto responsáveis pelo exercício de poderes delegados deste, no desempenho de funções executivas.

REFERÊNCIAS

1. ADÃO DE ALMEIDA, *Autorizações Legislativas e Controlo Parlamentar do Decreto-Lei Autorizado, O Caso Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009;
2. ARMANDO MARQUES GUEDES, CARLOS FEIJÓ, CARLOS DE FREITAS, N´GUNO TINY, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, RAQUEL BARRADAS FREITAS, RAVI AFONSO PEREIRA e RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA, *Pluralismo e legitimação, A Edificação Jurídica Pós-Colonial de Angola*, Almedina, Coimbra, 2003;
3. ARMANDO MARQUES GUEDES, *Ideologias e Sistemas Políticos*, Instituto de Altos Estudos Militares, Lisboa, 1978;
4. ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON, JOHN JAY, *O Federalista*, 3.^a Edição, Russell Editores, Campinas, S. Paulo, 2010;
5. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra;
6. JONATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *Direito Constitucional Angolano*, Coimbra Editora, 1.^a Edição, 2011
7. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. I, 4.^a Edição Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, 2011;
8. JORGE CARPIZO, *Características Essenciales Del Sistema Presidencial e Influencias para su Instauración en America Latina*, Boletin Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año de 2006
9. JORGE MIRANDA, *Formas e Sistemas de Governo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1.^a Edição, 2007;
10. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARRACHO, *A Revisão da Constituição Francesa de 1958*;
11. MANUEL PROENÇA DE CARVALHO, *Manual de Ciência Política e Sistemas Políticos e Constitucionais*, 3.^a edição (revista e actualizada), Quid Juris, Lisboa 2010;
12. NUNO PIÇARRA, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Um contributo para o estudo das suas origens e evolução, Coimbra Editora, 1989.
13. RAÚL CARLOS VASQUES ARAÚJO, *o Presidente da República no Sistema Político de Angola*, Casa das Ideias, Luanda, Dezembro de 2009;
14. RICARDO LEITE PINTO, JOSÉ DE MATOS CORREIA e FERNANDO ROBOREDO SEARA, *Ciência Política e Direito Constitucional*, Teoria Geral do Estado

e Formas de Governo, Vol. I, 5.^a Edição Revista, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2013

LEGISLAÇÃO UTILIZADA

15. Lei Constitucional de 11 de Novembro de 1975;
16. Lei n.º 71/76, de 11 de Novembro de 1976;
17. Lei n.º 13/77, de 16 de Agosto;
18. Lei Constitucional da República Popular de Angola, revista e alterada pelo Comité Central do Mpla-Partido do Trabalho, Publicada no DR n.º 31, de 7 de Fevereiro de 1978;
19. Lei n.º 1/79, de 17 de Janeiro;
20. Lei Constitucional da República Popular de Angola, revista e alterada pelo Comité Central do Mpla-Partido do Trabalho, Publicada no DR n.º 225, de 23 de Setembro de 1980;
21. Lei n.º 2/86, de 1 de Fevereiro;
22. Lei n.º 2/87, de 31 de Janeiro;
23. Lei n.º 12/91, de 6 de Maio;
24. Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro;
25. Lei n.º 15/10, de 14 de Julho;
26. Lei n.º 13/12, de 2 de Maio;
27. Constituição de 2010;
28. Tribunal Constitucional, Jurisprudência Constitucional, Colectânea de Acórdãos do Tribunal Supremo na veste de Tribunal Constitucional, 1996/2008, Vol. 0;
29. Edijuris, Acórdão de 21 de Dezembro de 1998;
30. Título II da Constituição Francesa, artigos 5.º a 18.º, 24.º E 32.º.

SÍTIOS DA INTERNET CONSULTADOS:

1. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARRACHO, A Permanente Procura de uma Constituição Modelar, 2000 <http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst03/CUC00306.pdf>
2. STEPHENSON, MARCHAM, Sources of English Constitutional History, Harper&Row Publishers, English Historical Documents, Março 2005 – 8. Fevereiro 2009 <http://www.verfassungen.eu/gb/gb1832.htm>

3. SALVADOR MOURELO, A declaração unânime dos treze Estados dos Estados Unidos da América, Gze-ditora, http://agal-gz.org/faq/lib/exe/fetch.php?media=gze-ditora:declaracao_da_independencia_eua.pdf
4. A declaração de independência dos EUA, <http://revolucoes.org.br/v1/sites/default/files/matdidatico/A%20Declaracao%20de%20Independencia%20dos%20EUA.pdf>
5. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776). In Infopédia, Porto Editora, 2003-2013. [http://www.infopedia.pt/\\$declaracao-de-independencia-dos-estados](http://www.infopedia.pt/$declaracao-de-independencia-dos-estados)

A Evolução da Fiscalização Concreta da Constitucionalidade na República de Angola¹

JOSÉ EDUARDO SAMBO²

Introdução

Com o presente trabalho pretendemos realizar uma reflexão sobre a evolução histórica da fiscalização sucessiva concreta no contexto da Justiça Constitucional angolana.

Trata-se de um estudo que reputamos tão oportuno quanto profícuo, por proporcionar a realização de um balanço global e a possibilidade de um contacto com o perfil de cada uma das etapas da evolução da Justiça Constitucional Angolana.

Não será ocioso realçar que o ordenamento jurídico angolano nutriu-se substancialmente de elementos que lhe foram legados pelos mais carismáticos modelos de Justiça Constitucional.

Por esta razão, efectuamos previamente um périplo pelos mais importantes modelos de Justiça Constitucional que, devido ao seu carácter matricial, acabaram por exercer uma decisiva influência nos diversos ordenamentos disseminados pelo mundo.

Nesta esteira, serviram de lastro ao nosso estudo alguns autores clássicos, tais como Alexander Hamilton, tributário dos *Federalist Papers*³, cujos textos foram elaborados com vista à promoção da

¹ Entregue: 3.3.2014; aprovado: 2.6.2014.

² Doutorando da NOVA Direito e da Universidade Agostinho Neto.

³ *The Federalist Papers* é uma série de 85 artigos que fundamentaram a necessidade da ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América. É o resultado de reuniões que ocorreram em Filadélfia em 1787. Depois da promulgação da Constituição, os seus autores continuaram envolvidos na política. James Madison foi um dos

ratificação da Constituição norte-americana por todos os Estados da federação.

Em o Federalista n.º 78⁴, aparece pela primeira vez configurado o que viria a ser o modelo da *Judicial Review* norte-americana.

Este modelo expandiu-se pelo continente americano, nomeadamente, para o Brasil no contexto da primeira Constituição Republicana de 1890/1.

Assim, através do Brasil, Portugal acabou convertendo-se em pioneiro na Europa, ao consagrar na Constituição Republicana de 1911, embora de forma descontextualizada, o modelo da *Judicial Review*⁵.

Outro texto clássico que serviu de esteio ao nosso trabalho, para além de o Federalista n.º 78, é o Acórdão *Marbury v. Madison*, proferido pelo Supremo Tribunal norte-americano, no contexto da *Judicial Review*.

No que concerne ao Tribunal Constitucional de matriz austríaca e kelseniana, fizemos recurso a um texto de Hans Kelsen, sobre “a Garantia Jurisdicional da Constituição”.

Sobre a experiência francesa, consultamos a obra de Dominique Rousseau, “Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional”.

Tomamos contacto com a obra “A Justiça Constitucional da União Europeia” da autoria do Professor Doutor Nuno Piçarra.

Para efeito do nosso estudo e com fins meramente instrumentais e metodológicos, dividimos a evolução da Justiça Constitucional angolana em três períodos fundamentais:

fundadores do Partido Republicano, junto de Tomas Jefferson que foi eleito Presidente dos Estados Unidos em 1808. Alexander Hamilton foi o 1.º Secretário do Tesouro dos Estados Unidos da América e com John Jay, foi Conselheiro de George Washington, Presidente dos EUA em 1789. John Jay também foi Presidente do Supremo Tribunal.

⁴ Este artigo foi pela primeira vez publicado no *The Federalist* em 28 de Maio de 1788 e recebeu o número de 78. Foi publicado em 14 de Junho no *The Independent Journal* e foi-lhe atribuído o número 77 e iniciado em 17 de Junho e terminado em 20 de Junho, no *The New York Packet*, onde teve o número 78. Hamilton aborda o Poder Judicial Federal, no topo do qual se encontra a *Supreme Court*, uma instituição que se tem revelado fundamental na modelagem do federalismo norte-americano.

⁵ Catarina Sarmento e Castro, Modelos de Justiça Constitucional (A Garantia Jurisdicional da Constituição, pág. 4), IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América. Sevilha 19 a 21 de Outubro de 2005.

- 1.^a – Da Constituição de 1975 à Revisão Constitucional de 1992;
- 2.^a – Da Lei de Revisão Constitucional de 1992 à criação do Tribunal Constitucional em 2008;
- 3.^a – Da criação do Tribunal Constitucional até ao presente momento.

Realizamos uma circunstanciada consulta aos Acórdãos relativos à Justiça Constitucional angolana nas diversas fases da sua evolução. Compulsamos desde os primeiros Acórdãos (proferidos a partir do ano de 1996), que remontam à altura em que a Justiça Constitucional era superiormente administrada pelo Tribunal Supremo até ao presente momento, em que Angola dispõe finalmente de um Tribunal Constitucional.

Estas e outras que seria ocioso enumerar constituem as obras que, tendo em conta o carácter matricial e histórico de algumas delas, se mostraram fundamentais para a elaboração do presente Relatório.

Para a realização do presente estudo, apoiamo-nos, portanto, em diversa bibliografia e ancoramos as nossas convicções nas proveitosas aulas que nos foram ministradas pelo Professor Doutor Nuno Piçarra, em Luanda, na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, de 13 a 17 de Junho de 2011.

1. *Judicial Review* Norte – Americana

1.1. *O Federalista n.º 78*

A obra o *Federalista n.º 78* foi redigida em 24 de Maio de 1788, numa circunstância em que a Constituição norte-americana já tinha sido aprovada, embora ainda não tivesse entrado em vigor.

Nesta obra, Alexander Hamilton clarifica o papel do poder judicial no âmbito do sistema constitucional. Segundo este autor “pode ser asseverado que o poder judicial não dispõe de força nem vontade, mas apenas juízos. A completa independência dos tribunais é particularmente essencial numa Constituição limitada. E é com base nesta

independência que os tribunais cumprem eficientemente com o seu dever de declarar nulos todos os actos contrários ao teor manifesto da Constituição”.

Para Alexander Hamilton e James Madison⁶, a lei não era a expressão da vontade geral, nem infalível. A lei era a expressão de maiorias cambiantes, podendo assim ser tão tirana quanto qualquer outro acto.

Eles alicerçavam esta sua convicção nas arbitrariedades do parlamento britânico que acabou provocando a revolta e a Declaração de Independência

1.2. O Acórdão *Marbury v. Madison*

Importa analisar aqui o acórdão *Marbury versus Madison*, através do qual o Supremo Tribunal norte-americano declarou inconstitucional uma lei que lhe conferia poderes para conhecer, em 1.^a instância, casos não previstos na Constituição.

A relevância histórico-constitucional deste acórdão reside no facto de o mesmo veicular os fundamentos da *Judicial Review* norte-americana.

Como refere o Acórdão⁷, “é uma afirmação demasiado evidente para ser contestada que a Constituição rejeita qualquer norma com

⁶ A sua ideia é a de que, os poderes emergentes da Constituição eram poderes delegados, tendo em conta a diferença entre poder constituinte e poder constituído.

“Os actos de uma autoridade delegada, contrários ao teor da delegação, na base da qual são exercidos, são nulos”.

No caso do acto contrário à Constituição ser praticado pelo próprio Tribunal, para este autor, tratava-se de uma ocorrência improvável, porquanto, o poder judicial não tinha nem vontade nem força, tendo apenas a faculdade de emitir os juízos. Em consequência, achavam que o Poder Judicial era o mais garantístico para a defesa da Constituição.

“Os tribunais foram concebidos para ser um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com o propósito de manter esta última dentro dos limites traçados para a sua autoridade. A interpretação das leis é o terreno apropriado e particular dos tribunais”.

⁷ A mais importante passagem do acórdão *MARBURY v. MADISON* é a que afirma que “aqueles que aplicam as regras aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa lei. Se duas leis entram em conflito entre si, os tribunais devem

ela incompatível e que o legislativo não pode alterar a Constituição, através de uma lei contrária”.

Existem casos em que tanto a Lei como a Constituição se revelam tão indeterminadas que não dispensam juízos complementares para a sua interpretação.

Os tribunais são os órgãos apropriados para garantir a observância da Constituição, uma vez que o juízo de compatibilidade entre a Constituição e uma lei releva da essência da função jurisdicional.

O corolário lógico deste princípio é que o sistema de controlo da constitucionalidade tem que ser difuso.

O preceito constitucional a que o juiz John Marshall e os demais juízes que subscreveram este Acórdão se filiaram, foi o de que “a Constituição é a lei suprema deste País”. Eles acabaram extraindo consequências que não estavam literalmente contidas na Constituição.

Por outro lado, a sanção da desconformidade com a Constituição é a nulidade da lei.

O Tribunal Supremo só pode conhecer por via de recurso, sendo a eficácia inter *partes* e não *erga omnes*.

Existe aqui uma rigorosa observância da regra do precedente⁸. Não existe controlo abstracto da constitucionalidade, apenas o controlo concreto.

Em conclusão, o sistema preconizado pela *Judicial Review* é difuso e concreto.

decidir sobre a aplicação de cada uma. Assim, se uma lei estiver em contradição com a Constituição, se tanto a lei como a Constituição se aplicarem a um dado caso particular, de modo a que o Tribunal tenha que decidir este caso em conformidade com a lei, não observando a Constituição, ou em conformidade com a Constituição não observado a lei, estamos face à verdadeira essência da função jurisdicional”. A função jurisdicional não é uma função política, mas uma função de aplicar e interpretar a lei.

⁸ O precedente surge a partir do momento da confirmação do Supremo Tribunal.

2. Sistema de Controlo da Constitucionalidade de Matriz Europeia

2.1. A contribuição de Hans Kelsen

O sistema de controlo da constitucionalidade de matriz europeia encontra-se ancorado num texto doutrinário de Hans Kelsen⁹.

Trata-se de um extenso texto onde se torna possível identificar as grandes diferenças entre o sistema de justiça constitucional europeu e o norte-americano.

Uma afinidade que nos parece insofismável reside no facto de, também na Europa, embora muito mais tarde e com quase um século de diferença¹⁰, ter sido o federalismo a contribuir para a criação de um sistema de controlo da constitucionalidade das normas.

No fim da 1.ª Guerra Mundial, quando o Império austro-húngaro se desintegra, a Áustria converte-se numa República Federativa.

Como afirma o próprio Hans Kelsen, “mas é certamente no Estado Federal que a Justiça Constitucional adquire uma importância significativa. Não é exagero afirmar que a ideia política do Estado federado só é plenamente realizada através da instituição de um Tribunal Constitucional. Mais do que em qualquer outra parte, é no federalismo onde reside a necessidade duma instância objectiva que decida estes conflitos de forma pacífica”.

Carl Schmitt¹¹, adversário de Hans Kelsen, almejava uma Constituição autoritária e, neste sentido, afirmava que era o Presidente da

⁹ Hans Kelsen foi um Professor de Direito e filósofo de origem austríaca e um dos mais importantes pensadores do século XX. Escreveu uma obra que se converteu num texto matricial escrito nos anos 20, como resultado de uma experiência concreta: a Constituição Republicana austríaca adoptada no fim da 1.ª Guerra mundial que consagra, pela primeira vez, um Tribunal Constitucional de matriz europeia.

¹⁰ Porque o Supremo Tribunal norte-americano é criado com a Constituição Federal que entra em funcionamento em 1790, podendo emitir juízos de constitucionalidade em 1803, enquanto o Tribunal Constitucional austríaco é criado pela Constituição austríaca de 1920.

¹¹ Carl Schmitt (Plettenberg, 11 de Julho de 1888 – 7 de Abril de 1985) foi um jurista, filósofo, político e professor universitário alemão. É considerado um dos mais significativos (porém também um dos mais controversos) especialistas em direito constitucional e internacional da Alemanha do século XX. A sua carreira foi manchada pela sua proximidade com o regime nacional-socialista. O seu pensamento era firmemente

Republica quem deveria controlar a Constituição sempre que a suspendesse e chamasse a si poderes absolutos que, em estado de excepção, a própria Constituição de Weimar lhe conferia.

Assim, logo à partida, se pode concluir que Hans Kelsen pugnava por uma democracia, enquanto Schmitt, por um Estado autoritário.

A discussão do modelo europeu realiza-se sem qualquer referência, comparação ou paralelo com o modelo norte-americano. Estas questões são tratadas com um pendor eurocêntrico, não obstante a Justiça Constitucional americana tivesse já mais de um século e constituísse uma experiência incontornável.

Eis os elementos que distinguem o sistema kelseniano do norte-americano:

- Uma única instância central de controlo (Tribunal Constitucional);
- Declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex nunc*;
- Declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*.

Hans Kelsen era um positivista, razão pela qual prezava muito a segurança jurídica. Para ele, um acto inconstitucional não era um acto nulo. Este não necessitava de um outro acto jurídico para lhe retirar a sua qualidade de acto jurídico usurpado.

2.2. O sistema europeu kelseniano

A experiência europeia escorava-se numa concepção de lei, como expressão da vontade geral. Esta concepção foi marcada pelas contribuições de Jean-Jaques Rousseau e de Emanuel Kant, mas foi sempre desconhecida do mundo anglo-saxónico e da experiência constitucional norte-americana.

enraizado na fé católica, tendo girado em torno das questões do poder, da violência, bem como da materialização dos direitos. Além dos direitos constitucional e internacional, a sua obra abrange campos académicos como a ciência política, sociologia, teologia, filologia germânica, filosofia, entre outros.

Esse conceito de lei que triunfa ao longo do século XIX nos Estados de democracia parlamentar, é um grande obstáculo à criação de tribunais que fiscalizem ou controlem o legislador.

Trata-se de filosofias que se mostram antagónicas

Nesta esteira, apenas no termo da 2.^a Guerra Mundial, em 1945, ficou generalizadamente aceite pelos Estados Europeus de matriz romano-germânica, a instituição de uma Justiça Constitucional.

As ideias de Hans Kelsen podem reconduzir-se às seguintes linhas de força:

- Existência de um Tribunal com competência centralizada;
- A declaração de inconstitucionalidade com força geral e obrigatória;
- A declaração de inconstitucionalidade sem efeitos repristinatórios;
- A declaração de inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*.

Hans Kelsen afirma que o Tribunal não pode conhecer das inconstitucionalidades *ex officio*.

Neste particular, Kelsen mostrava-se muito céptico ante o recurso à Acção Popular uma vez que, segundo ele, esta implicaria não só um conjunto de acções temerárias, mas sobretudo, o risco de uma pesada sobrecarga no caudal processual do Tribunal Constitucional.

3. O Controlo da Constitucionalidade em França

3.1. A criação do Conseil Constitutionnel

O caso francês mostra-se tão *sui generis* quanto profícuo para os restantes ordenamentos.

O estereótipo francês ilustra o quanto a França se revelou refractária do modelo de controlo de constitucionalidade europeu. O direito francês partiu do pressuposto da soberania da lei, isto é, da lei como expressão da vontade geral, como afirmava Jean Jacques Rousseau¹².

¹² Jean-Jacques Rousseau (Genebra, 28 de Junho de 1712 – Ermenonville, 2 de Julho de 1778) foi um importante filósofo, teórico político, escritor e compositor

Segundo a teoria política francesa, a existir alguma garantia da Constituição, ela deveria ter natureza política¹³ e não jurisdicional.

Com a 5.^a República, o General De Gaulle pretendeu reverter radicalmente a realidade. Assim, com a Constituição de 1958, o poder concentrou-se no executivo, designadamente, no Presidente da República, imobilizando de certa forma o parlamento.

O *Conseil Constitutionnel* foi instituído com o propósito de obstar a que o Parlamento francês ultrapassasse as suas competências, invadindo a área executiva.

Como afirma Dominique Rousseau “a criação em 1958 do *Conseil Constitutionnel* traduziu a clara intenção de pôr termo ao arbítrio e à hegemonia do Parlamento, mas teve ainda um segundo objectivo que era o de evitar a instauração de uma autêntica jurisdição constitucional, contrária à tradição política francesa¹⁴.

O Art. 61.º da Constituição francesa, na sua versão original, estabelecia que determinadas leis parlamentares, antes da sua promulgação poderiam e (nalguns casos) deveriam ser submetidas ao *Conseil Constitutionnel* para que este se pronunciasse sobre a sua conformidade (processual) com a Constituição.

3.2. O *Conseil Constitutionnel* e os *Direitos Fundamentais*

Entre 14 e 16 de Julho de 1971, ocorreu uma revolução copernicana. O *Conseil Constitutionnel* declara que determinado decreto que lhe tivera sido submetido, atentava contra a Liberdade da Associação como direito fundamental.

autodidacta suíço. É considerado um dos principais filósofos do iluminismo e um precursor do romantismo.

¹³ Por exemplo, através da instituição de um Senado Conservador que tivesse a possibilidade de escrutinar as leis de uma Assembleia Parlamentar mais temerária.

Esta ideia teve uma vida muito efémera, o que significa que até 1958, quando o *Conseil Constitutionnel* foi criado, a França não tinha conhecido nenhum sistema de garantia constitucional.

¹⁴ A tradição política francesa era adversa a Juízes a discutir ou a pôr em causa a lei que era considerada a vontade geral.

Quando o *Conseil Constitutionnel*¹⁵ declarou a inconstitucionalidade emergente da violação do Direito de Associação, criou uma inovação que marcou a sua conversão numa verdadeira jurisdição constitucional.

Como consequência de uma alteração da Constituição preconizada pelo Presidente Valéry Giscard d'Estaing, aquela passou a permitir que um determinado número de deputados e de senadores¹⁶ pudesse também ter acesso ao *Conseil Constitutionnel*. Estávamos face a uma segunda Revolução.

3.3. O *Conseil Constitutionnel* e a Fiscalização Concreta

Em França, até ao ano 2008, não era permitida a fiscalização concreta, uma vez que não estava consagrado o controlo sucessivo. Depois da lei aprovada, os juízes só poderiam aplicá-la.

Com a Revisão Constitucional de 2008, a França consagrou o controlo sucessivo e concreto da constitucionalidade das leis.

Apenas o Tribunal Constitucional tem competência para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de uma norma (modelo concentrado).

¹⁵ Como o *Conseil Constitutionnel* constituía uma aparente jurisdição, não se exigia uma formação jurídica aos seus membros. Mas ainda hoje, (um particularismo do sistema francês) fazem parte do *Conseil Constitutionnel* os antigos Presidentes da República.

Uma terça parte dos membros do *Conseil Constitutionnel* (integrado por nove), mais os antigos Presidentes da República, é nomeada pelo Presidente da República, outros pela Assembleia Nacional e os restantes pelo Senado. O próprio Presidente do *Conseil Constitutionnel* é nomeado pelo Presidente da República, o que não é frequente.

¹⁶ Assim, para além dos órgãos do Estado já conhecidos, também um número de deputados e senadores (para salvaguardar o compromisso democrático) podia também pedir ao *Conseil Constitutionnel* o controlo preventivo da constitucionalidade de determinada lei.

A oposição passou a fazer, amiúde, recurso deste mecanismo.

Como o prazo para a fiscalização preventiva é curto e a fiscalização preventiva sempre abstracta, o *Conseil Constitutionnel* torna-se quase uma terceira câmara legislativa.

A primeira filtração ou condicionante desta nova opção resulta da inconstitucionalidade não poder ser conhecida *ex officio* pelo Tribunal.

A segunda condicionante decorre do processo ter que ser remetido previamente para o Supremo Tribunal da jurisdição a que determinado Tribunal pertença¹⁷

O novo Artigo n.º 61.º da Constituição francesa, não obstante o teor das alterações introduzidas no ano de 2008, clamava, naturalmente, por uma mais nítida aclaração no âmbito da legislação ordinária, pelo que foi aprovada uma Lei Orgânica em 10 de Dezembro de 2009.

Assim, surge uma terceira condicionante que se refere à emissão de uma declaração do *Conseil Constitutionnel* no sentido da constitucionalidade da norma uma vez que neste caso, o Tribunal Constitucional já não se pode pronunciar, salvo ocorrência de uma *rebus sic standibus*¹⁸.

O Legislador criou ainda um quarto filtro que se consubstancia na ideia “de que a questão não seja desprovida de carácter sério”.

Trata-se de filtros que evidenciam alguma resistência ao facto da lei poder ser apreciada por tribunais comuns, após a sua entrada em vigor.

O conceito latino aqui vertente é o das medidas provisórias, relativo à aparência do bom direito. É o “*fumus boni juris*” que constitui pressuposto das providências cautelares.

Vencidos todos estes filtros e requisitos, o *Conseil d’Etat* ou a *Cour de Cassation* toma a decisão final de submeter ou não a causa para o *Conseil Constitutionnel*.

Se o *Conseil d’Etat* e a *Cour de Cassation* não se tiverem pronunciado dentro do prazo legal, a questão é remetida, sem delongas, ao *Conseil Constitutionnel*.

Em França, não existe o controlo sucessivo abstracto da constitucionalidade das normas.

¹⁷ Em França, existem duas ordens de jurisdições: A Cível Geral, que é encabeçada pela *Cour de Cassation* e a Administrativa, que é encabeçada pelo *Conseil d’Etat* na qualidade de Supremo Tribunal Administrativo.

¹⁸ Alteração de circunstâncias.

4. A Evolução da Fiscalização Concreta na República de Angola

4.1. *Da Constituição de 1975 à Revisão Constitucional de 1992*

Desde a independência até ao presente momento, a República de Angola conheceu duas Constituições e uma Lei de Revisão Constitucional. A primeira Constituição foi publicada em 11 de Novembro de 1975 e revista a 16 de Setembro de 1992 sob os auspícios da Lei n.º 23/ /92. A segunda Constituição foi aprovada em 5 de Fevereiro de 2010.

A Constituição de 1975 proclamava um regime monopartidário, pelo que não se mostravam visíveis os pressupostos de uma Justiça Constitucional. A ausência de um Estado de Direito e de uma nítida separação de poderes tornou inviável a criação dos mecanismos indispensáveis a uma genuína Justiça Constitucional.

Os Órgãos do Estado, no âmbito da primeira Constituição, criaram-se num contexto de conflito armado, o que contribuiu para que o seu perfil tivesse sido cunhado pela marca impressiva da guerra e o seu funcionamento pela excepção e pela emergência.

Por esta ordem de razões, o Conselho da Revolução, nos termos do Art.º 35.º da primeira Constituição, tomou transitivamente o lugar da Assembleia Nacional ou Parlamento e era presidido pelo Presidente da República.

O Art. 35.º dessa Constituição estabelecia que, enquanto não se verificasse a total libertação do território nacional e não estivessem preenchidas as condições para a instituição da Assembleia do Povo, o órgão supremo do poder do Estado era o Conselho da Revolução.

O Conselho da Revolução era constituído pelos membros do Bureau Político do MPLA, pelos Membros do Estado-maior General, pelos Membros do Governo designados pelo MPLA, pelos Comissários Provinciais e pelos chefes dos Estados-maiores e Comissários Políticos das Frentes Militares.

Nesta Constituição não se divisa qualquer referência ao Tribunal Constitucional ou a qualquer propósito de instituição da Justiça Constitucional.

Importa sublinhar que em relação aos tribunais e à administração da justiça, a aludida Constituição dedica unicamente dois artigos,

referentes à sua independência e à sua competência exclusiva para o exercício da administração da justiça.

Em nenhuma disposição se consagra a faculdade dos tribunais fiscalizarem preventiva ou sucessivamente a constitucionalidade das normas, não se fazendo, por consequência, qualquer alusão directa ou indirecta à fiscalização concreta.

Desde logo, podemos decididamente concluir, que não foi em sede da primeira Constituição de 1975 que nasceu a Fiscalização Sucessiva concreta ou abstracta da constitucionalidade das normas. Durante este período, não existiram condições jurídicas ou pressupostos políticos para a realização da Justiça Constitucional.

4.2. Da Lei de Revisão Constitucional de 1992 à criação do T. C. em 2008

Em 1992, a necessidade de uma abertura democrática conducente à realização das primeiras eleições livres em Angola acabou por determinar a introdução de alterações na Constituição e a aprovação de um pacote de leis que serviram de lastro para o imparável processo de democratização que não mais cessou.

É neste cenário em que foi aprovada a Lei n.º 23/92 sobre a Revisão Constitucional. Trata-se de um diploma que conferiu um insofismável impulso à emergente justiça constitucional, empreendendo passos que reputamos imprescindíveis.

Esta Lei define claramente Angola como um Estado Democrático de Direito, assente num modelo de organização do Estado, baseado na separação de funções e interdependência dos Órgãos de Soberania.

Os artigos 125.º e 134.º da Lei de Revisão Constitucional instituem o Tribunal Constitucional com competência para apreciar a constitucionalidade das leis, dos decretos-lei, dos tratados internacionais ratificados e de quaisquer normas.

Entre outras competências, o Tribunal Constitucional, nos termos da alínea d) do Art.º 134.º, aprecia, em recurso, a constitucionalidade das decisões dos demais tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com o fundamento na sua inconstitucionalidade.

O Tribunal Constitucional aprecia ainda em recurso, nos termos da alínea c) do Art.º 134.º, a constitucionalidade de todas as decisões dos demais tribunais que apliquem norma cuja constitucionalidade haja sido questionada durante o processo.

Importa ainda realçar que, de acordo com o disposto no Art.º 6.º da Lei 23/92, enquanto o Tribunal Constitucional não fosse criado, competiria ao Tribunal Supremo desempenhar as suas funções.

Uma disposição que consideramos decisiva para o nascimento da Fiscalização Sucessiva Concreta é a do Art.º 121.º que estabelece que “os Tribunais garantem e asseguram a observância da Lei Constitucional, das leis e demais disposições normativas vigentes, a protecção dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos e das instituições e decidem sobre a legalidade dos actos administrativos”.

Trata-se de um comando legal que vem complementar o conjunto de disposições necessárias à instituição formal da Fiscalização Sucessiva Concreta.

Com estes pressupostos, poderemos decisivamente afirmar que a Lei de Revisão Constitucional (23/92) inaugurou uma nova era na administração da Justiça, consagrando formalmente o Controlo Sucessivo Concreto (e Abstracto) da constitucionalidade das normas no contexto dum sistema difuso similar à *Judicial Review* norte-americana.

Esta similitude resulta do facto de, originariamente, não existir um Tribunal Constitucional¹⁹, (estando a Justiça Constitucional cometida ao Tribunal Supremo²⁰), todos os Tribunais poderem apreciar a inconstitucionalidade das normas e de não estar consagrado o recurso obrigatório em caso de desaplicação de normas supostamente inconstitucionais.

¹⁹ O Art. 6.º da Lei n.º 23/92 atribuía ao Tribunal Supremo competências de Tribunal Constitucional enquanto este último não fosse criado.

²⁰ O Tribunal Supremo norte-americano só conhece das inconstitucionalidades por via de recurso, sendo a eficácia *inter partes* e não *erga omnes*. Existe aqui uma rigorosa observância da regra do precedente. Se uma decisão faz caso julgado, deve ser seguida pelos restantes tribunais. Paradoxalmente, no sistema americano, todas as questões de constitucionalidade são resolvidas com base na apreciação de determinado litígio. Não existe controlo abstracto da constitucionalidade, apenas o controlo concreto.

No plano do direito material, temos configurada e caracterizada a Justiça Constitucional introduzida pela Lei n.º 23/92.

No plano do direito processual, importa esclarecer que, durante o período de vigência da Lei de Revisão Constitucional (de 16 de Setembro de 1992 a 5 de Fevereiro de 2010), apenas no ano de 2008, foi criado o Tribunal Constitucional e o pacote de leis adjectivas que sustentaria a actividade, o funcionamento e a organização desta jurisdição.

O Tribunal Constitucional foi criado em concreto através das Leis n.º 2 e n.º 3/08 de 17 de Junho que regulam a sua organização e funcionamento e estabelecem as regras de Processo Constitucional.

Assim, até à publicação destas leis em 17/06/08, não existia Tribunal Constitucional e muito menos um quadro de leis adjectivas especialmente orientado para a Justiça Constitucional.

A Justiça Constitucional nascida em 1992, como consequência da Lei n.º 23/92 sobre a Revisão Constitucional, foi superiormente administrada pelo Tribunal Supremo até à criação do Tribunal Constitucional em 2008. Na base, a Justiça Constitucional era formalmente administrada pelos diversos tribunais comuns, tal como acontece no sistema difuso de matriz norte-americana.

Não existindo uma regulamentação do processo constitucional antes de 2008, a Justiça Constitucional era administrada superiormente pelo Tribunal Supremo e regulada pelos artigos 134.º e 153.º a 157.º da Lei n.º 23/92. Estavam assim formalmente consagradas a Fiscalização Preventiva (alínea a) do Art.º 134.º e 154.º), a Fiscalização Sucessiva Abstracta (alínea b) do Art.º 134.º e 155.º) e Concreta (alínea d) do Art.º 121.º n.º 1, e e) do Art.º 134.º), todas as disposições da Lei de Revisão Constitucional de 1992.

Podemos decididamente asseverar que caracterizavam a Justiça Constitucional Angolana entre 1992 e 2008 os seguintes traços fundamentais:

Tratava-se de uma Justiça Constitucional organizada na base de um sistema difuso onde qualquer tribunal poderia apreciar a inconstitucionalidade das normas.

Não existia expressamente um recurso obrigatório do Ministério Público, embora a alínea d) e e) do Art.º 134.º impusessem a obrigatoriedade do recurso para determinadas decisões.

Estamos aqui face a uma autêntica “*vexata questio*”, porquanto se, por um lado, se impunha ao Tribunal Supremo a apreciação em recurso de todas as decisões que versassem sobre inconstitucionalidades (alínea d) e e) do Art. 134.º), por outro lado, este recurso não se mostrava exequível na sua versão imperativa, devido a falta de um comando legal que literalmente impusesse ao Ministério Público o dever de o interpor.

Caso contrário, este recurso perderia o seu carácter obrigatório e ficaria à mercê da vontade das partes e do Ministério Público, desnaturando-se por completo o grande desiderato do Controlo Sucessivo Concreto e o carácter misto do sistema.

Até porque a lei ordinária estabelecia e estabelece, taxativamente, as circunstâncias em que o Ministério Público deve obrigatoriamente recorrer e nada refere sobre as decisões que encerram aplicação ou desaplicação de normas alegadamente inconstitucionais.

Ficou estabelecida a obrigatoriedade da apreciação do recurso por parte do Tribunal Constitucional (Tribunal Supremo Art. 134.º, alínea d) e e)). Contudo, não se criaram os mecanismos para que este recurso tivesse carácter imperativo.

Por outro lado, esta lei de revisão constitucional não consagrou normas de Processo Constitucional.

Como resultado destas omissões, foram reduzidíssimos os recursos analisados pelo Tribunal Supremo no contexto de uma fiscalização sucessiva e não foi apreciado qualquer recurso pelo Tribunal Supremo no âmbito da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade das normas entre 1992 e 2008.

Como consequência das disposições que vigoravam, era necessário aguardar pela iniciativa das partes para que o recurso de decisões de aplicação ou desaplicação de normas alegadamente constitucionais fosse interposto.

E naturalmente que nem sempre as partes encontram razões, motivos e motivações para a interposição deste tipo de recurso.

Foi o que na prática acabou por acontecer e, como consequência, não foi ainda neste período em que surgiu efectiva e materialmente a Fiscalização Sucessiva Concreta que vinha formalmente fazendo carreira desde a Revisão Constitucional de 1992.

Não sendo o recurso interposto pelas partes, o processo nunca poderia, pelas vias normais, alcançar o Tribunal Supremo (que transitoriamente desempenhava funções do Tribunal Constitucional).

A lei processual angolana consagra algumas espécies de recursos extraordinários²¹ que permitiriam que, mesmo não havendo recurso obrigatório do Ministério Público, o Tribunal “*ad quem*” pudesse tomar a iniciativa de apreciar as inconstitucionalidades alegadas em primeira instância.

Todavia, em nenhum momento foi utilizado este mecanismo com o objectivo de fiscalizar concretamente a constitucionalidade das normas.

Entretanto, podemos à guisa de conclusão, asseverar que, não obstante a Lei de Revisão Constitucional tenha formalmente consagrado pela primeira vez a Fiscalização Sucessiva Concreta da constitucionalidade das normas, nos termos do Art. 134.º d), não foram criados

²¹ Recursos Extraordinários

Sem a iniciativa das partes, o processo apenas poderia chegar ao Tribunal Supremo, através do Recurso Extraordinário de Cassação, previsto no Art. 52.º, 53.º e 54.º da Lei n.º 20/88.

Trata-se de um recurso que faz carreira no ordenamento jurídico angolano, mas que tem origem em França (*casser* significa anular, quebrar) e que se caracteriza pelo facto do Tribunal *ad quem* anular a decisão e reenviar o processo ao tribunal *a quo* para julgar num sentido determinado.

Este recurso não é interposto pelas partes, mas por proposta do Presidente do Tribunal Supremo ou requerido pelo Procurador-geral da República.

Outro mecanismo previsto pelo Art. 52.º n.º 2 da Lei n.º 20/88, é o recurso extraordinário para o plenário com vista a uniformização da jurisprudência ou a correcta interpretação da lei.

Trata-se de um recurso que tem como fundamento a oposição ou a discrepância entre o acórdão recorrido e outro (acórdão) anterior sobre idêntica matéria do mesmo tribunal já transitado em julgado. O grande objectivo é a uniformização da jurisprudência e a revogação do Acórdão recorrido.

Trata-se de um recurso que tem como ponto de partida uma Câmara do Tribunal Supremo e como órgão de decisão o Plenário do Tribunal Supremo.

Nos termos dos Arts. 647.º e 668.º do Código de Processo Penal vigente, pode interpor este recurso o Ministério Público, o réu e a parte acusadora.

O Art. 13.º do Decreto n.º 27/90 estabelece que as Resoluções do Plenário do Tribunal Supremo serão publicadas em Diário da República com força geral e obrigatória.

Nos termos do Art. 14.º b) da Lei n.º 18/88, as instruções e directivas do plenário do Tribunal Supremo são de cumprimento obrigatório para os restantes tribunais de hierarquia inferior.

mecanismos processuais constitucionais para o efeito, nomeadamente, o imperativo de recurso obrigatório do Ministério Público nos casos em que estivesse em causa a aplicação ou a desaplicação de normas alegadamente inconstitucionais.

Como consequência destas lacunas, não foram apreciados, pelo Tribunal Supremo, entre 1992 e 2008 quaisquer recursos interpostos no contexto da Fiscalização Sucessiva Concreta. Foram apenas apreciados pedidos no âmbito da Fiscalização Sucessiva Abstracta, cujos Acórdãos foram tornados públicos.

Durante este período, podemos garantir que efectivamente não foram apreciados quaisquer recursos no âmbito da fiscalização concreta. Contudo, isto não significa que não tenha havido em 1.^a instância, desaplicação de normas ou aplicação de normas alegadamente inconstitucionais.

É natural que, tendo o sistema de controlo da constitucionalidade das normas vigorado neste período (1992-2008) de forma difusa, sem regras de processo constitucional ou mecanismos objectivos de recurso, nada impedisse aos tribunais de primeira instância procederem à aplicação ou desaplicação de normas alegadamente inconstitucionais.

Todos os Tribunais tinham a faculdade de fiscalizar de forma sucessiva e concreta a constitucionalidade das normas, nos termos do Art. 121.º da Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro.

Tal como acontecia no sistema de controlo norte-americano da *Judicial Review*, se não fosse interposto o recurso para a *Supreme Court*, o caso ficaria definitivamente resolvido em 1.^a instância, isto é, fazia caso julgado.

Naturalmente que sendo o modelo difuso, as decisões dos tribunais angolanos que aplicassem ou desapplicassem normas alegadamente inconstitucionais, tal como na *Judicial Review* norte-americana, teriam eficácia *inter partes*.

Embora exista uma grande similitude entre este sistema de controlo (1992-2008) e o da *Judicial Review*, uma diferença opõe os dois sistemas. O sistema da *Judicial Review* não realiza a fiscalização abstracta da constitucionalidade das normas, diferente do que ocorre nesta versão angolana (alínea b) do Art. 134.º da Lei n.º 23/92).

Não obstante a legislação se mostrasse incipiente quanto a esta matéria, exigindo e recomendando o recurso ao direito comparado, presumimos que a declaração de inconstitucionalidade, por consequência da fiscalização concreta, teria efeito “*ex tunc*”, por uma compreensível influência do sistema difuso norte-americano que considera a lei inconstitucional nula, em contraposição com o pensamento Kelseniano.

4.2.1. *A jurisprudência deste período*

Durante o presente período, o Tribunal Supremo proferiu apenas seis acórdãos no âmbito da Justiça Constitucional que abaixo sumariamos:

O primeiro Acórdão do Tribunal Supremo na veste de Tribunal Constitucional é o P. 10-96, proferido a 11.10.96, no âmbito da Fiscalização Sucessiva Abstracta. Este Acórdão declara a inconstitucionalidade material superveniente das normas dos Art. 21.º e 26.º da Lei n.º 5/94, de 11 de Fevereiro. Esta decisão declara ainda a inconstitucionalidade orgânica dos artigos 10.º e 13.º da Lei 5/94, na parte que dispõe sobre a independência da Procuradoria Militar em relação à Procuradoria-geral da República.

O segundo Acórdão é o P. 12-05 de 23/07/2005, no âmbito da Fiscalização preventiva. Esta decisão declara que as inelegibilidades referidas nos Artigos 14.º e sgs da Lei Eleitoral não contrariam o disposto nos Art.º s 58.º e 82.º n.º 2, ambos da Lei Constitucional e que a alegada restrição contida na alínea b) do Art.º 58.º da Lei Constitucional, pelo contrário, concretiza aquele normativo constitucional.

O terceiro Acórdão é o P. 10-05 de 30.03.2007, no âmbito da Fiscalização Sucessiva abstracta. Declarou constitucionais os Artigos 63.º n.º 2 e 64.º n.º 1 (e não o 65.º, como erradamente vem referido no texto legal) ambos da Lei n.º 10/98, de 9 de Outubro e o Decreto n.º 87/03 de 3 de Outubro, considerando legais os Despachos n.º 245/04 e 246/04 do Ministro da Juventude e Desportos de 26 de Outubro publicados no Diário da República n.º 86, 1.ª Série.

O quarto Acórdão é o P. 16-05 de 18.12.2007, no âmbito da Fiscalização Sucessiva Abstracta. Declara a inconstitucionalidade, com força

obrigatória geral da alínea a) do Art.º 17.º e do Art.º 219.º ambos da Lei n.º 6/05 de 10 de Agosto, bem como a inconstitucionalidade dos Art.ºs 95.º n.º 2, 154.º, 155.º, 156.º a 161.º, todos igualmente da Lei n.º 6/05. Tratou-se de um Pedido dos Deputados para apreciação da inconstitucionalidade de alguns artigos da lei eleitoral).

O quinto Acórdão é o P. 17-05 de 15.01.2008, no âmbito da Fiscalização Sucessiva Abstracta. Este acórdão não declara a inconstitucionalidade da Lei n.º 3/05 de 1 de Julho (Lei do Registo Eleitoral), do Decreto n.º 62/05 de 7 de Setembro (Regulamento da Lei do Registo Eleitoral), do Decreto 63/05 de 10 de Setembro (Regulamento da Estrutura Orgânica do Registo Eleitoral) nem da Resolução n.º 34/04, de 21 de Dezembro;

Declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral da norma n.º 3 do Art.º 9.º da Lei n.º 3/05 de 1 de Julho, por violação das disposições conjugadas dos Art.ºs 3.º n.º 2, 18.º n.º 1, 50.º e 51.º da Lei Constitucional.

O sexto Acórdão é o P. 39-07 de 15.01.2008, no âmbito da Fiscalização Abstracta. Este acórdão nega provimento ao pedido, declarando constitucional o Art.º 23.º do Regimento Interno da Assembleia Nacional, com a interpretação de que os Deputados nas circunstâncias nele descritas, ou que venham a ser expulsos dos Partidos Políticos em que se encontram inscritos por ocasião das eleições, não perdem o seu mandato por esse facto, podendo, assim, intervir como tais, embora a possibilidade de constituírem um grupo parlamentar esteja legalmente vedada.

Como se tornou possível constatar e demonstrar, não foram analisados recursos no âmbito da Fiscalização Sucessiva Concreta da constitucionalidade das normas, neste segundo período compreendido entre 1992 e 2008.

4.3. A Justiça Constitucional Vigente (a partir de 2008)

O período que inicia a 17 de Junho de 2008 foi marcado pela criação do Tribunal Constitucional e pelo surgimento de Leis Processuais Constitucionais.

Trata-se da mais importante fase da evolução da Justiça Constitucional angolana porquanto, duas leis aprovadas nesse período alteraram radicalmente o panorama desta jurisdição. Foi aprovada a Lei n.º 2/08, sobre a Orgânica do Tribunal Constitucional e a Lei n.º 3/08, sobre a Orgânica do Processo Constitucional.

Não será ocioso lembrar que, no período anterior (1992 – 2008), incumbia ao Tribunal Supremo administrar a Justiça Constitucional enquanto não fosse criado o Tribunal Constitucional. Tratou-se, como observamos, de um período em que a ausência de disposições de natureza adjectiva espartilhou sobremaneira a administração da Justiça Constitucional.

Nos termos do Art. 121.º, n.º 1.º, da Lei n.º 23/92, sobre a Revisão Constitucional, os tribunais já vinham “garantindo e assegurando a observância da Lei Constitucional das Leis e demais disposições normativas vigentes”.

Isto significa que os tribunais judiciais tinham formalmente a faculdade de apreciar a inconstitucionalidade das normas, no quadro de um sistema difuso, inspirado na *Judicial Review* norte-americana.

Nesta esteira, o Tribunal Supremo, na veste de Tribunal Constitucional, tinha a faculdade de apreciar superiormente a inconstitucionalidade de todas as decisões dos demais tribunais que desaplicassem ou aplicassem normas alegadamente inconstitucionais (Art. 134.º d) e e)).

O mérito da Lei n.º 2/08, de 17 de Junho, radicou no facto de ter realizado o casamento entre o sistema difuso, consagrado no Art. 121.º e o concentrado do Art. 134.º, através da criação de normas que tornaram o recurso obrigatório para o Ministério Público em todas aquelas decisões dos demais tribunais que desapliquem ou apliquem normas alegadamente inconstitucionais (n.º 3 do Art. 21.º da Lei n.º 2/08, de 17 de Junho, sobre o Tribunal Constitucional). Do casamento acima referido, emergiu aquilo a que podemos designar de um sistema misto de Justiça Constitucional.

Ainda nos termos do n.º 4 do Art. 21.º da Lei n.º 2/08, compete ao Tribunal Constitucional apreciar os recursos de constitucionalidade interpostos das decisões dos demais tribunais que ofendam princípios, direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição.

Estas disposições vieram remover a grande peia que frenou o exercício da Justiça Constitucional do período anterior que se confinou à fiscalização sucessiva abstracta, por (presumível) inexistência de um mecanismo que impusesse a necessidade dos demais tribunais terem que submeter obrigatoriamente estes casos ao Tribunal Constitucional.

O Art. 36.º da Lei n.º 3/08 não só aclarou inequivocamente os pressupostos da fiscalização concreta, como acabou conferindo exemplar nitidez aos comandos da nova Constituição que se revelou muito parcimoniosa no referido tratamento, tanto no âmbito do seu Art. 180.º como no do 226.º e seguintes.

Assim, nos termos do Art. 36.º da Lei n.º 2/08, podem ser objecto de recurso ordinário de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional as sentenças dos demais tribunais:

- a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade.
- b) Que apliquem norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo.
- c) Que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.
- d) Que recusem a aplicação de normas com o fundamento na violação pela mesma de uma convenção internacional de que Angola seja parte.
- e) Que apliquem norma constante de convenção internacional em desconformidade com acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal Constitucional.

As duas primeiras alíneas a) e b) já se encontravam consagradas no Art. 134.º da Lei de Revisão Constitucional de 1992. Na base deste diploma, já eram passíveis de recurso as decisões judiciais que aplicassem normas cuja constitucionalidade tivesse sido suscitada ou desapplicassem normas com o fundamento em inconstitucionalidade.

A alínea c) do Art. 36.º da Lei n.º 2/08 refere-se a decisões que apliquem norma já anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Justifica-se esta medida porquanto, as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de determinada norma no âmbito da fiscalização concreta, não têm força geral e obrigatória, contrariamente ao que preconizava Hans Kelsen²², mas efeito *inter partes* no espírito da *Judicial Review* norte-americana.

Assim, este recurso revela-se pertinente uma vez que previne os órgãos judiciais da eventualidade de proferirem duas decisões discrepantes sobre matérias idênticas. Urge que, face à circunstância da prolação de uma decisão assente numa norma julgada inconstitucional, seja concedida ao Tribunal Constitucional a oportunidade de se voltar a pronunciar de forma definitiva.

São também recorríveis, nos termos da alínea d) do Art. 36.º, as decisões que recusem a aplicação de normas com o fundamento na violação pela mesma de uma convenção internacional de que Angola seja parte.

Confrontamo-nos com uma questão insolúvel e que tem sido objecto de permanente dissídio doutrinário e jurisprudencial, porquanto, o Direito Internacional vem adoptando uma posição e o Direito Constitucional, outra.

Nos termos do Art. 46.º da Convenção de Viena sobre os Tratados, o direito internacional prevalece sobre os direitos internos.

Para os constitucionalistas, todas as normas que não se compaginem com a Constituição consideram-se inconstitucionais.

Para o Direito Internacional, as questões são analisadas de forma contrária: se o direito internacional não prevalecesse sobre o direito interno, sucumbiria, uma vez que seria, a todo o momento, suplantado pelo Direito Constitucional.

Com a evolução do direito, operou-se uma certa flexibilização no pensamento constitucionalista ao admitir que certa estirpe de normas

²² Para Kelsen, se um tribunal coloca ao Tribunal Constitucional a questão da inconstitucionalidade este entender que essa norma é inconstitucional, declara-o com força geral e obrigatória. Este é o corolário lógico do sistema concentrado defendido por Kelsen e que é acolhido pelo direito espanhol e outros. Só não resulta do Direito Constitucional português e angolano por virtude do seu compromisso com o sistema difuso. Portugal e Angola combinam dois modelos, o difuso e o concentrado, razão pela qual se considera misto.

de direito internacional devam estar acima das normas do direito constitucional interno.

Todavia, esta posição não tem sido unívoca porquanto, existem muitas Constituições que afirmam o contrário²³.

A inevitabilidade da afirmação definitiva do princípio da superioridade do direito internacional justifica o recurso, não só no caso de desaplicação de normas alegadamente inconstitucionais, mas também, quando se desapliquem normas que violem convenções internacionais de que Angola seja parte.

A alínea e) do Art. 34.º da Lei n.º 2/08 considera recorríveis “as decisões dos tribunais que apliquem norma constante de convenção internacional em desconformidade com acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal Constitucional”.

Pelas razões acima referidas, reputamos as normas de convenção internacional de que Angola seja parte, aplicáveis no âmbito do direito interno e consideramos a supremacia do Direito Internacional face ao direito interno.

Assim, se tiver sido aplicada uma norma de convenção internacional em desconformidade com um acórdão anteriormente proferido pelo Tribunal Constitucional, é absolutamente pertinente o recurso com vista a que este possa reponderar ou confirmar a decisão anterior, sobretudo, porque o efeito desta decisão não tem força geral e obrigatória, mas apenas eficácia *inter partes*.

Com as disposições acima referidas ficaram reunidos os pressupostos formais para a plena realização do Controlo Sucessivo Concreto da constitucionalidade das normas.

²³ A Constituição moçambicana no seu n.º 2 do Art.18.º equipara as disposições dos tratados ratificados pelo Estado às leis ordinárias.

Nos dias que correm, cada vez mais, as normas de direito internacional prevalecem sobre as constituições: a maioria das constituições ou omitem ou quando fazem referência, admitem a superioridade das normas internacionais sobre elas próprias, como acontece em Angola e em Portugal (Arts. 13.º e 26.º da Constituição Angolana e Arts. 8.º e 16.º da Constituição Portuguesa).

O Art. 16.º da Constituição portuguesa admite que, no âmbito dos Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem possa ter um valor igual ou superior ao da própria Constituição. O mesmo acontece com o n.º 2 do Art. 26.º da Constituição angolana.

Como se constatou anteriormente, passou a ser possível contestar decisões judiciais, não porque tenham aplicado ou desaplicado normas inconstitucionais, mas porque elas próprias violam a Constituição.

Se atentarmos para o n.º 4 do Art. 21.º da Lei n.º 2/08, constatamos que a inconstitucionalidade não radica da norma aplicada ou desaplicada, mas da própria decisão judicial, permitindo a Queixa Constitucional ou Recurso de Amparo²⁴ como forma de impugnação de decisões judiciais.

4.3.1. *Acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional*

Como consequência da nova legislação, começam a ser proferidas as primeiras decisões do Tribunal Constitucional no âmbito da Fiscalização Sucessiva Concreta e do Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade à luz da alínea e) do Art.º 3.º, Art.º 36.º e Art.º 49.º da Lei 3/08 de 17 de Junho.

Podemos decididamente asseverar que a Fiscalização Sucessiva concreta nasceu materialmente neste período, precisamente, no ano de 2010 através do Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade n.º 123/2010, interposto no Processo n.º 162/10, por José Benjamim Fuca, Belchior Lanso Taty, Raul Taty e Francisco Luemba a um acórdão do Tribunal Provincial de Cabinda.

Os Arguidos foram condenados, em primeira instância, pelo Tribunal Provincial de Cabinda, nos termos da Lei dos Crimes contra a Segurança do Estado que cominava uma pena, por actos não previstos pela lei, desde que este acto atentasse contra o Estado.

Os condenados impugnaram a inconstitucionalidade da norma junto ao Tribunal Constitucional e considerando este precedente o

²⁴ O Recurso de Amparo ou *verfassungsbeschwerde* é o recurso extraordinário de constitucionalidade que permite a qualquer pessoa que se sinta lesada por uma decisão judicial que considere violadora dos direitos fundamentais, impugnar junto ao Tribunal Constitucional.

Este tipo de recurso nasceu no México, ainda nos anos 20, (por isso é que se designa de Recurso de Amparo) e transfere-se para a Espanha, com desenvolvimento na Alemanha com a designação de Queixa Constitucional.

recurso, revogou a decisão e mandou soltar os arguidos. Aqui, o que estava em jogo era um recurso contra uma decisão que aplicou uma norma inconstitucional.

Entretanto, durante este período (2008-2012), o Tribunal Constitucional, no âmbito da Justiça Constitucional, apreciou apenas um processo no âmbito de Fiscalização Sucessiva Abstracta²⁵, um Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade no âmbito da Fiscalização Sucessiva Concreta e 17 processos de Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, dos quais destacamos dois, relativos aos funcionários seniores do Serviço de Migração e Estrangeiros.

Trata-se dos seguintes Acórdãos:

- O Acórdão n.º 121/2010 do Processo n.º 161/2010, referente a um Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, interposto por Rui António Garcia Neto, funcionário do Serviço de Migração e Estrangeiros-SME, de uma decisão proferida pelo Tribunal Provincial de Luanda;
- O Acórdão n.º 122/2010 do Processo n.º 159/2010, referente a um Recurso Extraordinário de Inconstitucionalidade, interposto por Maria Joaquina Domingos Campos da Silva, Rosário Mariano Supi e José Domingos, funcionários seniores do SME, de uma decisão proferida pelo Tribunal Provincial de Luanda.

O Tribunal Constitucional declarou inconstitucionais os Acórdãos recorridos por violação de princípios constitucionais, considerando nulo todo o processo e restituindo os recorrentes à liberdade.

Estes Recursos Extraordinários de Inconstitucionalidade correspondem objectivamente a recursos de Amparo.

No que concerne ao Processo de Fiscalização Sucessiva Abstracta, o mesmo foi requerido pela Ordem dos Advogados de Angola²⁶ e teve

²⁵ Acórdão n.º 130/2011, Processo n.º 166/2010-D, Processo de Fiscalização Sucessiva, intentado pela Ordem dos Advogados de Angola, sobre a norma do artigo 26.º da Lei 7/78, de 26 de Maio-Lei dos Crimes Contra a Segurança do Estado.

²⁶ Não será ocioso realçar que esta prerrogativa da Ordem dos Advogados constitui o corolário lógico da alteração do Art.º 18.º da lei 2/08, por consequência da Lei n.º 24/10, se tivermos em atenção o seu Art. 4.º. A Ordem dos Advogados e o Provedor

por objecto a declaração da inconstitucionalidade do artigo 26.º da Lei n.º 7/78, de 26 de Maio, sobre os Crimes Contra a Segurança do Estado.

Trata-se de uma fiscalização abstracta que teve como propósito resolver em definitivo a questão da inconstitucionalidade levantada em torno da decisão do Tribunal Provincial de Cabinda, aquando da aplicação do Art. 26.º da Lei dos Crimes contra a Segurança do Estado, relativos aos “actos não previstos na lei mas que atentam contra a segurança do Estado”, uma vez que a decisão do Tribunal Constitucional, no contexto da fiscalização concreta, não tem força obrigatória geral, mas apenas eficácia *inter partes*.

Será pertinente recordar que esta inconstitucionalidade já havia sido declarada pelo Tribunal Constitucional, como acima referimos, em fiscalização sucessiva concreta, através do Acórdão n.º 123/2010 do Processo n.º 162/10 relativo ao Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade, interposto por José Benjamim Fuca, Belchior Lanso Taty, Raul Taty e Francisco Luemba de uma decisão do Tribunal Provincial de Cabinda.

Com o propósito de obter a adequada força geral e obrigatória da decisão, a Ordem dos Advogados sentiu-se impelida a requerer ao Tribunal Constitucional uma nova apreciação no âmbito do Controlo Sucessivo Abstracto da constitucionalidade das normas, a fim de lograr uma solução definitiva do impasse. Não se trata de uma fórmula comum ou de uma solução sufragada por outros ordenamentos jurídicos no quadro do direito comparado.

Nos termos do Art. 82.º da Lei do Tribunal Constitucional português, após três tribunais de primeira instância declararem uma mesma inconstitucionalidade com eficácia *inter partes*, pode por iniciativa de um dos juízes ou do Ministério Público, requerer àquela jurisdição superior uma declaração com eficácia *erga omnes*.

Constata-se que a solução angolana revela-se deveras incongruente e quiçá insustentável a longo prazo porquanto impõe ao Tribunal Constitucional a obrigação de ter que declarar repetida e sistematicamente

de Justiça passaram a integrar o conjunto dos órgãos que tem a prerrogativa de requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade de quaisquer normas.

a mesma inconstitucionalidade em processos diferentes, sem que se vislumbre uma solução definitiva no âmbito da fiscalização concreta.

Esta solução não se mostra insólita no sistema norte-americano porquanto neste vigora a regra do precedente.

Facilmente se conclui que, durante o presente período, o recurso mais impetrado no âmbito da Justiça Constitucional angolana foi o (Recurso) Extraordinário de Inconstitucionalidade, correspondente ao Recurso de Amparo presumivelmente pelo seu carácter expedito, uma vez que, até ao ano 2010, o mesmo poderia ser requerido ao Tribunal Constitucional a partir de qualquer tribunal de primeira instância, sem intermediação do Tribunal Supremo.

4.3.2. A legislação promulgada em 2010

A partir do ano de 2010, mais precisamente no dia 3 de Dezembro, foram aprovados dois diplomas que introduziram modificações às Leis Orgânicas do Tribunal Constitucional e do Processo Constitucional aprovadas no ano de 2008.

Trata-se das Leis n.º 24/10 e n.º 25/10 de 3 de Dezembro. Estes diplomas tiveram a virtualidade de tornar a Justiça Constitucional emergente, compaginável com a nova Constituição da República de Angola promulgada em 5 de Fevereiro de 2010 através da introdução das modificações que abaixo enumeramos, no âmbito da Fiscalização Sucessiva Concreta:

Nos termos da alínea m) do art. 2.º da Lei n.º 24/10, o Art. 16.º da Lei n.º 2/08 passou a ter a seguinte redacção:

Ao Tribunal Constitucional compete, em geral, administrar a justiça em matéria jurídico-constitucional, nomeadamente, após esgotamento dos recursos ordinários legalmente previstos, julgar, em última instância, os recursos de constitucionalidade que venham a ser interpostos de sentenças e de actos administrativos que violem princípios, direitos fundamentais, liberdades e garantias dos cidadãos estabelecidos na Constituição, disposições conjugadas no n.º 3 do Art. 6.º, na alínea a) do n.º 2 do Art. 180.º e nos artigos 226.º e 227.º, todos da Constituição.

O Art. 6.º da Lei n.º 24/10 acrescentou um n.º 5 ao Art. 21.º da Lei n.º 2/08. Assim, no âmbito da apreciação da constitucionalidade das decisões judiciais, compete ao Tribunal Constitucional apreciar aqueles recursos interpostos das decisões dos demais tribunais que ofendem princípios, direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição. Todavia, tal recurso confina-se “à apreciação da constitucionalidade suscitada e apenas pode ter lugar após exaustão dos recursos ordinários legalmente cabíveis”.

O Art. 13.º da Lei n.º 25/10, introduziu no Art. 49.º da Lei Orgânica do Processo Constitucional um parágrafo único com a seguinte redacção:

O recurso extraordinário de inconstitucionalidade tratado na presente secção, só pode ser interposto após prévio esgotamento nos tribunais comuns e demais tribunais dos recursos ordinários legalmente previstos.

Parece-nos que o teor das três disposições acima referidas, (o Art. 2.º e 4.º da Lei n.º 24/10 e o Art. 13.º da Lei n.º 25/10), acabou por descambar numa repetitiva tautologia porquanto esta ideia da necessidade de esgotar os recursos ordinários legalmente previstos ficaria suficientemente explícita e inteligível com uma única consagração no Art. 2.º da Lei n.º 24/10.

Esta imprecativa e veemente insistência do legislador no esgotamento dos recursos encerra o seu inequívoco propósito de não conceder quaisquer indulgências ao referido imperativo.

4.4. Recurso de decisões que apliquem normas alegadamente inconstitucionais

Em Angola, o recurso é obrigatório para o Ministério Público, não só num contexto de desaplicação de uma norma alegadamente inconstitucional, mas também quando o Tribunal aplica uma norma legislativa cuja inconstitucionalidade tenha sido alegada.

O Art. 21.º, n.º 3, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional estabelece um recurso obrigatório para o Ministério Público que nos parece excessivo porquanto, se o Tribunal de primeira instância aplica uma

lei alegadamente constitucional para uma das partes, deveria incumbir à parte desfavorecida interpor recurso desta decisão. Reputamos não haver interesse público que justifique este tipo de sobrecarga para o Ministério Público.

Aí, competiria apenas à parte percorrer as vias de recurso ordinário e chegar ao Tribunal Constitucional, se assim o entendesse.

No caso português, pode a parte, a quem o Tribunal de primeira instância considerou improcedente a pretensão, chegar à segunda instância e esta desaplicar a norma. Nessa circunstância, cabe recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional.

Porém pode também ocorrer que o Tribunal de segunda instância considere improcedente a sua pretensão e não encontre motivos para desaplicar a norma. Se a parte inconformada interpuser recurso para o Supremo Tribunal, ainda teremos aqui uma outra instância. Caso contrário, a parte poderá recorrer para o Tribunal Constitucional (Art. 280.º da CP).

Reputamos que a posição mais curial será a de deixar a solução desta contenda a mercê do jogo dos recursos ordinários.

Torna-se difícil divisar o interesse do legislador em obrigar o Ministério Público a interpor recurso obrigatório numa decisão de um Tribunal de primeira instância que aplique uma norma aprovada pelo Parlamento, apenas porque uma das partes a considera inconstitucional.

O recurso obrigatório justifica-se quando o Tribunal desaplica a norma legislativa e não quando a aplica.

Este imperativo pode eventualmente ser mal aproveitado e produzir, por seu turno, efeitos perversos²⁷.

Na solução portuguesa parece-nos consentânea porquanto existe recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional, apenas quando um Tribunal desaplique uma norma por reputar inconstitucional, estabelecendo-se aqui um indissolúvel casamento entre o controlo difuso e o concentrado (Art. 204 da Constituição).

²⁷ Catarina Sarmento e Castro, Modelos de Justiça Constitucional (A Garantia Jurisdicional da Constituição, pág. 4), IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América. Sevilha 19 a 21 de Outubro de 2005.

4.5 Inconstitucionalidade por omissão de prazos na Lei n.º 24/10 e n.º 25/10, de 3 de Dezembro

Parece-nos que alguns comandos das Leis n.º 24 e n.º 25/10 sobre o Tribunal Constitucional e o Processo Constitucional abriram inadvertidamente a porta a uma inconstitucionalidade por omissão, por virtude do n.º 5 do Art. 6.º da primeira e o Art. 13.º da segunda, imporem a necessidade de um prévio esgotamento dos recursos nos Tribunais comuns como condição para interpor recurso junto ao Tribunal Constitucional.

Nos dois casos acima referidos, o de Cabinda e o do SME, em que o Tribunal Constitucional considerou procedente o recurso decidindo em favor dos recorrentes, foi interposto um recurso “*per saltum*”. Isto significa que a Constituição, por si mesma, não proíbe que este tipo de recursos seja interposto e remetido directamente *para* o Tribunal Constitucional, a partir de qualquer Tribunal de primeira instância.

Actualmente, encontramos-nos ante o risco ou a eventualidade das inconstitucionalidades detectadas em primeira instância nunca chegarem ao conhecimento do Tribunal Constitucional por via da fiscalização concreta, porquanto existem recursos que permanecem pendentes durante longos anos no Tribunal Supremo, sem solução.

Se o recorrente estiver irregularmente detido, aguardando pela decisão do Tribunal Supremo, não dispõe, no presente momento, de nenhum mecanismo para alertar ou despertar o Tribunal Constitucional. Num passado ainda recente, antes da aprovação das leis acima referidas, o condenado teria a possibilidade de fazer um recurso *per saltum* assaz providencial.

A título de exemplo, evocamos o direito francês onde o *Conseil d'Etat* e a *Cour de Cassation* dispõem de um prazo legal para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade. Entretanto, se as referidas instâncias não se pronunciarem dentro do prazo fixado, nada impede que o processo tramite para o Tribunal Constitucional.

As leis acima referidas são ordinárias, todavia, pareceram ter pretendido introduzir modificações aos propósitos da Constituição.

Por outro lado, não ficaram previstas fórmulas para evitar delongas ou para contornar alguma inércia com vista a persuadir o Tribunal Supremo a proferir as suas decisões em tempo útil.

A ausência de uma previsão de prazos para a prática de determinados actos processuais constitui uma lacuna constitucional que pode contender com o essencial do direito fundamental de acesso aos tribunais.

5. Conclusões

O périplo que realizamos pelas várias etapas da evolução da Justiça Constitucional angolana conduziu-nos, panoramicamente, às seguintes constatações:

- 1 – Não foi em sede da primeira Constituição de 1975 que nasceu a Fiscalização Sucessiva concreta ou abstracta da constitucionalidade das normas. Durante este período, não existiram condições jurídicas ou pressupostos políticos para a administração da Justiça Constitucional.
- 2 – A Fiscalização Sucessiva concreta surgiu formalmente em Angola com a Lei n.º 23/92, todavia, apenas se materializou no ano de 2010 através do Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade n.º 123/2010, interposto junto do Tribunal Constitucional no âmbito do Processo n.º 162/10, por José Benjamim Fuca, Belchior Lanso Taty, Raul Taty e Francisco Luemba a um acórdão do Tribunal Provincial de Cabinda.
- 3 – A Justiça Constitucional Angolana tem carácter misto, porquanto articula o modelo de Justiça Constitucional difuso de inspiração norte-americana com o modelo concentrado europeu, uma vez que dispõe de um Tribunal Constitucional que administra superiormente a Justiça Constitucional.
- 4 – A Justiça Constitucional angolana apresenta como linhas de força uma declaração de inconstitucionalidade com eficácia *inter partes* (na fiscalização concreta), efeito *ex tunc* (em princípio) e um carácter repristinatório.
- 5 – Durante o período 2008-2012, o Tribunal Constitucional, no âmbito da Justiça Constitucional, apreciou apenas um Recurso Ordinário de Inconstitucionalidade no âmbito da Fiscalização Sucessiva Concreta.

6 – Na Justiça Constitucional Angolana, o recurso é obrigatório para o Ministério Público, não só num contexto de desaplicação de uma norma alegadamente inconstitucional, mas também quando o Tribunal aplica uma norma legislativa cuja inconstitucionalidade tenha sido alegada.

Reputamos, pelas razões anteriormente aduzidas, não existir interesse público que justifique este tipo de sobrecarga para o Ministério Público.

7 – As Leis n.º 24/10 e n.º 25/10, embora ordinárias, pareceram ter pretendido introduzir modificações aos propósitos da Constituição.

Estes diplomas aboliram o recurso *per saltum* e não consagraram fórmulas para evitar delongas ou para contornar alguma inércia, com vista a persuadir o Tribunal Supremo a proferir as suas decisões em tempo útil.

BIBLIOGRAFIA

- Canotilho, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.ª edição, Coimbra, 2003, pp. 883-1053;
- Gouveia, Jorge Bacelar, Manual de Direito Constitucional, Volume II, 3.ª edição, Coimbra, 2009, pp. 1293-1383;
- Kelsen, Hans, “A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)”, tradução portuguesa, in Sub Júdice, n.º 20/21, pp. 9-32;
- Miranda, Jorge, Manual de Direito Constitucional, Tomo VI, Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição, 3.ª edição, Coimbra, 2008;
- Novais, Jorge Reis, “Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in Themis, ano VI, n.º 10, 2005, pp. 91-117;
- Piçarra, Nuno, A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução, Coimbra, 1989;

- Piçarra, Nuno “A Justiça Constitucional da União Europeia”, in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Volume III, Coimbra, 2006, pp. 467-501;
- Rousseau, Dominique, “Do Conselho Constitucional ao Tribunal Constitucional”, tradução portuguesa, in *Sub Judice*, n.º 20/21, 2001, pp. 65-70;

Completos, mas incompletos? O amputees *by choice* e a extensão da liberdade de manifestação da personalidade humana¹

JULIA SILVA CARONE² E JULIO PINHEIRO FARO³

Resumo: O presente trabalho busca a análise do caso dos *amputees by choice*, isto é, pessoas com um distúrbio denominado *Body Identity Integrity Disorder (BIID)*, indicando uma necessária reformulação da proteção dada pelo ordenamento jurídico brasileiro ao corpo e à integridade física das pessoas. Trata-se de questão polêmica mesmo na literatura médica especializada, de maneira que as conclusões, especialmente no campo jurídico, são ainda muito preliminares.

Palavras-chave: Autonomia; Liberdade; Integridade física; Amputees by choice; Parafilia; Apotemnofilia; Wannabes; Transtorno da identidade corporal; Body Identity Integrity Disorder.

Abstract: The following work analyses the amputees by choice case, that is, persons with disturb called *Body Identity Integrity Disorder (BIID)*, pointing out a necessary reformulation of the Brazilian legal system protection to human body and physical integrity. Such issue is a polemical one even in the specialized medical literature, being the conclusions, especially in the legal field, very preliminary.

Keywords: Autonomy; Freedom; Physical integrity; Amputees by choice; Paraphilia; Apotemnophilia; Wannabes; Body Identity Integrity Disorder.

¹ Entregue: 14.6.2014; aprovado: 30.6.2014.

² Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio de Jesus; Pós-Graduada em Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho pela Doctum; Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). E-mail: julia.carone@gmail.com

³ Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Pesquisador em Direito Público na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Servidor Público Federal. E-mail: julio.pfhs@gmail.com

1. Introdução

O Estado pode interferir na autonomia dos indivíduos de manifestar o livre desenvolvimento de sua personalidade humana? O ordenamento jurídico brasileiro protege o direito ao corpo, vedando atos de disposição, durante a vida do indivíduo, que importem diminuição permanente da integridade física ou que contrariem os bons costumes. Atualmente têm-se tornado cada vez mais populares os atos de “customização” do corpo, como nos casos de tatuagens, de transexualismo, de cirurgias plásticas para melhorias estéticas. Esses exemplos são bastante comuns e têm, aos poucos, embora ainda haja preconceito, se popularizado e sido aceitos pelo ordenamento jurídico como exceções justificáveis em virtude da proteção que o Estado dá à liberdade, tornando-a um direito inviolável.

Há, no entanto, um exemplo de “customização” do próprio corpo conhecido como transtorno da identidade corporal, que tem sido objeto de estudos na área médica, mas que é raramente discutido no campo jurídico. O transtorno é conhecido na literatura médica por sua sigla em inglês BIID (*Body Identity Integrity Disorder*), sob o qual estão classificados “os casos de pacientes cujas demandas concernem à amputação de membros saudáveis, semelhantes às apresentadas por pacientes psicóticos em situação crítica, por vítimas de derrames cerebrais e por pessoas em certos casos de parafilia⁴”. O interessante sobre esse transtorno é que ele não é classificado como patologia e os candidatos a um diagnóstico positivo reivindicam que ele seja reconhecido como patológico, de maneira que o tratamento seja a amputação da parte do corpo que os faça sentirem-se incompletos⁵. Assim, diante da inviolabilidade da liberdade e da vida, e do direito à saúde, tais indivíduos reivindicam o *direito* a serem tratados e, por isso, amputados.

Haveria, então, um *direito* de dispor de seu próprio corpo para se sentir bem em relação a si mesmo, ainda que isso importe em dimi-

⁴ MOREIRA, Luiz Eduardo de Vasconcelos et al. Construções do corpo na razão diagnóstica do DSM e da psicanálise. *A peste*, São Paulo, vol. 2, n. 1, p. 79-88, jan./jun. 2010, p. 83.

⁵ MOREIRA, Luiz Eduardo de Vasconcelos et al. Construções do corpo na razão diagnóstica do DSM e da psicanálise. *A peste*, São Paulo, vol. 2, n. 1, p. 79-88, jan./jun. 2010, p. 86.

nuição permanente da integridade física, isto é, da inteireza física? Em outros termos, haveria um *direito à amputação* de membros saudáveis do próprio corpo? O ordenamento jurídico brasileiro parece vedar esse direito e o argumento para que a proibição permaneça provavelmente será o de que se trata de um *falso* direito. Porém, até que ponto o Estado pode intervir no livre desenvolvimento da personalidade humana, da identidade humana? A dignidade humana é um direito absoluto, é um direito individual ou coletivo, ou ambos? Ou, ainda: pode o Estado determinar como cada pessoa exerça ou desfrute de sua dignidade em relação à sociedade em que vive? Ou seja, um indivíduo só pode se expressar dentro do que a sociedade considera como normal, ou cada ser humano tem o *direito* a se expressar, a adotar modos de vida que o façam se sentir bem e *completos*, ainda que para os olhos da sociedade eles estejam *incompletos*?

O presente trabalho busca trazer a discussão sobre os chamados *amputees by choice* para o âmbito brasileiro, como forma de fornecer novos subsídios para se pensar o conteúdo da dignidade humana, a partir de uma necessária reinterpretação dos direitos à personalidade humana da forma como se encontram previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Quem são os *wannabes* e o que é o transtorno de identidade corporal

Os *amputees by choice*, genericamente chamados de *wannabes*, são pessoas que sofrem do *transtorno de identidade da integridade corporal* (BIID, na sigla em inglês para *Body Integrity Identity Disorder*). Tais indivíduos manifestam a ausência de reconhecimento de um ou mais membros, desejando amputá-los por vontade própria, sem que as respectivas partes do corpo apresentem qualquer problema médico. Trata-se de uma parafilia denominada apotemnofilia, que pode ser definida como o interesse de ser ou de parecer amputado e que é tratada, em geral, como um transtorno neurológico⁶.

⁶ BRANG, David; MCGEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological disorder. *Cognitive Neuroscience and Neuropsychology*, vol. 19, n. 13, 2008.

No Brasil, o caso não possui qualquer previsão jurídica e nem mesmo a doutrina ou a jurisprudência brasileiras enfrentam a hipótese altamente palpável e que já é estudada há algum tempo pela Psicologia e pela Psiquiatria, havendo médicos que aceitam a *amputação espontânea* por motivos não somente de cura e promoção do bem-estar do indivíduo, mas também de prevenção de acidentes graves, pois há pacientes que chegam a medidas extremas para amputar os próprios membros diante de negativas médicas e judiciais.

Assim, a questão é pouco trabalhada no Brasil, possivelmente por se tratar de um problema encontrado, predominantemente, na América do Norte e na Europa, segundo alguns casos documentados pela literatura especializada. O BIID também é conhecido como *amputee identity disorder* (AID) na literatura médica estrangeira. Segundo os casos já reportados, essas pessoas se sentem “excessivamente completas⁷”, como se houvesse, em sua constituição física, um membro estranho, que não corresponde ao reconhecimento psicológico que têm do próprio corpo. Dessa forma, tais pessoas desejam ter o respectivo membro amputado com o objetivo de remover aquilo que lhes parece um corpo estranho, com o objetivo de atingir o seu próprio bem-estar.

Não se trata de uma vontade espontânea e aleatória, como é o caso da *body modification*, quando as pessoas passam por intervenções, às vezes cirúrgicas, para alterar sua forma física, não por razões médicas, mas estéticas, culturais ou espirituais. Os adeptos desse fenômeno podem tanto ser pessoas que compartilham ideias e ideais quanto pessoas que seguem uma moda; o ideal subjacente a esse comportamento pode ser descrito da seguinte maneira: tais pessoas só se sentem completas ao adquirir suas respectivas marcas pessoais, de maneira que lembranças de acontecimentos especiais e emoções por estes despertadas devem estar registradas e visíveis sobre o lhes pertence, o corpo⁸.

Entre as formas mais comuns de *body modification* estão a escarificação – em que são feitos cortes com bisturis para formar cicatrizes

⁷ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 36.

⁸ PIRES, Beatriz Ferreira. O corpo como suporte da arte. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, vol. 6, n. 1, 2003, p. 78-79.

com o desenho almejado –, a bifurcação da língua – uma cirurgia que divide o membro em duas partes (como uma língua de cobra) – e os implantes subcutâneos – que formam um alto relevo sob a pele, obtidos pela inserção de objetos de silicone com o formato desejado (por exemplo, o aumento dos seios). Diversamente dessa prática, as pessoas que desejam ter um ou mais membros amputados sofrem de um *trans-torno* ou *distúrbio*, caso em que a cirurgia de amputação surge como alternativa de solução do que se considera, pelos próprios pacientes, um problema.

Como todo distúrbio, o BIID considera os anseios de uma pessoa *normal*, ou, com mais exatidão, as vontades da *maioria das pessoas*. Assim, é considerado como portador de BIID o indivíduo que tem uma sensação de incompletude e de deficiência quando, para os padrões normais ele está completo (tem todos os membros e órgãos) e não apresenta deficiência alguma. Os portadores do distúrbio apresentam, em geral, de acordo com a literatura⁹, uma ideia fixa na necessidade de amputação do membro, sendo mais comum a amputação acima do joelho, mas podendo ocorrer o desejo de amputação de um braço ou até de mais de um membro; indivíduos com esse distúrbio têm um sentimento intenso de inveja ao avistar um indivíduo amputado, ou até mesmo sentem vergonha ou se sentem desvalorizados devido à sensação de incompletude psicológica, havendo, inclusive, pacientes que imitam o estado de um indivíduo amputado, fingindo serem deficientes; além disso, estão entre os sintomas a depressão e ocasionais pensamentos suicidas.

Parece tratar-se, pois, de uma espécie de perturbação que interfere na vida social do indivíduo e que o distrai no ambiente de trabalho. Os que não podem pagar a cirurgia ou não encontram um cirurgião disposto a operá-los, por vezes, chegam a extremos de se mutilarem, recorrendo a alternativas perigosas para se livrarem de uma perna, um braço ou um dedo¹⁰. Segundo a literatura especializada, muitos

⁹ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 28.

¹⁰ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 36.

pacientes já se mutilaram para alcançar a amputação, de modo que, entre os métodos, já foram documentados o uso de correntes, armas, rodas de trem, guilhotinas fabricadas em casa e gelo seco¹¹. Como todo procedimento caseiro de alto risco, as tentativas muitas vezes levam os indivíduos ao óbito, mas em outros casos, eles conseguem causar a si próprios lesões significativas a ponto de tornar necessária a amputação para que se preserve sua vida, de maneira que os médicos não teriam mais a opção de não amputar.

A literatura especializada aponta que mesmo quando os pacientes não chegam a tomar atitudes com a intenção de amputar o próprio membro ou causar a necessidade médica da amputação, a sensação de corpo estranho causa muitos transtornos em suas vidas, de modo que o sofrimento é inevitável¹². Em indivíduos que não toleram mais o sofrimento, o distúrbio pode, inclusive, ser fatal, a exemplo de casos em que pacientes posicionaram uma perna em um trilho, no intuito de que o veículo em movimento cortasse o membro que, em tese, não fazia parte de seu corpo. Assim, o não tratamento do BIID pode ser extremamente perigoso para determinados indivíduos, que podem vir a sofrer incalculáveis consequências.

O BIID aparentemente se desenvolve entre as idades de cinco e quinze anos, sendo que a maioria dos pacientes possui uma impressão bem formada do próprio corpo quanto atingem a adolescência¹³. Para alguns casos, o que ativa o distúrbio parece ser a visão de um indivíduo com algum membro amputado, sendo que muitos conseguem recordar que da primeira vez que viram um indivíduo amputado, começaram a ter sensações de desconforto¹⁴. Trata-se de um problema relativamente difícil de ser estudado e verificado, visto que poucos pacientes efetivamente admitem a própria situação, fazendo com que

¹¹ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 28.

¹² BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 82.

¹³ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 28.

¹⁴ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 28.

muitos casos permaneçam desconhecidos, bem como a proporção de sua ocorrência. Isso ocorre tendo em vista que muitos têm vergonha de falar do que sentem, ou porque acreditam que seu terapeuta não será capaz de entender¹⁵.

Em uma pesquisa feita por telefone pelo Departamento de Psiquiatria da Universidade da Columbia, em Nova Iorque, foram identificados mais de cinquenta pacientes, constatando-se que os portadores do BIID tendem a ser educados, predominantemente brancos, do sexo masculino e, em maior proporção, homossexuais e transexuais¹⁶. Psicólogos, psiquiatras e neurologistas divergem sobre a natureza do problema: ora afirmam ser distúrbio neurótico; ora distúrbio obsessivo-compulsivo; outras vezes, distúrbio de identidade; e mesmo conflito neurológico entre a anatomia de uma pessoa e a imagem do corpo, o que poderia resultar em danos para partes do cérebro que são responsáveis pela construção da imagem do corpo¹⁷.

Alguns especialistas afirmam que alguns pacientes podem apresentar atração sexual por pessoas amputadas (chamados *devotees*) ou pela ideia de ser uma pessoa amputada (são os *wannabes*), indicando um distúrbio psicosssexual em que o paciente pode sentir excitação sexual pela referida ideia¹⁸. Outra explicação proposta seria a de que haveria um desencontro entre a experiência corporal da pessoa e a real estrutura de seu corpo. É o caso do BIID¹⁹.

No que tange ao motivo pelo qual tais pessoas vêm a desejar a amputação de um membro saudável, há algumas explicações no campo da medicina e da psicologia. Alguns pacientes sofrem de uma doença denominada *Body Dysmorphic Disorder* (BDD) – de tradução para

¹⁵ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 27.

¹⁶ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 27.

¹⁷ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 36.

¹⁸ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 76.

¹⁹ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 76.

o português indefinida²⁰ –, que os leva a crer, equivocadamente, que determinado membro de seu corpo está enfermo ou excessivamente feio²¹. Tal doença, porém, não se confunde com o BIID.

A literatura aponta, ainda, um interessante paralelo entre o caso ora estudado e outros similares ao explicar que o ser humano possui o corpo e a percepção do corpo (chamado de “esboço do corpo”), de modo que essa percepção, ou esboço, é que vai guiar os movimentos corporais a serem realizados²². Nesse sentido, parece ser comum ocorrer esse desencontro entre o corpo e a sua percepção, sendo frequente em casos de pessoas que perderam um membro e ainda sentem como se o mesmo estivesse lá; nesse caso, os indivíduos permanecem com o esboço do membro, e por muitas vezes têm o impulso de utilizá-lo, como se fosse um “membro fantasma”, o que não se confundem com os pacientes do BIID, em que a situação seria inversa: eles não teriam o esboço de um membro que, de fato, existe²³. Ou seja, a construção cerebral da imagem do corpo não registra o membro.

Não se trata, contudo, de uma explicação científica comprovada, mas apenas de uma teoria, ou seja, uma sugestão médica enquanto explicação para o problema. Possivelmente os *wannabes* tenham o esboço do corpo que falha em incorporar a extensão completa de seu corpo. Até onde se sabe, foi verificado que tais pacientes não exibem nenhuma deficiência no controle de seus movimentos, o que seria esperado numa pessoa com o esboço corporal distorcido ou incompleto. Dessa forma, é possível que haja, apenas, um desencontro entre o corpo e a imagem que o paciente tem do próprio corpo²⁴.

Tendo em vista a divergência entre os profissionais da área da saúde, a indicação de tratamento para o distúrbio não é unânime. Eis

²⁰ JORGE, Renata Trajano Borges *et al.* Brazilian version of the body dysmorphic disorder examination. *Sao Paulo Medical Journal*, vol. 126, n. 2, 2008.

²¹ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 75.

²² BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 76.

²³ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 76.

²⁴ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 76.

aí o problema, considerando que proceder à amputação de um membro perfeitamente saudável consiste em opção inoportuna e drástica, além de altamente discutível. Entre os casos já reportados, há uma diversidade de tratamentos já realizados em pacientes.

Pelos relatos médicos, a psicoterapia tem se mostrado pouco eficiente entre pacientes com BIID, até o momento; medicamentos antidepressivos e terapia comportamental foram capazes de amenizar os pensamentos dirigidos a amputar o membro, se, no entanto, os suprimir²⁵. Terapia com movimentos e música já foi utilizada em 1984, em que foi feita a tentativa de reintegrar a parte estranha do corpo com sua representação cerebral, com o objetivo de reinstalar conexões neurais atrofiadas entre corpo e cérebro, mas não foram efetivos em casos em que o membro estranho havia sido excluído do mapa corporal no cérebro²⁶. A literatura médica fala, também, em métodos ainda em desenvolvimento, como a estimulação magnética repetitiva e a implantação de estimulação por eletrodos na área afetada do cérebro²⁷. Entretanto, a literatura pesquisada parece sugerir que, apesar de haver uma gama de terapias já testadas em pacientes, não seja possível concluir que alguma delas seja completamente eficiente na cura do distúrbio de identidade da integridade corporal, embora algumas tenham sido eficazes no sentido de aliviar a angústia e a sensação de corpo estranho.

A amputação, por outro lado, aparentemente tem sido eficaz em alguns casos, segundo relatos médicos. Alguns pacientes conseguiram que médicos realizassem a operação de forma não autorizada, muitas vezes clandestinamente. De acordo com especialistas, o acompanhamento pós-cirúrgico é curto, mas todos os pacientes parecem ficar satisfeitos com o resultado: passaram a se sentir completos, tornando

²⁵ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 39.

²⁶ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 39.

²⁷ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 39.

suas vidas mais produtivas e mais estáveis²⁸. Apesar da satisfação, as pessoas com BIID inventam histórias para explicar o porquê da amputação e sentem medo de que a verdade venha à tona, sendo que a vergonha acerca da própria situação persiste²⁹. Assim, embora a amputação tenha se mostrado, entre os pacientes, satisfatória, os médicos relatam que há motivos para esperar que a ciência médica avance no sentido de tratar a doença sem a necessidade de amputar o membro.

3. A discussão sobre a amputação de membros saudáveis

Diante das descrições de casos de indivíduos com BIID, há um impasse na comunidade médica acerca da amputação enquanto opção de tratamento. Entre os cirurgiões, muitos optam por não atender aos desejos do paciente com AID. Entre suas razões, estão: o juramento da prática da medicina que contém a premissa de não causar danos, de modo que muitos médicos consideram a amputação de um membro saudável uma prática contrária à referida norma; o risco de serem processados, mesmo na ausência de queixa; a inexistência de estudos de acompanhamentos em longo prazo de pacientes que conseguiram a amputação, sendo que a única evidência em longo prazo é de pacientes que se automutilaram e que, aparentemente, obtiveram sucesso³⁰.

Especialistas em ética médica afirmam que se o desejo de amputação é permanente e duradouro, o paciente não é psicótico e está ciente dos riscos e consequências, a cirurgia é eticamente autorizável, por prevenir muitos pacientes de causarem danos graves a si próprios ou até de se matarem³¹. Os médicos discutem, basicamente, o respeito pela autonomia do paciente, o princípio da não maleficência, da beneficên-

²⁸ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 29.

²⁹ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 29.

³⁰ SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004, p. 29.

³¹ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 40.

cia e da justiça. Em relação ao princípio da autonomia do paciente, discute-se que a obrigação de respeitar a vontade do mesmo não se estende aqueles que não possuem completa capacidade de discernir. Nesses casos, não haveria autonomia substancial³².

A avaliação sobre a situação mental do paciente, e, conseqüentemente, da sua capacidade ou não de discernir, pode ser bastante controversa em alguns casos³³. Por mais controversa que seja, deve ser feita por psiquiatras, e não cirurgiões, que por sua vez não podem pautar sua decisão com base na autonomia do paciente. É discutível o que seria a autonomia no campo filosófico, e não somente psiquiátrico³⁴. Haveria diferença entre decisões livres e desejos obsessivos, de modo que se pode dizer que a liberdade da vontade é concedida somente se a vontade for determinada por um julgamento racional. A vontade é livre se o indivíduo tem o poder de desejar o que considera bom, sendo esta a vontade aprovada. A vontade não livre, por sua vez, é aquela que afeta o próprio julgamento, como no caso de lavagem cerebral, conformismo, obsessão, vício e falta de autocontrole³⁵. No caso do BIID, a literatura tem entendido que não há que se falar em autonomia do paciente, porque a amputação não é um tratamento que tem credibilidade. Logo, pacientes não possuem o direito de exigir a referida cirurgia como uma opção de tratamento³⁶. Ou seja, parece não haver um *direito à amputação*.

³² MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 40.

³³ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 40.

³⁴ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 40.

³⁵ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 40.

³⁶ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 40.

No entanto, há quem defenda o direito do indivíduo optar pela cirurgia, comparando esse direito aos casos da *body modification* e das cirurgias estéticas de correção de nariz e de implantes de silicone, colocando-os como um direito de redesenhar o próprio corpo. Por esse raciocínio, a amputação deveria ser aceita como forma legítima de se alcançar a felicidade e autenticidade³⁷. Ou, ainda, de o indivíduo se identificar, em ser reconhecido.

De acordo com o princípio da não maleficência, cirurgias não devem fazer a amputação sem que haja indicação médica para o procedimento, devido aos grandes riscos, assim como consequências, incluindo a deficiência física. Como consequências, pode-se mencionar trombose, infecções, paralisia e necrose, entre outras. Quanto ao argumento veiculado por alguns sobre cirurgias estéticas serem permitidas, isso talvez não devesse ser um fator justificativo para cirurgias ainda mais danosas³⁸. Assim, a amputação, enquanto tratamento para pacientes portadores do BIID, ainda é experimental e apenas poderia ser justificada se houvesse a certeza da cura, e sem que houvesse possibilidade de outros tratamentos.

Na mesma linha, o princípio da beneficência preza pela razoabilidade entre o prejuízo (custo) e o benefício ao paciente, de modo que este último seja maior, a fim de justificar uma prática, de certa forma, danosa, que é a amputação de um membro saudável. Ainda de acordo com estudos especializados, visualizou-se a necessidade de três requisitos para prosseguir com a cirurgia: efetividade, sustentabilidade dos efeitos e a inexistência de um tratamento menos nocivo³⁹. Isto é, a cura do paciente deve ser efetiva e seus efeitos devem permanecer, de modo que não tenha mais desejo de amputar outros membros.

³⁷ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 41.

³⁸ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 41.

³⁹ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 41.

Há, obviamente, quem aponte argumentos favoráveis à operação, dentre eles: os pacientes sofrem muito pela sua condição; a amputação, com grande probabilidade, assegura o fim desse sofrimento; a cura ou o alívio não pode ser alcançado por outra via; e a cura, ou ao menos o alívio, valem a pena o custo da cirurgia, não o custo financeiro, mas o custo em termos de análise do benefício, ou seja, do quanto bem essas pessoas se sentem depois que aquele membro que as incomoda é removido por um procedimento controlado e seguro, a ponto de não colocar a vida delas em risco⁴⁰. No entanto, há muita discordância na literatura acerca do caso, de maneira que outros pesquisadores defendem o tratamento psicológico ou psiquiátrico, e não cirúrgico, em razão de acreditarem que o problema pode ter origem na falta de atenção e amor dos pais durante a infância, o que, por sua vez, causaria a necessidade de chamar atenção, ou, ainda, a necessidade de reconhecimento.

Demonstrando que a questão está longe de chegar a um consenso, há pesquisadores que discordam das três condições apresentadas (efetividade, sustentabilidade dos efeitos e a inexistência de um tratamento menos nocivo) como necessárias para a intervenção cirúrgica, já que não há evidências científicas da eficiência da amputação como tratamento para o BIID, de maneira que é preciso haver mais casos que confirmem tais requisitos⁴¹. Além disso, tais pesquisadores apontam que os casos normamente coletados são de pacientes que procuraram contato com pesquisadores e com a mídia porque se sentiram bem e satisfeitos com a cirurgia. Isto é, não há como garantir que não haja muitos outros casos em que a amputação não foi um tratamento bem-sucedido, principalmente considerando-se que os pacientes têm vergonha da própria condição e, na maioria das vezes, eles preferem não falar sobre a realidade, ainda que a cirurgia tenha trazido alívio.

⁴⁰ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 82.

⁴¹ MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 41.

É possível afirmar que entre os pesquisadores do distúrbio, há uma grande discordância acerca da ética na amputação enquanto tratamento para o referido distúrbio. Alguns especialistas são contrários à intervenção cirúrgica, apontando questões socioeconômicas, afirmando que a amputação traria um custo considerável de tratamento médico, reabilitação, aposentadoria e perda de trabalhadores, o que poderia gerar transtornos para a sociedade, e, por isso, o procedimento cirúrgico não deveria ser autorizado⁴². Defende-se, porém, que o financiamento público dessa cirurgia, enquanto eletiva, somente é eticamente autorizável se estritamente necessária para curar uma doença, ou seja, quando for justificável; contudo, como não pode ser justificada enquanto tratamento efetivo para o BIID, o Estado não deve custeá-la, sob a égide do princípio da justiça⁴³.

Outros especialistas consideram que, embora pareça drástico legitimar o desejo de amputar um membro saudável, em certos casos alguns membros podem não ser tão saudáveis quanto parecem, defendendo que um membro de um indivíduo que não é tido como o seu próprio não é, de fato, seu⁴⁴. Argumenta-se que muitos distúrbios de personalidade são invisíveis, principalmente pela perspectiva alheia, mas que isso não deveria servir de justificativa para diminuir o sofrimento que eles podem vir a causar, concluindo-se que em determinados casos a amputação pode ser a resposta apropriada⁴⁵.

Diante disso, é muito complicado dizer quem está com a razão e quem não está. O mais sensato, e mesmo o mais eticamente correto, parece depender do caso concreto. Por exemplo, em 2000, um indivíduo, que preferiu que seu nome não fosse divulgado, permaneceu sentado em seu carro com quarenta e cinco quilos de gelo seco com o objetivo de amputar as próprias pernas. Segundo ele, apelidado de

⁴² MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009, p. 41.

⁴³ Idem.

⁴⁴ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 85.

⁴⁵ BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005, p. 85.

Karl pelo artigo jornalístico, usou uma colher de madeira para jogar mais gelo granulado dentro do balde e encheu a lata de lixo com dióxido de carbono, que estava a -57° C. Nos 45 minutos seguintes, Karl colocou suas pernas na lata de lixo e continuou a adicionar gelo seco até que chegasse ao topo. Passou as próximas seis horas com os membros dentro do gelo, adicionando mais para que eles permanecessem cobertos. Karl, formado em Química, fez todos os cálculos antes de proceder à prática que levou à amputação. Calculou a termodinâmica, a massa do tecido, quanto de calor seria necessário subtrair do tecido para atingir a temperatura certa para congelar, tendo concluído que em seis horas certamente teria congelado toda a espessura das pernas. Conforme a notícia, depois das seis horas Karl dirigiu, ele próprio, até o pronto-socorro, com o sistema automático de controle através das mãos que havia instalado no carro. Depois de alguns dias, sua perna começou a ficar preta e o tecido começou a morrer, de modo que os médicos não tiveram opção senão amputar ambas as pernas⁴⁶. Mas esse é um caso extremo e talvez se possa afirmar que até raro.

Outro indivíduo, chamado Baz, relata que se lembra de ter visto uma pessoa amputada aos quatro anos de idade. Quando chegou aos sete, começou a pensar que aquela era a maneira que ele deveria ser. Porém, somente amputou a perna depois dos cinquenta anos. Ele, assim como no caso mencionado acima, congelou sua perna em gelo seco até que o dano fosse irreversível, tendo o membro efetivamente amputado por um cirurgião após o ocorrido. Baz confirma que, quando acordou do efeito da anestesia, todo o seu tormento havia desaparecido.

Um dos especialistas no assunto, que tem trabalhos publicados sobre o BIID, é um cirurgião havia realizado a cirurgia em dois pacientes, um inglês e um alemão, sendo que tinha mais seis pacientes cuja elegibilidade para a operação estava sendo considerada. Entretanto, após uma investigação interna do Hospital Forth Valley NHS, ele foi proibido de realizar as amputações eletivas e hospitais particulares também não o autorizam a prosseguir com as cirurgias. O médico afirma ter medo de que os pacientes causem danos graves a si próprios

⁴⁶ Disponível em: <http://abcnews.go.com/Primetime/Health/story?id=1806125&page=1#.T-dh4heZ2DM>. Acesso em: 9 jul. 2012.

ou até se suicidem, por isso é favorável à cirurgia em determinados casos⁴⁷. A questão, todavia, é muito polêmica, dividindo opiniões⁴⁸.

E essa polêmica parece decorrer exatamente das raras evidências advindas de estudos práticos sobre o transtorno e de pessoas diagnosticadas como portadoras de BIID. Por não haver muitas evidências documentadas e pelos estudos se basearem em poucas amostras (de casos), os especialistas identificam o distúrbio como uma condição extremamente rara⁴⁹. Essa falta relativa de evidências tem, contudo, diminuído nos últimos anos, especificamente quando o desejo por amputações, expresso por indivíduos não psicóticos, ganhou notoriedade em virtude de amputações feitas, em duas pessoas com esse distúrbio, por um cirurgião escocês em 1997 e em 1999, de maneira que o fenômeno passou a ganhar foros de discussão em artigos de revistas, livros, documentários televisivos, programas de rádio, filmes e sites da internet⁵⁰.

4. Conclusão

Com esse aumento no número de evidências e registros, é provável que dentro de mais alguns anos alguns consensos em torno do BIID sejam formados na comunidade científica, permitindo um estudo mais sistematizado, bem como alcançar algumas conclusões e indicar formas de tratamento. Isso certamente contribuirá com o desenvolvimento da regulamentação jurídica da questão, já que, atualmente, qualquer conclusão, especialmente no âmbito jurídico, é muito preliminar e carece de um embasamento mais forte. Todavia, é possível cogitar a necessidade de reformulação da proteção jurídica atualmente dada ao

⁴⁷ Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/society/2000/feb/01/futureofthenhs.health>. Acesso em: 16 jul. 2012.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/society/2000/feb/01/futureofthenhs.health>. Acesso em: 16 jul. 2012.

⁴⁹ RYAN, Christopher James. Out on a limb: the ethical management of Body Identity Integrity Disorder. *Neuroethics*, vol. 2, 2009, p. 21.

⁵⁰ LAWRENCE, Anne A. Clinical and theoretical parallels between desire for limb amputation and gender identity disorder. *Archives of Sexual Behavior*, vol. 35, n. 3, jun. 2006, p. 263.

corpo e à integridade física do indivíduo em conflito com sua autonomia e liberdade de manifestar a personalidade humana com a qual se sente melhor. A ponderação entre a proteção (ingerência) estatal e a autonomia individual já tem sido feita em casos como os de tatuagens, *piercings*, implantes estéticos de silicone, intervenções cirúrgicas para mudança de sexo, dentre outros tipos de modificações corporais.

REFERÊNCIAS

- BAYNE, Tim. LEVY, Neil. Amputees By Choice: Body Integrity Identity Disorder and the Ethics of Amputation. *Journal of Applied Philosophy*, vol. 22, n. 1, 2005.
- BRANG, David; MCGEOCH, Paul D.; RAMACHANDRAN, Vilayanur S. Apotemnophilia: a neurological disorder. *Cognitive Neuroscience and Neuropsychology*, vol. 19, n. 13, 2008.
- JORGE, Renata Trajano Borges *et al.* Brazilian version of the body dysmorphic disorder examination. *Sao Paulo Medical Journal*, vol. 126, n. 2, 2008.
- LAWRENCE, Anne A. Clinical and theoretical parallels between desire for limb amputation and gender identity disorder. *Archives of Sexual Behavior*, vol. 35, n. 3, jun. 2006.
- MOREIRA, Luiz Eduardo de Vasconcelos *et al.* Construções do corpo na razão diagnóstica do DSM e da psicanálise. *A peste*, São Paulo, vol. 2, n. 1, jan./jun. 2010.
- MÜLLER, Sabine. Body Integrity Identity Disorder (BIID) – Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified? *The American Journal of Bioethics*, vol. 9, n. 1, 2009.
- PIRES, Beatriz Ferreira. O corpo como suporte da arte. *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, vol. 6, n. 1, 2003.
- RYAN, Christopher James. Out on a limb: the ethical management of Body Integrity Identity Disorder. *Neuroethics*, vol. 2, 2009.
- SMITH, Robert C. Amputee identity disorder and related paraphilias. *Psychiatry*, vol. 3, n. 8, 2004.

Inaplicabilidade da Teoria da Delegação Legislativa Disfarçada ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior^{1 2}

Inaplicabilidad de la Teoría de la Delegación Legislativa Disfrazada al Sistema Nacional de Evaluación de la Enseñanza Superior

Inapplicability of the Theory of the Disguised Legislative Delegation to the National System of Evaluation of Higher Education

MAGNO FEDERICI GOMES³

Resumo: Este artigo apresenta como objeto de pesquisa o estudo da inaplicabilidade da teoria da delegação legislativa disfarçada nos procedimentos administrativos avaliativos de Instituições de Ensino Superior (IES), tendo em vista o ordenamento jurídico-educacional brasileiro. Se o exercício das funções normativas do Ministério da Educação (MEC) e do Conselho Nacional de Educação (CNE), por meio de sua Câmara de Educação Superior (CES), for efetivamente respaldado pelo princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade, presente nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, Constituição da República de 1988 (CR/88), poder-se-á chegar à legalidade dessa parte do ordenamento educacional brasileiro. Contudo, o art. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”,

¹ O presente artigo é resultado da investigação pós-doutoral em Direito Público, na Universidade Nova de Lisboa – Portugal, fomentada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, do Ministério de Educação (CAPES) e pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas).

² Este estudo contou com a valiosa colaboração do Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, das Universidades Nova de Lisboa e Autónoma de Lisboa, Jurisconsulto e Advogado. Entregue: 21.8.2013; aprovado: 4.6.2014.

³ Doutor em Direito pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Coordenador do Serviço de Assistência Judiciária da PUC Minas, unidade São Gabriel. Professor da PUC Minas. Professor Titular da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen. Advogado. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

“g” e “j”, Lei n.º 4.024/61, cuja redação foi dada pelo art. 1.º, da Lei n.º 9.131/95, anterior à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), e o art. 14, da Lei n.º 10.861/01 podem implicar usurpação de competência constitucional, pois o processo legislativo é atribuição exclusiva do Poder Legislativo e não do Executivo, com certas exceções (arts. 59 e seguintes, da CR/88). Esse tema insere-se nas áreas do Direito e da Educação, sendo esta uma pesquisa teórico-documental, sob uma perspectiva dogmática. A guisa de conclusões, verificou-se que os atos administrativos normativos, relacionados com os processos periódicos de avaliação de IES, regulamentam diretamente comandos constitucionais de eficácia plena, efetivando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, no que tange à avaliação qualitativa da educação superior.

Palavras-Chave: Políticas públicas educacionais; Avaliação de Instituições de Ensino Superior; Funções normativas do Poder Público; Procedimentos avaliativos da educação superior.

Resumén: Este artículo presenta como objeto de investigación el estudio de la inaplicabilidad de la teoría de la delegación legislativa disfrazada en los procedimientos administrativos de evaluación de Instituciones de Enseñanza Superior (IES), teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico-educacional brasileño. Caso el ejercicio de las funciones normativas del Ministerio de Educación (MEC) y del Consejo Nacional de Educación (CNE), a través de su Cámara de Enseñanza Superior (CES), esté efectivamente amparado por el principio constitucional de la garantía del nivel de calidad, constante en los artículos 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, Constitución de la República de 1988 (CR/88), podrá ser alcanzada la legalidad de esa parte del ordenamiento educacional brasileño. Sin embargo, el artículo 9.º, § 2.º, alienas “d”, “e”, “f”, “g” y “j”, Ley n.º 4.024/61, cuya redacción fue concedida por el artículo 1.º, de la Ley n.º 9.131/95, anterior a la Ley de Directrices y Bases de la Educación Nacional (LDB), y el artículo 14, de la Ley n.º 10.861/01, pueden implicar usurpación de competencia constitucional, ya que el proceso legislativo es atribución exclusiva del Poder Legislativo y no del Ejecutivo, con algunas excepciones (artículos 59 y siguientes, de la CR/88). Ese tema se incluye en las áreas del Derecho y de la Educación, siendo una investigación teórico-documental, en una perspectiva dogmática. Como conclusiones, se ha constatado que los actos administrativos normativos, creadores de los procesos periódicos de evaluación de IES, explicitan directamente comandos constitucionales de eficacia plena, dando efectividad al principio de la supremacía de los intereses de la sociedad sobre los de los particulares, en la evaluación cualitativa de la enseñanza superior.

Palabras-Clave: Políticas públicas educacionales; Evaluación de Instituciones de Enseñanza Superior; Funciones normativas de la Administración Pública; Procedimientos de evaluación de la enseñanza superior.

Abstract: This article presents as investigation object the study of the inapplicability of the theory of the disguised legislative delegation in the administrative procedures of evaluation of Institutions of Higher Education (IES), considering the Brazilian legal-educational ordering. Case the exercise of the normative functions of the Ministry of Education (MEC) and of the National Council of Education (CNE), through its Camera of Higher Education (CES), is protected by the constitutional principle of the guarantee of the quality level, constant in articles 206, interjection VII, 209, interjection II, and 211, § 1.º, Constitution of the Republic of 1988 (CR/88), could be reached the legality of that part of the Brazilian educational ordering. Nevertheless, the article 9.º, § 2.º, “d”, “e”, “f”, “g” and “j”, Law n.º 4.024/61, whose writing Law was granted by the article 1.º, of the Law n.º 9.131/95, previous to the Law of Directives and Bases of National Education (LDB), and article 14, of the Law n.º 10.861/01, can imply usurpation of constitutional competition, since the legislative process is exclusive attribution of the Legislative Power and not of the Executive, with some exceptions (articles 59 and following, of the CR/88). That subject is included in the areas of the Law and the Education, being a theoretical-documentary investigation, in a dogmatic perspective. Like conclusions, it has been stated that the administrative acts normative, creators of the periodic processes of IES evaluation, directly specify constitutional commands of total effectiveness, giving effectiveness at the principle of the supremacy of the desires of the society on those of the individuals, in the qualitative evaluation of higher education.

Keywords: Educational public policies; Evaluation of Institutions of Higher Education; Normative functions of the Public Administration; Procedures of evaluation of higher education.

1. Introdução

Atualmente, observa-se, pelo menos no âmbito do discurso, uma propaganda preocupação com a qualidade dos cursos de ensino superior. Ressalta-se que a referida preocupação é justificada, já que os profissionais demandados pelo mercado de trabalho e pelo setor societário devem estar preparados para os desafios existentes na atualidade e, sobretudo, os que virão no futuro. O art. 43, inciso II, Lei n.º 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), prevê que a formação das pessoas deve se constituir responsabilidade das Instituições de Ensino Superior (IES). Assim é para Sobrinho (2000), a

educação superior foi diretamente influenciada pela sua tradicional ligação com a função profissional, cuja maior procura deriva da necessidade de saberes, abundantes e inéditos, sobre práticas profissionais e técnicas novas.

Neste contexto, a LDB apresenta como uma das perspectivas educacionais ao ensino superior a tendência profissionalizante, conforme o inciso II, do seu art. 43. Os demais incisos do mesmo dispositivo legal priorizam a formação global, de cunho mais geral e integral. Destaca-se que, se o ensino superior não avocar essa tendência profissionalizante, nenhuma outra instituição irá fazê-lo. De maneira que essa dimensão da LDB necessita de uma leitura em chave mais ampla, pois o ensino superior é componente constante das políticas educacionais.

Para Buffa (2005), os processos de industrialização e de urbanização, bem como o crescimento demográfico da população, pressionam as instituições de ensino, elementares, médias e superiores. O aumento real das escolas públicas de ensino superior não tem sido suficiente para atender a todos e as transformações sociais acabam por modificar a escolarização que se inicia mais cedo e termina mais tarde, na vida de todos. Assim e em virtude da atuação insuficiente do Estado no nível superior, ficou aberto um enorme espaço para a iniciativa particular, que o tem ocupado. Portanto, Buffa (2005) diz que, por meio das categorias do público e do privado, é possível analisar as relações entre escolarização e sociedade.

Dessa forma, o investimento, no Brasil, é crescente no nível superior e a necessidade de avaliar a educação resultante desse sistema é premente, tendo em vista a busca de maior qualidade. Nesse sentido, é importante enfatizar:

[...] Em poucas palavras, é relevante considerar que não apenas o “consumidor” de educação, mas toda a sociedade é afetada quando a escola não alfabetiza ou quando forma médicos, professores ou engenheiros incompetentes⁴.

⁴ BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada: diversos olhares se entrecruzam*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Cap. 7, p. 133.

Todos têm direito à educação, principalmente a partir da Constituição da República de 1988 (CR/88). Assim, o compromisso dos gestores das políticas públicas em educação deve ser com a mencionada qualidade do ensino, em respeito ao art. 206, inciso VII, CR/88, e não, apenas, com as receitas que podem ser percebidas dos capitais interno e externo. Para tanto, a CR/88 e a LDB determinam requisitos formais amplos a serem respeitados pelas instituições de ensino, como, por exemplo, “o cumprimento de normas, autorização para funcionamento, avaliação e capacidade financeira para o empreendimento visado”⁵, tudo sob o crivo da União, nos termos dos arts. 209 CR/88, 1.º, § 1.º, 9.º, incisos VII, VIII e IX, 19, inciso II e 20, da Lei n.º 9.394/96. Nesse sentido, a doutrina especializada manifesta-se:

Os países, preocupados em promover e sustentar a qualidade da educação oferecida a seus cidadãos e em favorecer a eficiência e a equidade em seus sistemas educacionais, reconhecem a avaliação educacional como mecanismo crucial de orientação e acompanhamento das reformas institucionais, em suas diferentes dimensões – dos processos de gestão às condições de infra-estrutura física e acadêmica para a oferta de cursos – quanto a aferição dos resultados educacionais, além das conexões reais entre os objetivos maiores do desenvolvimento socioeconômico nacional e as metas perseguidas pelo sistema educacional⁶.

Já em 1988, Serafini e Ribeiro (1988) chegaram à conclusão de que as avaliações englobam os aspectos de diagnóstico da realidade e, dentro de cada área de conhecimento, permitem análises e correções em função das necessidades de modernização e de qualificação, ante os avanços sociais e tecnológicos.

A avaliação educacional e, mais especificamente, a avaliação da aprendizagem visam, resumidamente, identificar o nível de qualidade

⁵ BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB – ob. cit., 2003, p. 135-136.

⁶ CASTRO, Maria Helena de Magalhães. *Tomando o pulso: o que buscar no credenciamento institucional das universidades brasileiras?* Brasília: INEP, 2001, p. 05.

ou efetividade da educação, de forma mais ampla, e do processo de ensino-aprendizagem.

Por isso, a educação, como um todo, deve ser diagnosticada e avaliada, tanto no âmbito das políticas, quanto no das IES, conforme art. 3.º, inciso IX, LDB, que retoma o art. 206, inciso VII, CR/88.

Avaliação de políticas é, em síntese e conformidade com Santos (2000), um ato de verificar a importância de determinações tomadas, para que a condução de alguma estratégia governamental ou prática de alguma intervenção, de mesma natureza, seja reforçada ou, quando for o caso, corrigida. Por sua vez, a avaliação institucional:

Tem como objetivos levantar informações, fazer diagnósticos de problemas e recomendações que levem à melhoria da qualidade dos processos adotados em uma instituição, programa ou sistema. São verificados o atendimento dos objetivos previstos e a adequação dos recursos alocados. Visa subsidiar o processo de prestação de contas às agências de financiamento, ao poder governamental e ao público em geral. A realização da avaliação, além de verificar a eficiência e eficácia das ações desenvolvidas, visa fornecer diretrizes para a sua melhoria, indicar opções de alocação de recursos e oferecer garantias de que os padrões quantitativos e qualitativos foram alcançados. A avaliação pode desenvolver processos de aferição e de revisão. Os primeiros consistem na medição e registro das informações sobre o funcionamento da instituição, programa ou sistema; processo que pode ser realizado através da auditoria. Esta se refere ao levantamento de indicadores de desempenho com o propósito de assegurar o cumprimento legal das políticas formais ou de monitoramento. Ela segue sistemática padronizada de coleta e registro de informações de entrada e de resultados. Os processos de revisão se referem às informações qualitativas sobre as dinâmicas e desempenhos da instituição, do programa ou do sistema⁷.

⁷ MARÇAL, Juliane. Avaliação institucional. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000b. Voz, p. 34.

A mesma autora (2000a) define avaliações externa e interna, no âmbito institucional, como modos avaliativos complementares. Quando a avaliação é feita por organizações e especialistas de fora da instituição avaliada, indicados para tanto, a mesma denomina-se externa. Enquanto que a avaliação controlada pela própria instituição em questão, programa ou sistema, é chamada de interna, embora possa ter especialistas externos para gerir o ato.

Em síntese, pode-se dizer que, de modo geral, as avaliações são os instrumentos para o almejado escopo, ou seja, conseguir a tão desejada qualidade no ensino superior. Para Cury (2005a), a garantia do padrão de qualidade é um princípio constitucional da educação nacional, por estar previsto no art. 206, inciso VII, CR/88, e, no caso de oferta de ensino pelo segmento privado, ele “é, pois, um serviço público autorizado, cuja consequência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7.º da LDB”⁸.

Dessa forma, é necessária a identificação dos problemas jurídicos preexistentes, para que as IES possam se adequar às demandas e conseguir melhores resultados, tanto quantitativos quanto qualitativos. Com isso, faz-se necessário um planejamento cuidadoso e uma precisa definição do foco institucional, para a sobrevivência das IES e para a consecução de resultados positivos a longo prazo. A mencionada preparação deve ser feita, atualmente, por meio dos Planos de Desenvolvimento Institucionais (PDI) que, ademais de tal função, podem demonstrar o compromisso, real ou fictício, das instituições com a formação de seus docentes.

Cunha (2003) enfatiza a importância de se ter consciência da necessidade da implementação de políticas de Estado e não de Governo, para garantir a permanência de políticas socialmente relevantes. Para dificultar o planejamento prévio, mantém-se a falta de delimitação das políticas de ensino superior, no Brasil, e a burocracia extrapolada

⁸ CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas*. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005b. Cap. 1, p. 26.

os limites normais. Finalmente, se o Ministério da Educação (MEC) se propusesse a assegurar uma continuidade às suas políticas, isso se traduziria em resultados mais positivos a longo prazo.

2. Definição e Delimitação do Objeto de Estudo

No que concerne a determinados aspectos estruturantes das políticas do ensino superior, é importante ressaltar que o Conselho Nacional de Educação (CNE) substituiu o Conselho Federal de Educação (CFE) e foi criado por força de medida provisória, posteriormente convertida na Lei n.º 9.131/95. Em conformidade com os arts. 8.º, 9.º, 10 e 11 LDB, o CNE, subordinado ao MEC, foi definido como órgão de consulta e assessoria, com atribuição deliberativa e normativa (art. 7.º, *caput*, Lei n.º 9.131/95), mantendo assim o Poder Executivo, da União, Estados e Municípios (em regime de colaboração), como “formulador da política educacional e, em particular, da de educação superior”⁹.

Saviani (2004), Belloni (2003), Vieira (1990) e Ranieri (2000) explicitam que o projeto de lei, aprovado na Câmara dos Deputados (PLC), mais precisamente na Comissão de Educação do Senado, em 1993, o substitutivo do senador Cyd Sabóia (Projeto de Lei n.º 1.258-C/88) não veio a se tornar a nova LDB, Lei n.º 9.394/96 – denominada, oficialmente, Lei Darcy Ribeiro. A referida lei derivou do projeto de lei Substitutivo Darcy Ribeiro (novo substitutivo ao Substitutivo Sabóia), devidamente adequado pelo Executivo, de então, às diretrizes governamentais, antes da sanção e após diversas manobras políticas e regimentais na Comissão de Constituição e Justiça. Coloca-se de manifesto que a sigla PLC (Projeto de Lei nascido na Câmara) significava um Projeto de Lei Ordinária, tanto que a LDB é uma Lei Ordinária. De qualquer forma, o art. 46 LDB, dispõe:

Art. 46 LDB. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação.

⁹ BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB – ob. cit., 2003, p. 135.

§ 1.º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento.

§ 2.º No caso de instituição pública, o Poder Executivo responsável por sua manutenção acompanhará o processo de saneamento e fornecerá recursos adicionais, se necessários, para a superação das deficiências¹⁰.

Conforme Cury (1997a), o citado art. 46 LDB mantém a prerrogativa do Poder Público de autorizar, reconhecer cursos e credenciar instituições, pela mediação de atos administrativos normativos, resguardando o art. 209 CR/88 e demonstrando “o ensino como serviço público”¹¹. Em interpretação de tal artigo, Oliven (2002) diz que:

Essa nova Lei introduziu o processo regular e sistemático de avaliação dos cursos de graduação e das próprias instituições de ensino superior, condicionando seus respectivos credenciamentos e reconhecimentos ao desempenho mensurado por essa avaliação. Em caso de serem apontadas deficiências, ela estabelece um prazo para saná-las; caso isso não ocorra, poderá haver descredenciamento das IES¹².

Apesar do posicionamento da referida autora, não se considera que a LDB tenha introduzido um “processo regular e sistemático de avaliação dos cursos de graduação e das próprias instituições de ensino

¹⁰ BRASIL, 1996, art. 46.

¹¹ CURY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. *Medo à liberdade e compromisso democrático*: LDB e Plano Nacional da Educação. São Paulo: Editora do Brasil, 1997a, p. 124; no mesmo sentido CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira – ob. cit., 2005b, p. 24-27.

¹² OLIVEN, Arabela Campos. Histórico da educação superior no Brasil. In: SOARES, Maria Susana Arrosa (Org.). *A Educação superior no Brasil*. Brasília: CAPES, 2002. Cap. 1, p. 42.

superior”¹³, visto que parece ser bastante omissa e sem qualquer especificidade. Na verdade, o que introduziu o processo regular de avaliação foi a Lei n.º 9.131/95, em seus arts. 3.º e 4.º. Segundo Belloni (2003):

O PLC introduzia (pela primeira vez no país, o que já é feito em outros), de forma clara e operacional, uma sistemática de avaliação interna e externa para fins de credenciamento e de aprimoramento da qualidade da educação superior. Esta matéria é tratada de modo genérico na nova LDB, sendo apenas mencionada quando trata dos processos de autorização e reconhecimento de cursos e instituições. É prerrogativa do Executivo definir os critérios, a metodologia e a execução. Coerente com o encaminhamento que fazia no Congresso, o governo, antes mesmo da aprovação da LDB, promulgou legislação sobre a avaliação. Trata-se da Lei n.º 9.131/95 que definiu a sistemática de avaliação coordenada pelo MEC, regulamentada pelo Decreto n.º 2.026/96 que explicita critérios e procedimentos para a avaliação, entre eles o provão (ou exame nacional de cursos de graduação)¹⁴.

Nessa perspectiva, a Resolução CNE/Câmara de Educação Superior (CES) n.º 10/2002 foi a responsável pelos procedimentos de credenciamento, a transferência de manutenção, estatutos e regimentos de IES, autorização de cursos de graduação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, normas e critérios para supervisão do ensino superior do sistema federal. Destaca-se que o referido ato administrativo normativo foi derogado pela Resolução n.º 22, de 05 de novembro de 2002, e acabou de ser ab-rogado pelo Parecer CNE/CES n.º 167/06, tendo em vista a recente edição dos Decretos n.º 5.773/06 e 5.786/06.

Os citados atos administrativos normativos, homologados pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto, relacionados ao credenciamento de IES e outros assuntos afins, quando eivados de obscuridade, podem acarretar problemas de interpretação e, também, prejuízos às próprias entidades interessadas, ante a dificuldade de se

¹³ *Idem.*

¹⁴ BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB – ob. cit., 2003, p. 139.

planejar previamente suas metas e objetivos. Na ocorrência de tal fato, pode haver incerteza no âmbito da gestão das coordenações de cursos de ensino superior, seja de entidades públicas ou privadas e, até mesmo, insegurança jurídica na Administração Pública Central, no momento dos credenciamentos, recredenciamentos ou das avaliações institucionais externas.

Os atos administrativos normativos tornaram-se instrumentos da política educacional e abordam a questão do papel do Estado e sua articulação com o campo da educação, mediando as reformas educativas contemporâneas com a gestão e a organização da educação superior nas instituições. Eles acionaram, de alguma forma, tanto os processos de autorização e credenciamento como os de avaliação institucional; logo são situações juridicamente conexas e que põem em ação uma política determinada.

Para Bandeira de Mello (1998), ato administrativo é declaração do Estado ou de algum concessionário de serviço público que, ao exercer suas prerrogativas públicas, apresenta medidas jurídicas assessórias da lei, somente para dar cumprimento explícito à mesma, sujeitas, ainda, ao controle jurisdicional. Segundo a doutrina jurídica:

[...] *Atos administrativos normativos* são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando à correta aplicação da lei. O objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados. Esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei, e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas. A essa categoria pertencem os *decretos regulamentares* e os *regimentos*, bem como as *resoluções*, *deliberações* [...] ¹⁵.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997a, p. 161; no mesmo sentido DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 184 e 216; em sentido equivalente, mas os denominando regulamentos ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 1987, p. 45-46 e CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 5. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2000, p. 207-209.

Em continuidade, Meirelles (1997a; 1997b) explica as limitações do ato administrativo normativo da seguinte forma:

[...] Tais atos, conquanto normalmente estabeleçam regras gerais e abstratas de conduta, não são leis em sentido formal. São leis apenas em sentido material, vale dizer, provimentos executivos com conteúdo de lei, com matéria de lei. Esses atos, por serem gerais e abstratos, têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, mas, quando, sob a aparência de norma, individualizam situações e impõem encargos específicos a administrados, são considerados de efeitos concretos e podem ser atacados e invalidados direta e indiretamente por via judicial comum, ou por mandado de segurança, se lesivos de direito individual líquido e certo¹⁶.

Com isso, Ranieri (2000):

[...] Por isso é que a função normativa do Poder Executivo, em estrita harmonia com os dispositivos constitucionais antes citados, restringe-se à fiel execução da lei, conforme dispõe o artigo 84, IV, da Constituição Federal, fundamento genérico do poder regulamentar, também reiterado no artigo 87, II, exteriorizado pela expedição de decretos e regulamentos pelo Presidente da República, de portarias pelos ministros de Estado, e também por meio de resoluções, portarias, instruções, deliberações e regimentos, editados por autoridades administrativas no exercício de suas atribuições legais e limitados ao âmbito de atuação do órgão expedidor.

Bem por isso a regulamentação restringe-se à explicitação de procedimentos e critérios de execução, dentro de uma certa margem de discricionariedade, o que não exclui a possibilidade de definição de obrigações de fazer e não fazer, desde que tal atribuição exurja da lei.

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* – ob. cit., 1997a, p. 161-162; no mesmo sentido *Idem. Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997b, p. 37-38; LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. 10. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997, p. 39 e AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2001. vol. II, p. 154-155.

Mesmo vinculado à reserva legal, o poder regulamentar pressupõe um espaço de liberdade administrativa que deve ser delimitado, a bem da aplicação uniforme da lei. É dizer, depende de lei anterior que demande, expressa ou implicitamente, uma interferência de órgãos administrativos para que seja garantida a sua aplicação e exequibilidade. Se a lei esgotou a matéria, não há necessidade de regulamento: as condições de execução já decorrem da própria capacidade de aplicabilidade imediata, dispensando outros comandos normativos¹⁷.

Dessa forma, a matéria prevista em decreto deveria estar previamente fundamentada em norma infraconstitucional ou constitucional e não em ato administrativo normativo, pois, pelo princípio da anterioridade legal, previsto no art. 5.º, inciso II, CR/88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”¹⁸. Em conformidade com a doutrina, “abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”¹⁹.

Se faltarem dispositivos legais específicos e determinados aos processos de credenciamento IES e reconhecimento de cursos, deixando ao livre arbítrio do Poder Executivo a matéria em questão, o Decreto n.º 5.773/06, que define o processo de avaliação de instituições e cursos superiores, configuraria ilegalidade e abuso de poder, podendo ser caracterizado como ato administrativo normativo de efeitos concretos. Esse tipo de ato individualiza situações, prevê condutas e impõe encargos a administrados, sem fundamento normativo anterior. Assim, Ranieri (2000), ao analisar uma Resolução específica da CES/CNE, diz que:

[...] no sistema jurídico vigente não há espaço para que uma simples resolução, ainda que emanada de órgão com competências normativas, como é o caso do Conselho Nacional de Educação, dis-

¹⁷ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado*: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n.º 9.394/96). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; FAPESP, 2000, p. 155.

¹⁸ BRASIL, 1988, art. 5.º, inciso II.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* – ob. cit., 1997a, p. 94.

tinga onde a lei não distinguiu. Se assim fosse, haveria que se negar eficácia à lei em pleno vigor, legitimando, a *contrario sensu*, abusos de poder regulamentar. A enumeração promovida pela Resolução, portanto, só pode ser tomada em sentido exemplificativo, e não como *numerus clausus*²⁰.

Por sua vez, a Lei n.º 4.024/61, cuja redação dos artigos ainda vigentes foi outorgada pela Lei n.º 9.131/95, anterior à LDB, aparenta respaldar o Decreto n.º 5.773/06, quando menciona em seu art. 9.º, § 2.º, alienas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, que:

Art. 9.º Lei n.º 4.024/61. As Câmaras emitirão pareceres e decidirão, privativa e autonomamente, os assuntos a elas pertinentes, cabendo, quando for o caso, recurso ao Conselho pleno. [...]

§ 2.º São atribuições da Câmara de Educação Superior: [...]

d) deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para a autorização, o reconhecimento, a renovação e a suspensão do reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior (Redação dada pela MPv n.º 2.216-37/01);

e) deliberar sobre as normas a serem seguidas pelo Poder Executivo para o credenciamento, o recredenciamento periódico e o descredenciamento de instituições de ensino superior integrantes do Sistema Federal de Ensino, bem assim a suspensão de prerrogativas de autonomia das instituições que dessas gozem, no caso de desempenho insuficiente de seus cursos no Exame Nacional de Cursos e nas demais avaliações conduzidas pelo Ministério da Educação (Redação dada pela MPv n.º 2.216-37/01);

f) deliberar sobre o credenciamento e o recredenciamento periódico de universidades e centros universitários, com base em relatórios e avaliações apresentados pelo Ministério da Educação, bem assim sobre seus respectivos estatutos;

g) deliberar sobre os relatórios para reconhecimento periódico de cursos de mestrado e doutorado, elaborados pelo Ministério da Educação e do Desporto, com base na avaliação dos cursos;

²⁰ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 172.

[...]

j) deliberar sobre processos de reconhecimento de cursos e habilitações oferecidos por instituições de ensino superior, assim como sobre autorização prévia daqueles oferecidos por instituições não universitárias, por iniciativa do Ministério da Educação em caráter excepcional, na forma do regulamento a ser editado pelo Poder Executivo (Incluída pela MPv n.º 2.216-37/01)²¹.

Os referidos dispositivos, constantes em lei federal, bem como o art. 14 Lei n.º 10.861/04 (Lei do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES), podem delegar à CES, órgão do CNE, e ao Ministro de Estado da Educação, respectivamente, poder discricionário para regulamentar a autorização, o reconhecimento de cursos e credenciamento periódico de IES, já que:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente²².

Se o exercício das funções do MEC e do CNE, por meio de sua CES, for efetivamente respaldado pelo princípio constitucional da garantia do padrão de qualidade, segundo Cury (2005a), presente nos arts. 206, inciso VII, e 211, § 1.º, CR/88, poder-se-á chegar à legalidade do ordenamento educacional e ao conceito de normas-objetivo, na lição do Ministro Grau (2005):

Daí a importância das normas-objetivo, que surgem definidamente a partir do momento em que os textos normativos passam a

²¹ BRASIL, 1961, art. 9.º, § 2.º, alienas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 595-596.

ser dinamizados como instrumentos de governo. O direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais normas-objetivo²³.

Por outro lado, os referidos dispositivos podem implicar usurpação de competência constitucional, pois o processo legislativo, ou seja, o conjunto de normas que definem e concretizam a elaboração das leis, é atribuição do Poder Legislativo e não do Executivo, com certas exceções, nos termos dos arts. 59 e seguintes CR/88. Se o verbo “deliberar”, presente nas alienas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, do art. 9.º, § 2.º, Lei n.º 4.024/61, e o “regulamentará”, constante no art. 14 Lei do SINAES, forem uma delegação de competência legislativa ao CNE e ao Ministro da Educação (inseridos na estrutura do Poder Executivo), sem permissivo constitucional prévio, poder-se-á chegar à conclusão de que uma parte do sistema legislativo educacional brasileiro é inconstitucional. Sendo assim, estaria sujeito ao controle de constitucionalidade repressivo, a ser realizado pelo Poder Judiciário, inclusive sobre as Leis n.º 4.024/61, 9.131/95, 9.394/96, 10.861/04 e o Decreto n.º 5.773/06, o que merece investigação e estudo sólidos à vista de suas conseqüências no expressivo campo da educação superior. Como resultado, a insegurança jurídica pode se instaurar, produzindo prejuízos irreparáveis, ou seja, danos de ordem econômico-material, para as Instituições, e pessoal-moral, para seus alunos.

Em resumo, o presente artigo apresenta como objeto de pesquisa o estudo dos limites da função normativa nos procedimentos administrativos avaliativos do SINAES e sua eventual (in) constitucionalidade, já que sobre eles houve diversos pleitos judiciais. Esse tema insere-se nos

²³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 41.

campos do Direito e da Educação, especialmente nos ramos referentes ao Direito Constitucional, Administrativo e Educacional. Este trabalho é preponderantemente teórico-documental, apresentando a parte legal que trata do tema abordado e fazendo uma revisão de literatura sobre o objeto de estudo, sob uma perspectiva dogmática, empregada como forma de análise dos resultados.

3. Inaplicabilidade da Teoria da Delegação Legislativa Disfarçada

A teoria da delegação legislativa disfarçada foi formulada e desenvolvida por doutrinadores de peso, tais como Pontes de Miranda (1967²⁴), Miranda (1997²⁵) e Bandeira de Mello (1998), respectivamente, ao tratar dos limites do poder regulamentar. Bandeira de Mello (1998) leciona que a lei é competente para apresentar os pressupostos de aquisição ou limitação de direitos, não o ato administrativo normativo que somente pode auxiliar na especificação das normas originárias, respeitando-se determinados requisitos preestabelecidos. Dessa forma, “disciplinar certa matéria não é conferir a outrem o poder de discipliná-la”²⁶, sob pena de violação do princípio da legalidade (art.

²⁴ Ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*: arts. 34-112. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. tomo III, p. 308-310.

²⁵ Verificar MIRANDA, Jorge. Sobre a reserva constitucional da função legislativa. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. vol. II, Cap. VI.29, p. 883-905, especialmente p. 887. Em outra obra, o mesmo autor (2000) interpreta o art. 112.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, que proíbe o já mencionado regulamento delegado com eficácia externa, também chamado de regulamento autorizado. O referido comando constitucional estrangeiro é a positivação de um tipo de teoria da delegação legislativa disfarçada, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, “ele proíbe os reenvios normativos, que consistam em a lei (a própria lei em causa ou outra, em abstracto, anterior ou posterior) remeter para regulamento a interpretação, a integração, a modificação, a suspensão ou a revogação de preceitos legais” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: actividade constitucional do estado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. tomo V, p. 207), compreendendo-se na alteração “a própria extensão ou redução do seu âmbito” (*Idem*, p. 205).

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 211.

5.º, inciso II, CR/88)²⁷, que não será mais uma garantia fundamental

²⁷ De acordo com Amaral (2001), “a Administração pública tem de prosseguir o interesse público em obediência à lei: é o que se chama o princípio da legalidade” (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 2001, p. 41; para um maior desenvolvimento no princípio da legalidade administrativa, verificar JESCH, Dietrich. *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*. Tradução por HEREDERO, Manuel. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978, p. 38-45; CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Edições Almedina, 1987, p. 17-340; MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 31-1148 e OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 45-199). Do mesmo modo, “no que respeita ao desempenho das funções estaduais pelos órgãos de soberania, a aceção mais frequentemente utilizada incide sobre as relações entre a lei e a actividade administrativa e corresponde à exigência de que os actos da Administração encontrem o seu fundamento justificativo numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos emitidos sob tal forma” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* – ob. cit., 1987, p. 17; em sentido equivalente PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998. vol. I, p. 317-319 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5.ª tiragem. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 833). Por sua vez, “a reserva de lei desempenha uma função excludente e, mais do que isso, uma função positiva de reforço do princípio da legalidade da administração e da jurisdição. Numa dimensão menos exigente, legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista). Mas aí onde a Constituição imponha reserva de lei, legalidade não implica somente *prevalência* ou *preferência* de lei, nem sequer *prioridade de lei*; traduz-se em sujeição do conteúdo dos actos administrativos e jurisdicionais aos critérios, aos valores, ao sentido imposto pela lei como acto legislativo; envolve, senão *monopólio normativo* (reserva absoluta), pelo menos *fixação primária de sentido normativo* (reserva relativa) pela lei” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional* – ob. cit., 2000, p. 217-218). Assim, surge “*la técnica de la reserva como forma de protección del principio parlamentario o democrático frente a un poder gubernamental y reglamentario en imparable expansión. El equilibrio de poderes y la garantía del principio democrático son hoy valores que no se satisfacen con la simple regla de la superioridad jerárquica de la Ley. La exigencia constitucional de que determinadas materias sólo puedan ser reguladas por ley es, en primer lugar, una garantía de la institución parlamentaria frente a la potestad reglamentaria del Gobierno. Pero la reserva es, también, una técnica de garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma: un obstáculo a que, por razones de comodidad o de conveniencia política, el Parlamento renuncie a*

do cidadão, e da tripartição constitucional dos poderes do Estado²⁸. Assim:

[...] se à lei fosse dado a dispor que o Executivo disciplinaria, por regulamento, tal ou qual liberdade, o ditame assecuratório de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” perderia o caráter de garantia constitucional, pois o administrado seria obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *ora* em virtude de *regulamento*, *ora* de *lei*, ao libido do Legislativo, isto é, conforme o legislador ordinário entendesse de decidir. É obvio, entretanto, que, em tal caso, este último estaria se sobrepondo ao constituinte e subvertendo a hierarquia entre Constituição e lei, evento juridicamente inadmissível em regime de Constituição rígida.

Por isto, a lei que limitar-se a (pretender) transferir ao Executivo o poder de ditar, por si, as condições ou meios que permitem restringir um direito configura delegação *disfarçada*, inconstitucional. Deveras: as funções correspondentes a cada um dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) são, como regra, indelegáveis. *Disto se ressalva, tão-só, a hipótese de “leis delegadas” – pela própria Constituição previstas no art. 59, IV, mas editáveis apenas em decorrência do pro-*

llevar a cabo dicha función normativa, sustituyéndola por remisiones o habilitaciones cada vez más amplias e indeterminadas en favor de la potestad reglamentaria o de incluso otras normas con rango de ley, como los Decretos legislativos [...]” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo* – ob. cit., 1998, p. 319; em sentido equivalente JESCH, Dietrich. *Ley y administración* – ob. cit., 1978, p. 34-37).

²⁸ Queiró (1976) indica os precedentes históricos de tal teoria: “no século passado e nos primeiros tempos do actual, em França, se chegou a entender, no que concerne às autorizações do parlamento, conferidas ao Presidente da República, para a elaboração de regulamentos de administração pública. [...] o poder exercido nestes casos é sempre um poder administrativo que se encontra permanentemente em quiescência nas mãos do Executivo e cujo exercício, em cada momento, depende de um acto-condição que é o convite do legislador, ao confiar-lhe, para regulamentação, dentro de determinados limites, certas matérias estranhas ao domínio legislativo ‘por natureza’” (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Edição copiografada, 1976. vol. I, p. 429).

cedimento legislativo regulado no art. 68²⁹ e segundo as condições e limites ali estabelecidos³⁰.

²⁹ Art. 68 CR/88 – As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1.º – Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I – organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II – nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III – planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2.º – A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3.º – Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda (BRASIL, 1988).

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 211. A doutrina espanhola, representada por Enterría e Fernández (2002), por sua vez, apresenta três classes de delegação legislativa: a deslegalização, a delegação receptiva e a remissão normativa. A primeira, “consiste na retracção do domínio da lei, ampliando o espaço aberto a fontes infralegislativas, nomeadamente os regulamentos”, desde que não invadam as matérias reservadas à lei pela Constituição portuguesa (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 2001, p. 180-181; em sentido equivalente MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional* – ob. cit., 2000, p. 211-215; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* – ob. cit., 2003, p. 841-842). A segunda, seriam as leis delegadas brasileiras, já que a lei de delegação outorga ao Governo, e somente a ele, a elaboração de norma com conteúdo concreto e com nível de lei. A terceira acontece quando uma lei reenvia à posterior normatização do Poder Executivo, por ato administrativo de tal índole, a regulamentação de alguns elementos que completam os dispositivos que a própria lei estabelece. Assim, a remissão legislativa equivaleria à presente teoria da delegação legislativa disfarçada, em sua totalidade. De qualquer forma, alerta-se que “*en parte alguna de la Constitución se ha previsto un fenómeno de <<plenos poderes>>, que coloque al Ejecutivo por decisión del Legislativo in loco et in ius de este último para cualquier contenido, en blanco. Esta figura está formalmente excluida del sistema y dibuja así el contorno negativo de la delegación legislativa*” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas Ediciones, 2002. vol. I, p. 253). Para aprofundamentos, verificar *Idem*, p. 250-278. Por sua vez e segundo Canotilho (2003), “a doutrina italiana refere-se, hoje, a este tipo de regulamentos como regulamentos disciplinadores de matérias em que não existe disciplina legal” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* – ob. cit., 2003, p. 838).

De maneira que Bandeira de Mello (1998) destaca que a indelegabilidade, na qualidade de princípio, resulta implicitamente do art. 2.º CR/88, ou seja, “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”³¹. Em virtude dessa tripartição de poderes e da necessária divisão de competências, cada qual inerente a um Poder específico, veda-se a possibilidade de cessão de atribuições de um órgão menos diligente a outro, o que se justifica pela cautela a favor dos administrados e pela destruição de todo o sistema de repartição de funções. Além disso, a previsão constitucional de leis delegadas acaba demonstrando que a regra geral é a indelegabilidade³².

Dessa forma, não seria útil restringir a incidência do ato administrativo normativo, em seu campo, “se, por força da própria obra legislativa, fosse possível, legitimamente, dilatar-lhe a esfera e ensejar infiltração do Executivo em setor que se quer defendido contra suas eventuais incursões”³³. Converter-se-ia em letra morta o procedimento legislativo adequado da delegação legislativa, que não passaria de:

[...] meio desprezível de contenção dos Poderes a seus limites naturais, se o Executivo pudesse beneficiar-se de delegação disfarçada,

³¹ BRASIL, 1988, art. 2.º.

³² Miranda (2000) analisa cuidadosamente o princípio da fixação da competência legislativa e acaba por concluir, dentre outras: “6.º Que apenas pode haver autorizações ou delegações legislativas no âmbito das relações interorgânicas e nos termos expressamente previstos na Constituição (art. 111.º, n.º 2) – portanto, apenas pode haver autorizações legislativas da Assembléia da República ao Governo [art. 161.º, alínea *d*] e, numa acepção muito imprópria (...), da Assembléia da República às assembleias legislativas regionais [art. 161.º, alínea *e*], não *de e para* quaisquer outros órgãos; 7.º Que, em caso algum, se admitem sub-autorizações (ou subdelegações) – quer dizer, um órgão que faça um acto legislativo autorizado não pode cometer a terceiro órgão a faculdade de regular, directa ou indirectamente, a matéria reservada objeto de autorização legislativa; 8.º Que a substituição do órgão normalmente competente para a prática de certos actos legislativos ou de certos actos integrados no procedimento legislativo só pode dar-se se consentida pela Constituição [...]; e, 9.º Que, muito menos, se admite a devolução de poderes de natureza legislativa a quaisquer entidades públicas ou privadas” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional* – ob. cit., 2000, p. 202-203).

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 212.

atingida pela via transversa de uma regulação legal excessivamente vaga, cuja imprecisão lhe ensejasse compor suas próprias imposições nascidas no vazio, isto é, no intervalo contido dentro de balizas complacentes.

Seria absurdo e afrontoso à inteligência supor que a Constituição estabeleceu mecanismos tão cautelosos para defesa de valores ciosamente postos a bom recato, os quais, entretanto, seriam facilmente reduzidos a nada, graças ao expediente singelo das delegações procedidas indiretamente.

[...]

Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede *quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento do direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição*. Ocorre, mais evidentemente, quando a lei faculta ao regulamento determinar obrigações, deveres, limitações ou restrições que já não estejam previamente definidos e estabelecidos na própria lei. Em suma: quando se faculta ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica. E inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada³⁴.

Ainda de acordo com Bandeira de Mello (1998), tal procedimento inconstitucional, abusivo e escandaloso, já foi flagrantemente realizado no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando o desinteresse dos legisladores na manutenção de suas competências, o desapareço à CR/88 e a indiferença aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos³⁵.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 212-213.

³⁵ Parece ser que se utilizou o conceito italiano de regulamentos autorizados (antes conhecidos como regulamentos delegados), para instituir tal prática. Contudo, Landi e Potenza (1997) previam que: “*in ogni caso poi la delega regolamentare non pare possa trasferire la competenza definitivamente dal potere legislativo all’esecutivo; quindi le successive modificazioni del regolamento delegato dovrebbero essere riservate alla*

Desse modo, diversas leis que outorgam “a órgãos colegiais do Executivo – como ao Conselho Monetário Nacional, por exemplo – o poder de expedir decisões (“resoluções”) cujo conteúdo só pode ser o de lei”³⁶, manifestaram-se em alguns artigos de determinadas normas e não na integralidade dos mesmos diplomas. Por meio de tais artigos, escancarou-se ao Poder Executivo o caminho para legislar, “inconstitucionalmente, por via de regulamentos, abrigado no conforto de dispositivos nulos”³⁷. Independentemente da forma como tal delegação foi apresentada, genérica ou restritivamente, ostensiva ou disfarçadamente, na inteireza ou em incidente particular da lei, cabe ao Poder Judiciário “– como guardião do Direito – fulminar a norma que delegou e a norma produzida por delegação”³⁸. Por sua vez, o próprio art. 25 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) confirmou os diversos abusos deflagrados antes da CR/88 e “representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir”³⁹.

Nessa perspectiva, o Decreto n.º 5.773/06 é o responsável pelos procedimentos de credenciamento de cursos superiores, a transferência de mantença, estatutos e regimentos de IES, autorização de cursos de graduação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores, normas e critérios para supervisão da educação superior do sistema federal de ensino. Como foi dito anteriormente, a Lei n.º 9.131/95, anterior à LDB, aparenta respaldar o Decreto n.º 5.773/06, em conformidade com seu art. 1.º, que modificou o art. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei n.º 4.024/61. Da mesma forma, o art. 14 Lei n.º 10.861/04 dispõe: “o Ministro de Estado da Educação regulamentará os procedimentos de avaliação do SINAES”⁴⁰.

Em conformidade com a teoria da delegação legislativa disfarçada de Pontes de Miranda (1967) e Bandeira de Mello (1998), ora estudada,

legge” (LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo* – ob. cit., 1997, p. 44, nota 60), o que não acontece no Brasil.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 214.

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ *Ibidem, et seq.*

⁴⁰ BRASIL, 2004, art. 14.

os citados comandos legais implicariam usurpação de competência constitucional, já que facultam ao ato administrativo normativo inovar a ordem jurídica, introduzindo direitos e obrigações inexistentes na lei regulamentada. Ainda porque o processo de formulação de leis, também analisado, é competência do Poder Legislativo e não do Executivo, ressalvadas algumas hipóteses legais⁴¹. Assim, os verbos “deliberar”, constante nas alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, do art. 9.º, § 2.º, Lei n.º 4.024/61, e o “regulamentará”, presente no art. 14 Lei do SINAES, podem ser entendidos como uma delegação disfarçada de atribuição legislativa à CES do CNE e ao Ministro da Educação, respectivamente.

Sem embargo, não se aplica a teoria da delegação legislativa disfarçada aos atos administrativos normativos de procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento, estando amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro os arts. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei n.º 4.024/61; 8.º, § 1.º, 9.º, § 1.º, LDB; 14 Lei do SINAES e o Decreto n.º 5.773/06, salvo seus §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63⁴². A referida declaração baseia-se nos seguintes fundamentos jurídicos:

⁴¹ Seriam as leis delegadas e as medidas provisórias, em conformidade com os arts. 59 e seguintes CR/88.

⁴² Destaca-se que o § 3.º, do art. 10 Lei n.º 10.861/04, prevê que, nos periódicos processos avaliativos de IES, as penalidades serão impostas pelo órgão competente do MEC, ou seja, pela Secretaria de Educação Superior (SESu), por meio de seu Departamento de Supervisão do Ensino Superior, pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica (SETEC) ou pela Secretaria de Educação a Distância (SEED), conforme o caso, prévia oitiva da CES do CNE. Além disso, o § 4.º, do art. 10, da mesma Lei do SINAES, estabelece que o recurso administrativo contra a decisão que sancionar a IES, com as penalidades previstas em lei, será analisado em seu mérito pelo Ministro de Estado da Educação. De modo que o procedimento administrativo para aplicação de penalidades nos processos avaliativos do SINAES, em virtude do descumprimento de protocolos de compromisso, contido nos §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06, é distinto do estabelecido pelos §§ 3.º e 4.º, do art. 10 Lei n.º 10.861/04, embora o existente no decreto pareça ser mais adequado à realidade da educação superior brasileira, posto que dá continuidade à tradição jurídica, instituída pelo art. 2.º Lei n.º 9.131/95, isto é, a necessidade de homologação ministerial de todas as decisões administrativas finais do CNE. Com isso e no tema em questão, existem três distinções entre a Lei do SINAES e o Decreto n.º 5.773/06: a competência para proferir a decisão sobre a penalidade (na Lei n.º 10.861/04 seria do Secretário pertinente, mediante parecer do CNE, enquanto no Decreto n.º 5.773/06 seria do CNE,

prévio parecer do Secretário), a competência para se julgar o recurso administrativo (na Lei n.º 10.861/04 seria do Ministro da Educação, enquanto no Decreto n.º 5.773/06 seria do Conselho Pleno do CNE) e a prescindibilidade ou não da homologação final do Ministro de Estado da Educação (na Lei n.º 10.861/04 não haveria necessidade de homologação, porque o Ministro da Educação julgaria o recurso administrativo, enquanto no Decreto n.º 5.773/06 seria indispensável a homologação da decisão administrativa final do CNE, por parte do mesmo Ministro, após a análise dos eventuais recursos administrativos, se interpostos). Se o legislador federal pretendesse que o Conselho Pleno do CNE julgasse os recursos administrativos contra as decisões que impusessem penalidades às IES e que a resolução final fosse homologada pelo Ministro da Educação, ele o teria feito. Em sentido oposto, o Poder Legislativo foi expresso na indicação do Ministro de Estado da Educação como a última instância recursal no processo administrativo para aplicação de sanções, o que não é compatível com a pretensão dos §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06. Mesmo que se alegue a teoria da antinomia jurídica própria [A antinomia acontece quando normas diferentes regulamentam situação jurídica idêntica de modo diverso. Para que exista antinomia, duas condições são indispensáveis: que as normas estejam contidas no mesmo ordenamento jurídico e que possuam o mesmo âmbito de validade. Não por demais, cabe ressaltar os critérios para sua solução: “I) hierárquico (*lex superior derogat inferiori*) (art. 102, incisos I, alínea “a”, e III, CR/88); II) cronológico (*lex posterior derogat priori*) (art. 2.º, § 1.º, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto-lei n.º 4.657/42 – LICC); e, III) da especialidade (*lex specialis derogat generalis*)” (art. 2.º, § 2.º, LICC) (NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 75-76)] entre o art. 2.º Lei n.º 9.131/95 e os §§ 3.º e 4.º, do art. 10 Lei n.º 10.861/04, não seria possível justificar a validade dos §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06. O critério hierárquico não é suficiente para a hipótese em comento, pois as duas normas possuem natureza jurídica de leis federais ordinárias. O cronológico tampouco poderia ser utilizado, já que acarretaria a derrogação do art. 2.º Lei n.º 9.131/95, o que não seria adequado ao ordenamento jurídico educacional, por deixar sem normatização as outras deliberações do CNE que necessitam de homologação do Ministro de Estado da Educação. Encontram-se entre elas as próprias deliberações normativas sobre os procedimentos de credenciamento, recredenciamento de IES, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores. Dessa forma, o critério da especialidade é o único aceitável para resolver essa antinomia. Inicialmente, porque a Lei n.º 10.861/04 é norma específica vigente para o sistema nacional de avaliação da educação superior, aplicável ao sistema federal de ensino, prevalecendo os §§ 3.º e 4.º, do art. 10 Lei n.º 10.861/04, sem prejuízo da aplicação plena do art. 2.º, *caput* e seu parágrafo único, Lei n.º 9.131/95, com redação dada pela Lei n.º 9.649/98, na qualidade de norma geral para todas as demais deliberações do CNE. Como consequência, o Decreto n.º 5.773/06, na qualidade de ato administrativo normativo, não pode ser oposto à Lei n.º 10.861/04, mesmo sob o pretexto de lhe regulamentar, já que a última é uma lei ordinária, aprovada pelo Congresso Nacional, sendo hierarquicamente superior.

3.1. *Fundamentos Constitucionais Auto-Applicáveis*

Primeiramente, os comandos constitucionais existentes nos arts. 206, inciso VII, e 209, inciso II, CR/88, são normas auto-aplicáveis de eficácia plena⁴³, ensejando o cumprimento integral das mesmas pelas IES brasileiras, sem qualquer exceção⁴⁴. Ademais, o art. 211, § 1.º,

⁴³ Em sentido equivalente RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 177.

⁴⁴ Cabe esclarecer que Silva (2002) apresenta uma tradicional classificação das normas constitucionais, tendo em vista a sua aplicabilidade. Com isso, classificam-se em normas constitucionais de eficácia plena, pois se aplicam e produzem efeitos essenciais desde a entrada em vigor da CR/88, integral e imediatamente, já que o legislador constituinte pretendeu regular, direta e normativamente, tais situações, como, por exemplo, o art. 13 CR/88. As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, apesar de possuírem aplicação imediata e direta, podem ser restringidas por leis infraconstitucionais e, por isso, possuem aplicação não integral, pois deixam competência redutível discricionária ao Poder Público, nos termos de tais regras (art. 5.º, inciso XIII, CR/88). As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida são as que se aplicam de modo indireto e mediato, reduzindo sua incidência a interesses somente quando se editar outras normas que regulamentem sua aplicabilidade (art. 37, inciso VII, CR/88). As mesmas se subdividem em normas de princípio institutivo ou organizativo, que definem e orientam a criação de instituições jurídicas (como, por exemplo, a formação de novos Estados membros, através de plebiscito e lei complementar), cujo conteúdo é simplesmente regulativo (esquemas gerais) e indicam lei ulterior para lhes completar a eficácia e dar aplicação efetiva, e normas de princípio programático. Assim, Silva (2002) explica que norma de conteúdo programático é uma espécie de norma de eficácia limitada, cuja aplicação plena depende de legislação futura que lhe integre eficácia e dê capacidade de execução, regulamentando como serão promovidos os interesses visados. Assim, mostra que a norma programática informa a concepção do Estado, inspira a sua ordenação jurídica, constitui sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas e condiciona a atividade discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário, estabelecendo obrigações de resultado e princípios a serem respeitados. Para se aprofundar no tema da aplicabilidade das normas constitucionais, ver SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 81-164. Destaca-se, ainda, que existem outras classificações quanto à aplicabilidade das normas constitucionais (como, por exemplo, DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 109-116: normas supereficazes ou com eficácia absoluta, normas com eficácia plena, normas com eficácia relativa restringível e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa), mas que será adotada, para fins deste estudo, a teoria de Silva (2002).

CR/88, na parte relacionada com a garantia do padrão de qualidade, também possui auto-aplicabilidade, em virtude da função supletiva e de assistência técnica da União aos demais entes federados. Assim, Silva (2002) explica que tais normas produzem efeitos essenciais e são aplicáveis, imediata e integralmente, desde a vigência inicial da CR/88, pois o constituinte originário regulou, direta e normativamente, a garantia do padrão de qualidade no ensino e a sua avaliação qualitativa pelo Poder Público.

De forma que, em sede das limitações jurídicas do ato administrativo normativo, o próprio Bandeira de Mello (1998) apresentou uma ressalva à regra geral, qual seja, a possibilidade do regulamento consistir em providência jurídica complementar da CR/88, para lhe dar cumprimento, de maneira estritamente vinculada. Nesse sentido, o ato administrativo normativo:

[...] consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Com isto diferencia-se o ato administrativo da lei. É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionalíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso atípico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que

Salienta-se, ainda, a classificação portuguesa de normas preceptivas, normas programáticas, normas auto-exequíveis e normas hetero-exequíveis, que acaba por conduzir à trilogia de normas constitucionais: 1. preceptivas auto-exequíveis, preceptivas hetero-exequíveis e programáticas (sempre hetero-exequíveis) (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. tomo II, p. 243-250; no mesmo sentido, GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. vol. I, p. 708-712). Miranda (1996) apresenta a semelhança entre as classificações brasileira e portuguesa quando menciona: “Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva correspondem às normas exequíveis de que acabámos de falar, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem *grosso modo* às normas preceptivas não exequíveis e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem, embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional* – ob. cit., 1996, p. 249).

a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada; [...]⁴⁵.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 232, em sentido equivalente JESCH, Dietrich. *Ley y administración* – ob. cit., 1978, p. 236; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade* – ob. cit., 1987, p. 173 e MIRANDA, Jorge. *Sobre a reserva constitucional da função legislativa* – ob. cit., 1997, p. 889, item 08. Para um maior desenvolvimento, ver JESCH, Dietrich. *Ley y administración* – ob. cit., 1978, p. 220, 236 e 244; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo* – ob. cit., 1976, p. 421-427; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade* – ob. cit., 1987, p. 156 e 163, nota 383; CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* – ob. cit., 1987, p. 204-236 e OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública* – ob. cit., 2003, p. 147-191, 198-199 e 733-743. Correia (1987) sintetiza que, no ordenamento jurídico português, “o poder da Assembléa da República de apreciar os decretos-leis para eventualmente os alterar ou lhes recusar ratificação não é um poder de natureza legislativa mas sim de natureza fiscalizadora. Ao emitir por decreto regulamentar normas de regulamentação primária ou inicial de certa matéria, o Governo não priva a Assembléa de um poder de co-decisão no procedimento legislativo do decreto-lei que de outro modo daria forma àquela regulamentação. Não se verifica assim ofensa do princípio democrático na medida em que se não cerceia com aquela prática o âmbito da função legislativa da assembléa representativa de todos os portugueses” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* – ob. cit., 1987, p. 220). Em sentido diverso, ao interpretar o art. 112.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, Amaral (2001) não admite a emissão de regulamentos independentes diretamente amparados na Constituição, sob o fundamento da necessidade de existência de lei infraconstitucional anterior. Ele outorga interpretação restritiva ao citado preceito constitucional português, já que “deve entender-se que só pode haver regulamentos independentes se uma lei expressamente habilitar certo órgão administrativo (competência subjectiva) a fazer um regulamento sobre certa matéria administrativa (competência objectiva) – entre a Constituição e o regulamento independente tem de estar sempre o legislador (*interpositio legislatoris*)” (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 2001, p. 183; no mesmo sentido CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* – ob. cit., 2003, p. 838-841 e MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamentação* – ob. cit., 2002, p. 1010-1014 e 1144; também no ordenamento jurídico espanhol, ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* – ob. cit., 2002, p. 236-238). Todavia, tais autores (2001; 2003; 2002; 2002) não analisam a questão da aplicabilidade da norma constitucional regulamentada, motivo pelo qual padecem de razão suas teorias. Com isso, se a norma constitucional for classificada como de eficácia plena, auto-executiva ou preceptiva auto-exequível, ela autoriza a

De forma mais precisa, Otero (2003) explicita a quebra do mito da onipotência do ordenamento infraconstitucional para a Administração Pública, segundo alguns critérios, entre os quais a substituição da lei federal pela CR/88:

Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da consequente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.

Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas. Compreende-se, neste preciso sentido, que se afirme, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição.

Como já foi sublinhado, em comentário à nossa posição defendida em anterior estudo, a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição.

Uma tal substituição da lei pela Constituição, transformando esta última em fundamento do agir administrativo, encontra duas principais áreas de incidência:

- (a) A Constituição como norma directa e imediatamente habilitadora de competência administrativa;

expedição de atos administrativos normativos directamente amparados na própria CR/88. Ademais, no caso em tela, existem habilitações infraconstitucionais ao Decreto n.º 5.773/06, como se verá no próximo apartado.

- (b) A Constituição como critério imediato de decisão administrativa⁴⁶.

Desse modo, os procedimentos de autorização, reconhecimento, credenciamento e suas respectivas renovações, regulamentados por meio do poder normativo do Presidente da República, que expediu o Decreto n.º 5.773/06, derivam e explicitam a própria CR/88⁴⁷, posto que são providências jurídicas complementares dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88⁴⁸, que concedem habilitações regulamentares globais⁴⁹. Com isso:

Superioridade que é corolário da rigidez da constituição, conceituada como imutabilidade relativa ou estabilidade das regras constitucionais. Disso defluiu a distinção entre normas constitucionais, normas complementares e normas ordinárias, mas tal não implica declarar que todas as normas constitucionais se acham inscritas num documento solene e rígido. Muitas existem fora dele. Basta a obser-

⁴⁶ OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública* – ob. cit., 2003, p. 735.

⁴⁷ Excetua-se os §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06, como mencionado anteriormente.

⁴⁸ Em sentido equivalente ao analisar as funções normativas do CNE, pois “plaina, em conjunto com os outros princípios do art. 206 da CF/88, o inciso VII que determina a *garantia de padrão de qualidade*. O art. 211, § 1.º, reafirma o *padrão mínimo de qualidade* como competência abrangente sob a direção da União” (CURY, Carlos Roberto Jamil. *Conselhos de Educação: fundamentos e funções*. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAAE)*, Porto Alegre: ANPAE, v. 22, n.º 1, p. 41-67, jan./jun. 2006, p. 44).

⁴⁹ Utiliza-se a terminologia empregada por Jesch (1978), de habilitação global, como no presente caso, e de habilitação específica, pois “*cuando cualquier apoderamiento, tan amplio en cuanto al contenido y tan ilimitado en cuanto a la materia, es suficiente para satisfacer el requisito de la reserva, existe un apoderamiento global; si, por el contrario, se somete la ley apoderante a ciertos requisitos en cuanto al contenido, decimos que existe la necesidad de apoderamientos especificados*” (JESCH, Dietrich. *Ley y administración* – ob. cit., 1978, p. 44). Portanto, “*cabe pensar, naturalmente que el apoderamiento del Ejecutivo no esté contenido en una ley especial, sino en la propia constitución. Se trata, en general, de apoderamientos globales o de fines generales del Estado; en tales casos se suscita la cuestión de la forma del apoderamiento, es decir, sobre todo, la cuestión de la determinación y delimitación de un tal precepto. Sin embargo, no es éste un problema especialmente referido a la constitución, sino que afecta igualmente a cualesquiera otros apoderamientos legales*” (*Idem*, p. 236).

vação, hoje admitida pela doutrina unânime dos autores, da especial relevância dos costumes e usos constitucionais, de eficácia bem mais acentuada do que a das normas escritas e, muitas vezes, a despeito, mesmo, das normas escritas⁵⁰.

Nesses dispositivos constitucionais, o comportamento da Administração Pública foi completamente descrito, vinculando as políticas públicas à garantia do padrão de qualidade no ensino superior, seja ele público ou privado⁵¹. Por fim, Teixeira (1991) explica que regulamentar uma norma constitucional é complementá-la, instituindo órgãos, autoridades, processos ou regras jurídicas indispensáveis à sua total efetividade.

3.2. *Fundamentos Infraconstitucionais*

O art. 209, *caput* e seu inciso I, CR/88 são normas constitucionais de eficácia contida. Detêm aplicação imediata e direta, mas não integral, porque permitem que a Administração Pública exerça competência redutível discricionária⁵², nos termos da conceituação de Silva (2002). De maneira que um dos requisitos da outorga de autorização à iniciativa privada, para fins de atuação no ensino, é o cumprimento integral das normas gerais educacionais.

Mesmo com o advento da CR/88, em sua redação originária, e do art. 25 ADCT que, “de um lado, vale como confirmação de que

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais* – ob. cit., 2002, p. 42.

⁵¹ Alerta-se que “o desenvolvimento da parte material da Constituição e do controle jurisdicional da constitucionalidade das normas atenuou, pelo menos, os perigos que para o Estado de Direito democrático podem advir da criação pelo Governo de actos legislativos e de regulamentos com cobertura constitucional directa” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* – ob. cit., 1987, p. 236). Para aprofundamentos neste tema, ver QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo* – ob. cit., 1976, p. 489-510 e OCAÑA, Luis Morell. *Curso de derecho administrativo: el derecho administrativo y sus fuentes; la organización administrativa y sus medios*. 4. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999. tomo I, p. 116-126.

⁵² Podem ser restringidas por leis infraconstitucionais.

foram inúmeros os abusos, de outro, representa a expressão clara de que não se deseja mais neles reincidir”⁵³, a aprovação das Emendas Constitucionais (ECs) n.º 8/95, 9/95, 19/98 e 32/01 e de sucessivas leis federais, mostrou tendência legislativa completamente oposta ao posicionamento de Bandeira de Mello (1998) e do constituinte originário, favorável ao estabelecimento de poderes normativos mais amplos a determinados órgãos e, inclusive, ao regulamento autônomo. Dessa forma:

[...] a lei ou o decreto-lei que confrim competência objectiva para a emissão de decretos regulamentares independentes não estão vinculados à especificação de princípios, directivas ou critérios que devam presidir à estatuição normativa da disciplina da matéria a que se reportam. Podem, no entanto, fazê-la⁵⁴.

Assim, chama a atenção que, a exemplo dos órgãos reguladores que também possuem competência normativa, houve a aprovação de leis específicas, outorgando função regulamentar ao CNE e ao Ministro de Estado da Educação (Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 – Plano Nacional de Educação, PNE – e 10.861/04⁵⁵), já na vigência da

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 214.

⁵⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* – ob. cit., 1987, p. 247.

⁵⁵ As referidas leis federais são exemplos brasileiros precisos da autorizada remissão normativa da doutrina espanhola (ver ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* – ob. cit., 2002, p. 268-275), já que “*en la remisión normativa se producen, pues, dos fenómenos distintos: de un lado, la Ley delegante remite a un Reglamento para completar su propia regulación; por otro, la propia Ley delegante atribuye a la vez a la Administración la potestad de dictar dicho Reglamento. Con esto último nos oponemos a la teoría francesa predominante, que habla de que estas cláusulas delegativas, en el supuesto de Reglamentos ejecutivos de las Leyes, hay que explicarlas como una <<invitación>> que el Legislativo hace al Ejecutivo para que éste utilice su poder reglamentario propio. Que el poder desarrollado en la norma delegada es siempre un poder propio de la Administración, el poder reglamentario, y no un poder supuestamente transferido por el legislativo, ya lo hemos justificado como una nota común a la figura general de la delegación; pero eso no quiere decir que la Ley delegante sea un simple recuerdo amistoso de algo que la Administración podría hacer sin tal Ley, una mera <<invitación>> cortés.*

CR/88, o que cumpre com o princípio da legalidade (art. 5.º, inciso II, CR/88)⁵⁶. Destaca-se que a Lei n.º 9.131/95 é anterior a todas as leis federais que atribuíram função normativa às agências reguladoras⁵⁷, após a promulgação da CR/88, podendo ser considerada a primeira de muitas outras⁵⁸, o que inaugurou um regime jurídico próprio para

*Como en todo el fenómeno de la delegación legislativa, hay aquí una ampliación del ámbito propio de la potestad reglamentaria. Ello es perfectamente claro siempre que se trate de abrirle una materia reservada a la Ley, como es lo común, pero aun también es visible en la hipótesis de Leyes que se produzcan en el ámbito donde la potestad reglamentaria tiene su campo natural, pues se trata de requerir a un Reglamento para que complemente la Ley y, por consiguiente, para que la aplicación de la Ley quede eventualmente enmarcada y condicionada por una serie de preceptos reglamentarios que necesariamente implican un novum mayor o menor (si el novum no existiese, el Reglamento sería ocioso, como se comprende). Por ello, y así lo acredita la práctica legislativa constante de confiar a la Administración las disposiciones ejecutivas de una Ley, no puede sostenerse que aun lege silente la Administración cuente siempre con la posibilidad de dictar Reglamentos de las Leyes, de interferir entre éstas y su aplicación una instancia normativa distinta; a lo sumo podrá inferirse como mucho un apoderamiento tácito [...] del conjunto normativo, o la posibilidad de un desarrollo reglamentario en cuanto a los aspectos administrativos internos (organización, procedimiento), pero no a los propiamente normativos” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* – ob. cit., 2002, p. 269-270).*

⁵⁶ Canotilho (2003) analisa esta situação quando menciona, no ordenamento jurídico português, que “a lei constitucional autoriza ainda, como se assinalou já, a emanação de **regulamentos independentes** (cfr., precisamente, art. 112.º /7), ou seja, aqueles em que a lei (existe sempre a vinculação positiva da administração) se limita a indicar a autoridade que poderá ou deverá emanar o regulamento e a matéria sobre que versa. Quer dizer: basta uma autorização específica da lei, embora esta se abstenha de explicitar o conteúdo do acto regulamentar” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição* – ob. cit., 2003, p. 838; em sentido equivalente MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento* – ob. cit., 2002, p. 1010-1014 e 1144).

⁵⁷ De acordo com Di Pietro (2004) e com uma análise meramente cronológica.

⁵⁸ Citam-se a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei n.º 9.472/96), a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei n.º 9.478/97), a Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei n.º 9.427/96), a Agência Nacional de Águas – ANA (Lei n.º 9.984/00), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Lei n.º 9.782/99) e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei n.º 9.961/00), todas elas com função normativa, respeitando-se sempre o princípio da legalidade. Ressalva à Comissão de Valores Mobiliários, ao Conselho Monetário Nacional – Lei n.º 6.385/76 – e ao Conselho Nacional de Petróleo – Decreto-lei n.º 538/38, que foram anteriores à CR/88.

tais órgãos, entre eles o CNE⁵⁹. Coloca-se de manifesto, ainda, que algumas agências reguladoras estavam ligadas a concessões de serviço público, o que também pode ser aplicado, analogicamente, ao ensino fornecido pelo segmento particular, posto que a oferta de ensino pelo setor privado “é, pois, um serviço público autorizado, cuja consequência maior, aliás posta em lei, é o respeito às normas gerais da educação e avaliação de qualidade, de acordo com o art. 209 da Constituição e art. 7.º da LDB”⁶⁰.

Com isso e relembrando Ranieri (2000), as inovações da EC n.º 19/98 não modificaram o modo de emprego do poder regulamentar pelo Estado, mas o ampliaram e, em função da nova tendência, foram aprovadas as Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04. As citadas leis federais, de iniciativa da Presidência da República, em virtude de sua competência constitucional para instituição de normas gerais (arts. 22, inciso XXIV, e 24, inciso IX, CR/88), tramitaram no Congresso Nacional regularmente, segundo o procedimento legislativo ordinário, e foram aprovadas. Não por demais, são respaldadas diretamente pelos dispositivos constitucionais auto-aplicáveis, contidos nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88, sendo, portanto, plenamente constitucionais tais normas originárias⁶¹.

⁵⁹ Em sentido equivalente, Ranieri (2000) ao mencionar que “há ainda a possibilidade de os Conselhos de Educação, órgãos normativos e fiscalizadores do sistema educacional, serem qualificados como agências reguladoras mediante a lei” (RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 229).

⁶⁰ CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira – ob. cit., 2005b, p. 26; no mesmo sentido CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil: a participação do setor público e da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBPAAE)*, Brasília, v. 13, n.º 1, p. 39-69, jan./jun. 1997b, p. 60-61 e CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). *Universidade em questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. vol. 1, p. 474-475.

⁶¹ Referência expressa às habilitações concedidas pelas Leis n.º 9.131/95, 9.394/96 e 10.861/04. Amaral (2001), ao analisar os fundamentos prático, histórico e jurídico do poder regulamentar, explica que: “no *Estado Social de Direito*, o fundamento jurídico do poder regulamentar reside na Constituição e na lei, em homenagem ao princípio da legalidade, na sua versão actual. Há, porém, que não confundir duas coisas (e isto vale sobretudo para a nossa ordem jurídica): uma é o fundamento do poder regulamentar em *geral*, e este radica na Constituição, dizendo-se, por isso, que o poder regulamentar não deriva da lei, antes assenta originariamente na própria Constituição; outra é

Logo, cumpre-se a regra geral do ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a existência de ato administrativo normativo executivo (Decreto n.º 5.773/06), subordinado à norma originária prévia, quais sejam os arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88 e as Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04⁶².

3.3. Ato Administrativo Normativo Autônomo ou Independente

Caso sejam superadas as argumentações supramencionadas, o Decreto n.º 5.773/06 deve ser considerado um ato administrativo

o fundamento de *cada regulamento em particular*, através da exigência de lei prévia para o exercício do poder regulamentar, dizendo-se por isso que se a lei não cria o poder regulamentar, desempenha a função de habilitação legal necessária para se dar cumprimento ao princípio da primariedade ou da precedência de lei” (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 2001, p. 175-176).

⁶² Enterría e Fernández (2002) explicitam os limites do poder regulamentar na remissão normativa, nos seguintes termos: “*hay que decir que no puede aceptarse en principio cualquier contenido de la norma remitida. Esto no invalida la técnica remisoría en cuanto expresión de un reenvío formal; lo que ocurre es que el marco sistemático de la remisión es el <<desarrollo>> y <<ejecución>> de la Ley, concepto jurídico indeterminado, pero determinable en cada caso concreto mediante un proceso de interpretación legal. Será así posible precisar si el Reglamento complementa la Ley en el sentido por ésta deseado, o, más bien, la infringe abiertamente. También será posible determinar si, aun sin una infracción abierta de la Ley, el Reglamento ejecutivo se excede de la remisión poniendo en pie normas que no son necesarias para la realización de las disposiciones de la Ley. El Reglamento ejecutivo debe ser siempre y solamente (conforme ha precisado la doctrina francesa) el complemento indispensable de la Ley que desarrolla, y esto en el doble sentido siguiente: por un lado, el Reglamento ejecutivo debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la Ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar esos fines (sólo lo indispensable). Esta doble virtualidad, positiva y negativa, del criterio del complemento indispensable sólo puede ser debidamente precisada en función de las circunstancias del caso concreto*” (ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo* – ob. cit., 2002, p. 273-274). O citado âmbito de aplicação é compatível com as remissões legislativas das Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04 à manutenção plena do padrão de qualidade na educação superior (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88), repita-se.

normativo autônomo ou independente⁶³, ressalvados os seus ilegais §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63, conforme explicação anterior.

O art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88, com redação dada pela EC n.º 32/01, passou a admitir o decreto regulamentar autônomo com fins de organização da administração federal⁶⁴. Segundo o referido dispositivo constitucional:

⁶³ Caetano (1977), Abreu (1987), Amaral (2001) e Di Pietro (2004) admitem dois tipos de atos administrativos normativos: o executivo e o independente ou autônomo, em função de sua relação com a regra preexistente. O executivo explicita a lei e se limita a criar regras sobre o modo de cumprimento da mesma pela Administração Pública, em conformidade com os arts. 84, inciso IV, e 87, inciso II, CR/88, garantindo o “fiel” cumprimento da norma originária. Dessa maneira, não é possível, por meio de regulamento executivo, expedir normas contrárias ou que ultrapassem os limites da lei originária, ou seja, que inovem o ordenamento jurídico, estabelecendo direitos, obrigações ou sanções, pois, pelo princípio da anterioridade legal, previsto no art. 5.º, inciso II, CR/88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). O autônomo ou independente inova o ordenamento jurídico, já que introduz regras não estabelecidas previamente em lei, não completando ou desenvolvendo a norma originária. No direito brasileiro, a CR/88 limitou o poder normativo do Executivo, evitando a existência de regulamentos autônomos, pelo menos até a aprovação das ECs n.º 19/98 e 32/01. Para detalhamento em tal classificação, verificar QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo* – ob. cit., 1976, p. 420-427; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade* – ob. cit., 1987, p. 48-84; CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 98 e 100-103; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo* – ob. cit., 1998, p. 303-306; OCAÑA, Luis Morell. *Curso de derecho administrativo* – ob. cit., 1999, p. 106-109; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – ob. cit., 2004, p. 87-89 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* – ob. cit., 1997a, p. 112-113 e 162-164.

⁶⁴ Tal fato ocorreu em virtude da redação dada ao art. 84, inciso VI, CR/88, pela EC n.º 32/01, isto é: “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (BRASIL, 1988). Dessa forma, criou-se a possibilidade de decreto regulamentar autônomo para a organização e funcionamento da administração federal (com efeitos internos), mediante expressa previsão na própria CR/88, já que a antiga redação do referido dispositivo era: “VI – dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei;” (BRASIL, 1988). Salienta-se que a alínea “b”, “não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria” (DI PIETRO, Maria Sylvia

Art. 84 CR/88 – Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI – dispor, mediante decreto, sobre (Redação dada pela EC n.º 32/01):

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos (Incluída pela EC n.º 32/01);

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações⁶⁵.

O Decreto n.º 5.773/06 está inserto nos parâmetros constitucionais do art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88⁶⁶, já que o primeiro “dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino”⁶⁷.

No conceito de administração federal está também englobado o sistema federal de ensino, porque ele inclui as IES, mantidas pela União, pela iniciativa privada e pelos órgãos federais de educação, em conformidade com o art. 16 LDB. Além disso, já foi explicitada, algumas vezes, neste trabalho, a natureza jurídica do ensino fornecido pela iniciativa privada, ou seja, a de “serviço público autorizado”⁶⁸, o que demonstra a sua vinculação à União.

Zanella. *Direito administrativo* – ob. cit., 2004, p. 89). Instituiu-se, então, o regulamento autônomo no ordenamento brasileiro, por força das ECs n.º 19/98 e 32/01, principalmente nos arts. 51, inciso IV, 52, inciso XIII, 84, inciso VI, alínea “a”, e 96, inciso I, alínea “b”, todos da CR/88.

⁶⁵ BRASIL, 1988, art. 84, inciso VI, alínea “a”.

⁶⁶ Exceto os §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06.

⁶⁷ BRASIL, 2006, Decreto n.º 5.773/06.

⁶⁸ Nesse sentido CURY, Carlos Roberto Jamil. *Evolução da educação superior no Brasil* – ob. cit., 1997b, p. 60-61; CURY, Carlos Roberto Jamil. *Educação superior* – ob. cit., 2003, p. 474-475 e CURY, Carlos Roberto Jamil. *O Público e o privado na história da educação brasileira* – ob. cit., 2005b, p. 26.

Ao se inserir o ensino superior público federal e o particular na administração federal, as funções de regulação, supervisão e avaliação podem ser consideradas como matérias de organização e funcionamento⁶⁹, isto é, incluídas no poder regulamentar autônomo da Presidência da República⁷⁰, por força do mencionado art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88, com redação dada pela EC n.º 32/01⁷¹. Salienta-se que

⁶⁹ Para Amaral (2001), os atos administrativos normativos também se subdividem em virtude de sua eficácia, em regulamentos internos e externos. Os primeiros somente produzem efeitos no interior da Administração Pública que o expediu, enquanto os segundos geram “efeitos jurídicos em relação a outros sujeitos de direito diferentes, isto é, em relação a outras pessoas colectivas públicas ou em relação a particulares” (AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 2001, p. 163; no mesmo sentido QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo* – ob. cit., 1976, p. 416-420 e ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade* – ob. cit., 1987, p. 47 e 95-120). Destaca-se que, com referência ao princípio da reserva da lei, “os regulamentos internos, embora possam apoiar-se em actos legislativos, não têm necessariamente de neles se fundar” (*Idem*, p. 175). Tal classificação decorre da antiga e superada diferenciação entre regulamentos de direito ou jurídicos e os regulamentos administrativos, criada pela doutrina alemã e demonstrada em Forsthoﬀ (1969) e Jesch (1978). Assim, entendia-se que apenas os regulamentos relacionais possuíam índole jurídica relevante, enquanto os internos, de organização e funcionamento, não (FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Tradução por FROMONT, Michel. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1969, p. 217-231). Nesse sentido, “*el concepto del Derecho nacido bajo la Monarquía constitucional alemana, y que aún hoy sigue ejerciendo su influencia, limitaba el ámbito del Derecho a las relaciones entre ciudadano y ciudadano, como igualmente entre Estado y ciudadano (súbdito). En cambio no pertenecían al Derecho las relaciones comprendidas dentro del ámbito interno del propio Estado, las cuales caían en la esfera del No-Derecho. Dicha esfera abarcaba sobre todo las llamadas relaciones de sujeción especial y una parte de las normas de organización*” (JESCH, Dietrich. *Ley y administración* – ob. cit., 1978, p. 21-22 e 263-272).

⁷⁰ De igual maneira, “é ponto assente que a relação de ensino se desenvolve no interior de um estabelecimento específico e que tem sido apresentada pela doutrina como um caso particular da <<relação especial de poder>>, retomando o que é tradicional na doutrina alemã. À moda de O. Mayer, como se viu, a situação do aluno começou por ser apresentada como a de um utente de um estabelecimento (*Anstalt*) com todas as consequências daí decorrentes para a limitação dos seus direitos. [...] A tradição alemã é desde o passado século no sentido de o ensino ser globalmente considerado como uma tarefa do estado” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento* – ob. cit., 2002, p. 454).

⁷¹ Sobre o estabelecimento de obrigações ou restrições a particulares, em função de atos administrativos normativos independentes, Correia (1987) leciona que “não

os procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento e suas renovações, previstos, atualmente, no Decreto n.º 5.773/06, não ensejaram aumento nas despesas e muito menos a criação ou extinção de órgãos públicos, posto que mantiveram a estrutura pré-existente, antes mesmo da expedição do ato administrativo normativo em tela.

Não por demais, é preciso ressaltar o conteúdo do parágrafo único, do mesmo art. 84 CR/88, que prevê a possibilidade de delegação do poder normativo independente do Presidente da República aos Ministros de Estado, entre eles o Ministro da Educação. A interpretação extensiva⁷² ora apresentada, acrescida dos conteúdos normativos dos arts. 84, parágrafo único, CR/88, e 2.º, *caput* e seu parágrafo único⁷³, Lei n.º 9.131/95 acabam por resguardar as competências da CES do CNE e do Ministro da Educação, mediante ato administrativo autônomo e composto, delegado pelo Presidente da República⁷⁴ (apesar

parece que se possa considerar como vigente no nosso ordenamento jurídico contemporâneo qualquer princípio geral de direito constitucional ou de direito administrativo que alargue as reservas de acto legislativo expressas na Constituição por modo a excluir a fixação em decreto regulamentar da competência do Governo ou de outros órgãos da Administração para a prática de actos ablativos. Pelas razões já expostas, não faria aliás sentido manter uma reserva centrada sobre a previsão em regulamento independente da criação de situações jurídicas subjectivas passivas e da restrição de situações jurídicas subjectivas activas, quando o conteúdo social do Estado de Direito conduz, no nosso País como em muitos outros, à frequente indissociabilidade de encargos e benefícios e à crescente relevância das prestações sociais para a protecção da dignidade da esfera individual” (CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos* – ob. cit., 1987, p. 250).

⁷² Interpretação é “método pelo qual o hermeneuta procura apreender o pensamento do legislador, expresso na norma que examina, e em seguida explica a sua verdadeira inteligência, o seu justo e conveniente sentido técnico-jurídico. [...] A interpretação diz-se: a) *ampliativa, extensiva, ou lata*, ramo da interpretação declarativa, aquela segundo a qual a aplicação da lei se estende a casos que, embora não previstos por ela, não são estranhos ao pensamento jurídico que as ditou; ou quando, havendo dúvida sobre a adaptabilidade do preceito, a solução é dada favoravelmente, por analogia, ou diante da razão mais forte; [...]” (NUNES, Pedro dos Reis. *Interpretação (da lei)*. In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993b. Voz, p. 513).

⁷³ Incluído pelo art. 46 Lei n.º 9.649/98.

⁷⁴ O Decreto n.º 4.176/02 criou direções na expedição de atos administrativos normativos por parte do Poder Executivo federal, em cumprimento à Lei Complementar n.º 95/98. O art. 33 Decreto n.º 4.176/02 dispõe: “compete aos Ministérios e

da regulamentação atual contida no Decreto n.º 5.773/06 e no art. 14 Lei do SINAES), na formulação de regras sobre a autorização para o funcionamento, o (re) credenciamento de universidades ou IES não-universitárias, o reconhecimento de cursos e habilitações por elas oferecidos, bem como a autorização prévia de cursos, disponibilizados por IES não-universitárias (parágrafo único, do art. 2.º Lei n.º 9.131/95, alterado pelo art. 46 Lei n.º 9.649/98).

3.4. Princípios Constitucionais Implícitos

Cabe analisar uma afirmativa de Bandeira de Mello (1998), sobre a teoria da delegação legislativa disfarçada, nos seguintes termos: “a indelegabilidade, enquanto princípio constitucional, resulta diretamente, ainda que de modo implícito, do art. 2.º do Texto Magno”⁷⁵.

Dessa forma, Bandeira de Mello (1998) foi expresso ao dizer que a indelegabilidade é um princípio implícito na CR/88, derivado dos arts. 2.º, 68 CR/88 e 25 ADCT.

De acordo com a doutrina jurídica⁷⁶, quando a CR/88 não estabelece, expressamente, uma garantia absoluta de impossibilidade de legislações concessivas de poder normativo, acabou permitindo formulações infraconstitucionais nesse sentido, principalmente se a competência ressalta da própria previsão constitucional (por exemplo, os arts. 21, incisos IX e XI, 22, inciso XXIV, 24, inciso IX, 84, inciso VI, alínea “a”, 177, § 2.º, inciso III, 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88) e infraconstitucional (Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01

aos órgãos da estrutura da Presidência da República a proposição de atos normativos, observadas as suas respectivas áreas de competências” (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, o art. 59 Decreto n.º 4.176/02: “as disposições deste Decreto aplicam-se, no que couber, à elaboração dos demais atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo” (BRASIL, 2002).

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 212.

⁷⁶ Ver NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 211-214, que, ao tratar do implícito princípio do duplo grau de jurisdição, conclui pela possibilidade do legislador infraconstitucional limitar as possibilidades de recursos no direito processual civil.

e 10.861/04). A simples vedação implícita, existente nos arts. 2.º, 68 CR/88 e 25 ADCT, não importa em garantia absoluta de inexistência do poder regulamentar, inclusive autônomo ou independente.

A distinção é sutil, mas de grande relevância prática. De maneira que, inexistindo garantia constitucional, constante em comando de eficácia plena, e sim “mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito”⁷⁷ ou ampliá-lo, como vem fazendo após a aprovação das ECs n.º 8/95, 9/95, 19/98 e 32/01 e de sucessivas leis federais, antes citadas.

Portanto, os arts. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei n.º 4.024/61 (art. 1.º Lei n.º 9.131/95); 9.º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1.º, e 46 Lei n.º 9.394/96; bem como o 14 Lei n.º 10.861/04 (Lei do SINAES) e os objetivos e metas à educação superior, previstos na Lei n.º 10.172/01, são constitucionais precisamente pela ausência de garantia explícita de vedação do poder regulamentar.

Apesar do princípio da indelegabilidade do poder normativo estar previsto implicitamente na CR/88, o mesmo não tem incidência irrestrita, já que está garantido constitucional e infraconstitucionalmente, como já abordado. Assim, fora de cogitação qualquer alegação de antinomia legal⁷⁸, uma vez que não há conflito entre norma explícita auto-aplicável e conteúdo implícito da CR/88. Cabe trazer o seguinte entendimento, em matéria de hermenêutica constitucional:

Quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueia também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento de outro.

⁷⁷ *Idem*, p. 211.

⁷⁸ Relembre-se que antinomia “é aplicada para significar a contradição real ou aparente, evidenciada entre duas leis, o que torna de certo modo difícil a sua interpretação. Ocorre também entre cláusulas de um mesmo contrato. *Antinomia de leis. Leis contraditórias*” (SILVA, De Plácido e. Antinomia. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Voz, p. 67). Assim, a “antinomia pode ser: a) *real*, quando a incompatibilidade se verifica entre duas leis – a atual e a antiga, que assim fica tacitamente derogada; b) *aparente*, quando coexistem, dentro de uma mesma lei, disposições colidentes ou antagônicas” (NUNES, Pedro dos Reis. Antinomia. In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica* – ob. cit., 1993a, p. 76).

É força não seja a lei fundamental casuística, não desça a minúcias, catalogando poderes especiais, esmerilhando providências. Seja entendida inteligentemente: se teve em mira os fins, forneceu meios para os atingir. Variam estes com o tempo e as circunstâncias: descobri-los e aplicá-los é a tarefa complexa dos que administram.

A regra enunciada acima é completada por duas mais: a) Onde se mencionarem os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob pretexto de serem mais eficazes ou convenientes; b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como *estendendo-se* de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara *restrição* for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita⁷⁹.

Da mesma maneira, Cury (2006) explica que a substância fundante da CR/88, na composição das leis infraconstitucionais, também possui substância de valor, ou seja, “seus princípios ao consagrarem determinados valores e explicitá-los acabam por indicar caminhos necessários para alcançarem os fins almejados”⁸⁰.

Como conclusão, competiu ao legislador infraconstitucional e ao Poder Executivo assegurar efetividade à regra maior constante na CR/88, outorgando operatividade (meios) à garantia do padrão de qualidade na educação superior (fim), fundamento jurídico dos arts. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei n.º 4.024/61 (art. 1.º Lei n.º 9.131/95); 9.º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1.º, e 46 Lei n.º 9.394/96; 14 Lei n.º 10.861/04; dos objetivos e das metas à educação superior, previstos na Lei n.º 10.172/01; e do Decreto n.º 5.773/06, que devem ser tidos por constitucionais, com exceção dos ilegais §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06, como já mencionado em apartado anterior.

⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 312-313.

⁸⁰ CURY, Carlos Roberto Jamil. *Conselhos de Educação – ob. cit., 2006, p. 44.*

3.5. Finalidade Pública na Avaliação Qualitativa

Segundo Di Pietro (2004), ao final do século XIX, surgiram reações opostas ao individualismo jurídico, em função de grandes transformações nas ordens econômica, política e social. Como consequência, o Estado começou a intervir na esfera privada, objetivando o bem estar coletivo. Então, “o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”⁸¹. Em virtude de tal evolução, surgiu o princípio do interesse público, também denominado de princípio da finalidade pública.

Bandeira de Mello (1998) assevera que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é um princípio geral de Direito, intrínseco à sociedade, na qualidade de uma condição da sua própria existência. Assim:

[...] não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou em tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social⁸².

Bandeira de Mello (1998) ainda aponta algumas consequências deste princípio:

[...] em prol da Administração, posição juridicamente correspondente à preponderância do interesse entregue à sua cura. Daí a possibilidade que tem, *nos termos da lei*, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são *imperativos* como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente *exigibilidade*, traduzida na previsão *legal* de sanções ou providên-

⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – ob. cit., 2004, p. 69.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 55.

cias indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensinam, ainda, que a própria Administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada *auto-executoriedade* dos atos administrativos. [...]

Também por força desta posição de supremacia do interesse público e – em consequência – de quem o representa na esfera administrativa, reconhece-se à Administração a possibilidade de *revogar* os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o *dever de anular* os atos inválidos que haja praticado. É o *princípio da autotutela* dos atos administrativos⁸³.

Afirma-se que o termo interesse público, conforme Amaral (2001) e Cunha (2007), está associado a outras expressões semelhantes, tais como interesse difuso, geral, coletivo ou utilidade pública, identificando-se “com a idéia de bem comum e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano”⁸⁴. Portanto, “a expressão interesse público evoca, imediatamente, a figura do Estado e, mediadamente, aqueles interesses que o Estado `escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevaletentes na sociedade”⁸⁵.

Por sua vez, existe definição legal expressa do princípio do interesse público no art. 2.º, *caput*, parágrafo único, inciso II, Lei n.º 9.784/99⁸⁶, sendo uma determinação de “atendimento a fins de interesse geral,

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 54-55.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 32; em sentido equivalente AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 2001, p. 35.

⁸⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo* – ob. cit., 2007, p. 32.

⁸⁶ Art. 2.º Lei n.º 9.784/99 – A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I – atuação conforme a lei e o Direito;

vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”⁸⁷.

Ainda segundo Di Pietro (2004), o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado “está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública”⁸⁸, pois uma das diferenças entre o direito público e o privado reside no interesse que se pretende resguardar, isto é, no primeiro, o interesse público e no segundo, o individual.

Assim, o princípio da finalidade pública se manifesta em todas as fases do processo legislativo e influencia no conteúdo material da lei originária, de modo a garantir a prevalência dos interesses públicos sobre os individuais. Além disso, a supremacia também aparece nas normas que formularam e outorgaram poder normativo ao Executivo e, conseqüentemente, nos regulamentos derivados, nos mesmos moldes

II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII – impulso, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação (BRASIL, 1999).

⁸⁷ BRASIL, 1999, art. 2.º, *caput*, parágrafo único, inciso II.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – ob. cit., 2004, p. 68.

que nas leis originárias. Nesse sentido, “ocorre que, da mesma forma que esse princípio inspira o legislador ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa”⁸⁹.

“Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto”⁹⁰, a Administração Pública sempre objetiva o interesse coletivo, sem violar os interesses individuais, que, também, devem ser protegidos por via reflexa, respeitando sempre o princípio da legalidade⁹¹.

Destaca-se a existência do princípio da indisponibilidade do interesse público, intimamente vinculado ao da finalidade, cujo significado remonta a:

[...] interesses qualificados como próprios da coletividade – interesses ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem

⁸⁹ *Idem*, p. 70.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 69.

⁹¹ A moderna teoria administrativista, representada por Binenbojm (2007) e Sarmiento (2007), foi motivada por estudos inicialmente realizados por Ávila (2007), na década de 1990. Com isso, começou-se a discutir a existência da supremacia enquanto princípio e deixou de analisá-la de modo absoluto, toda vez em que havia conflito de interesses entre particulares e entes públicos ou como um elemento autodemonsrável e inerente a todo ato praticado pelo Poder Público. Portanto, Ávila (2007) criticou a caracterização da supremacia do interesse público como axioma, entendido como “[...] uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la” (ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 176), revelando estar convencido de que “[...] não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro” (*Idem*, p. 214) e considerando que as prerrogativas conferidas à Administração Pública encontrariam seu fundamento na legalidade. Nesse sentido, “não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular” (*Ibidem*, p. 215). Portanto, a existência do interesse público somente pode ser aferida no caso concreto, mediante uma ponderação dos interesses envolvidos.

quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*⁹².

De maneira que a avaliação de qualidade no ensino, em todos os níveis, é uma questão de ordem pública⁹³, indisponível, que resulta do fornecimento da educação como um direito social. Embora seja obrigação comportamental, não de resultados, segundo Ranieri (2000), a educação se vincula ao princípio constitucional da manutenção do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, e 211, § 1.º, CR/88), que deve ser assegurado pela Administração Pública. De forma que a educação tem natureza jurídica de função pública, em conformidade com os arts. 205 e 209, incisos I e II, todos da CR/88.

Apesar de não ser atividade exclusiva do Poder Público, a educação satisfaz uma pretensão coletiva, mesmo sob a égide do art. 205 CR/88, o que determina a colaboração mútua do Estado, segmento particular, sociedade e família. Trata-se, portanto, de um serviço público em sentido amplo, pois:

Serviço público é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria Constituição Federal é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no artigo 21 com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 8/95: serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI) [...] ⁹⁴.

⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* – ob. cit., 1998, p. 33.

⁹³ Expressão empregada como sinônima de interesse público. É paradigmática, em Portugal, a denominação dada ao reconhecimento de curso, qual seja, “reconhecimento de interesse público” de estabelecimento de ensino superior privado, previsto nos arts. 33, 34 e 35, da Lei n.º 62/07.

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – ob. cit., 2004, p. 60.

Da mesma forma, Meirelles (1997a) apresenta conceito amplo de serviço público, inclusive por delegação⁹⁵ a concessionários, permissionários e, especialmente, autorizatários, como sendo “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”⁹⁶.

Por sua vez, o ensino superior ministrado pela iniciativa privada aparece como serviço de utilidade pública⁹⁷ e a Administração surge como gestora principal do sistema educacional, controlando-o, de modo imperativo, “para garantia das finalidades de desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”⁹⁸.

Apesar do art. 175 CR/88⁹⁹ exigir que os serviços públicos sejam criados por lei, mediante iniciativa do Poder Público, e fornecidos dire-

⁹⁵ Ranieri (2000) discorda que o ensino fornecido pela iniciativa privada seja uma forma de delegação de serviço público, dando sentido estrito ao referido instituto: “como não se trata de serviço público em sentido estrito, é dizer, não constitui atividade material que a lei considere como tal (embora seja tarefa que corresponda a necessidades coletivas), não há que se falar em delegação para o particular” (RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 129, nota 01).

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* – ob. cit., 1997a, p. 297.

⁹⁷ Serviços de utilidade pública “são os que a Administração, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone” (*Idem*, p. 298-299).

⁹⁸ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 130.

⁹⁹ Art. 175 CR/88 – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado (BRASIL, 1988).

tamente ou em regime de concessão ou permissão¹⁰⁰, o art. 209, incisos I e II, CR/88, assegura que o ensino superior pode ser fornecido pelo setor particular, desde que ele se submeta às normas educacionais, à avaliação qualitativa e à expedição de ato administrativo autorizativo, os últimos pela Administração.

Sabe-se que a autorização é uma delegação para a exploração de serviço público que beneficia a coletividade indiretamente, concedida no interesse direto e *intuitu personae* a um terceiro particular¹⁰¹. É expedida mediante ato unilateral, precário, por não apresentar garantias ao autorizatário¹⁰², e com elemento discricionário, dentro dos limites da competência do Poder Público¹⁰³. Ademais de atender a interesses públicos, não demanda investimentos financeiros por parte da Administração. Pastor (2000), após analisar as diferenças entre autorização e concessão, conclui:

Entretanto, a evolução legislativa terminou por *extinguir por completo os limites entre a autorização e a concessão*; não por falta de rigor técnico das normas, senão por necessidades estritamente políticas:

¹⁰⁰ Nesses casos, prévia licitação.

¹⁰¹ Em sentido equivalente, “o instituto da autorização de serviços públicos é efetivado na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse coletivo” (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. vol. I, p. 483).

¹⁰² Porque se admite a cessação da autorização a qualquer tempo, sem a caracterização da obrigação de indenizar. Da mesma forma, “o fato de ser unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo. A formalização ocorre por decreto ou portaria” (*Idem*).

¹⁰³ Segundo Pastor (2000), seria o caso de autorização regulamentada, tendo em vista que “*el poder de decisión de la Administración se encuentra vinculado, por cuanto la ley determina las condiciones o requisitos de ejercicio de la actividad intervenida, que la Administración no puede hacer sino comprobar (de manera más o menos mecánica, en función de la objetivación y grado de detalle que los requisitos posean en la norma que los define)*” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000. vol. II, p. 273). Destaca-se que a palavra norma, do mencionado conceito, deve ser entendida como a CR/88, a LDB, o PNE, a Lei n.º 10.861/04 e o Decreto n.º 5.773/06, no ordenamento jurídico brasileiro.

- existe, como vimos, casos múltiplos de autorização que funcionam com requisitos nos que não preexiste direito algum do particular autorizado (p. ex., a importação de um produto determinado); mas também existem casos de concessões que funcionam sobre atividades que não foram objeto de *publicatio*, isto é, assumidas como próprias da Administração (p. ex., as velhas concessões para o cultivo do arroz); e atividades declaradas serviços públicos que, todavia, se exercem pelos particulares mediante autorizações, não mediante concessões (p. ex., a educação privada, ou a distribuição de eletricidade)¹⁰⁴.

Dessa forma, os atos autorizativos de funcionamento de IES não pleiteiam contratos de concessão ou permissão e, conseqüentemente, dispensam a licitação e a lei instituidora que, em regra, outorga o regime e as qualificações do serviço público, em conformidade com o parágrafo único, do art. 175 CR/88. A idiossincrasia unilateral e precária dessas autorizações acaba por prescindir da existência de licitação e da lei supracitada. Ademais, impossibilita-se a aplicação subsidiária das Leis n.º 8.987/95 e 8.666/93 às autorizações de ensino, tendo em vista os comandos constitucionais contidos nos arts. 205, 206, incisos II e III, e 209, incisos I e II, todos CR/88, bem como a própria existência das Leis específicas n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Tradução livre do original: “*Sin embargo, la evolución legislativa ha terminado por difuminar por completo los límites entre la autorización y la concesión; no por falta de rigor técnico de las normas, sino por necesidades estrictamente políticas: – hay, como hemos visto, múltiples supuestos de autorización que operan en supuestos en los que no preexiste derecho alguno del particular autorizado (p. ej., a importar un producto determinado); pero también existen supuestos de concesiones que operan sobre actividades que no han sido objeto de publicatio, esto es, asumidas como propias por la Administración (p. ej., las viejas concesiones para cultivo de arroz); y actividades declaradas servicios públicos que, sin embargo, se ejercen por los particulares mediante autorizaciones, no mediante concesiones (p. ej., la enseñanza privada, o la distribución de electricidad)*” (*Idem*, p. 271-272).

¹⁰⁵ Em sentido oposto, Marinela (2007) outorga interpretação ampliativa ao art. 41 Lei n.º 8.987/95, que menciona que “o disposto nesta Lei não se aplica à concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens” (BRASIL, 1995), quando, ao tratar da autorização, alega que “a realização de procedimento licitatório não é a regra comum, haja vista que normalmente há caracterização

Portanto, a exemplo da ressalva também apresentada por Di Pietro (2004), quando tratou das autorizações de serviço público relacionadas com o setor de energia elétrica, a educação superior privada também foge à regra, admitindo a delegação ao segmento particular mediante simples autorização.

A partir da competência legislativa (arts. 22, inciso XXIV, 24, inciso IX, e seus §§, CR/88), o sistema educacional necessita da freqüente expedição de atos administrativos normativos regulamentares ou interpretativos. Comenta-se que tais atos são:

[...] emanados pelos diversos órgãos normativos dos sistemas de ensino (Ministério da Educação, Secretarias de Educação, Conselhos Estaduais e Nacional de Educação etc); bem como estatutos e regimentos institucionais, que encontram fundamento na autonomia universitária (CF, artigo 207)¹⁰⁶.

O principal objetivo da relação educacional é a formação do aluno, o que é seu direito individual. Por isso, o interesse público é que a educação fornecida pelas IES seja de qualidade, tornando efetivo o processo de ensino e de aprendizagem no nível superior. Para isso, é de extrema importância que os procedimentos de avaliação das IES assegurem a qualidade das mesmas, seja na autorização, no reconhecimento de seus cursos ou no credenciamento das referidas instituições.

Para que a coletividade seja atendida e beneficiada (cidadãos e sociedade), é indispensável que seja procedida a avaliação qualitativa das IES, dando integral cumprimento ao Decreto n.º 5.773/06 (ressalvados os seus ilegais §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63) e ao ordenamento infraconstitucional, sem prejuízo de futuras inovações nos procedimentos avaliativos, quando se mostrarem necessárias à eficácia plena dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88. Para tanto,

de uma hipótese de dispensa ou inexigibilidade (arts. 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93). A esse instituto aplica-se a Lei n.º 8.987/95, no que for compatível, podendo, inclusive, ser remunerada por meio de tarifa” (MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo – ob. cit.*, 2007, p. 483).

¹⁰⁶ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado – ob. cit.*, 2000, p. 130.

é conveniente que as mantenedoras das IES estejam preparadas para aceitar as cominações do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Em sentido semelhante:

A submissão da atividade ao regime publicístico, portanto, se faz mais em razão da natureza do órgão prestador e dos recursos que a financiam que para proteção material da finalidade pública, nesta situação identificada ideologicamente com a noção de bem comum¹⁰⁷.

É muito importante repisar que o fornecimento da educação, pelos segmentos público ou particular, incide em dispositivos cogentes, dotados de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como os arts. 170, *caput* e seu parágrafo único, 206, inciso VII, 209, incisos I e II, e 211, § 1.º, CR/88 e as Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04, segundo os quais o Poder Público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos avaliativos primários de autorização de cursos superiores e credenciamento de IES, bem como nos secundários, relativos ao reconhecimento de cursos e às renovações das qualificações antes indicadas, todos previstos no Decreto n.º 5.773/06 e em outros atos administrativos normativos. Com isso:

A natureza pública da atividade educacional na esfera privada determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, muito embora ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional¹⁰⁸.

De maneira que, no âmbito educacional superior, inexistente liberdade plena da atividade econômica, principalmente com referência ao setor particular, em virtude da autorização do serviço público delegado, sua regulamentação e controle praticados pela União, por meio de seu

¹⁰⁷ RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 133.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 134.

MEC e da CES/CNE, nos termos dos arts. 209, incisos I e II, CR/88, e 16, inciso II, LDB. O ensino superior, como questão de ordem pública, enseja sujeição a avaliações rigorosas da qualidade, que aumentam as despesas financeiras das IES privadas, a favor do interesse coletivo constitucional alcançado com o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”¹⁰⁹.

A competência legislativa em questões educacionais decorre do âmbito teleológico¹¹⁰, como consequência imediata do princípio constitucional auto-aplicável da manutenção plena do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, e 211, § 1.º, CR/88), proibindo-se abusos mercantilistas no ensino superior privado. Assim, a compreensão da articulação da função regulamentar e de sua força vinculante demanda “raciocínio não mecanicista envolvendo a legalidade própria de administração pública e a legitimidade posta pelo Estado Democrático de Direito no qual se postula a participação ativa do cidadão na garantia e defesa de seus direitos”¹¹¹. No mesmo sentido:

O zelo pela qualidade do ensino a ser ofertado por instituições públicas e privadas evidencia que tal serviço público deve ser avaliado desde seu processo de autorização. A atuação do poder público, pelos mecanismos de reconhecimento e credenciamento são cruciais para que não haja uma formação de (pseudo) profissionais desqualificados atuantes no mercado profissional¹¹².

Finalmente, conclui-se que o direito educacional deve respeitar as normas de aplicação e hermenêutica comuns ao ramo do direito

¹⁰⁹ BRASIL, 1988, art. 205; no mesmo sentido RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado* – ob. cit., 2000, p. 137.

¹¹⁰ Teleologia, na acepção jurídica, é o “estudo especulativo das causas finais e da essência, alcance, aplicação ou fim das normas legais” (NUNES, Pedro dos Reis. *Teleologia* (jurídica). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica* – ob. cit., 1993c, p. 811-812). Existe previsão legal da interpretação teleológica, constante no art. 5.º LICC: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942).

¹¹¹ CURY, Carlos Roberto Jamil. *Conselhos de Educação* – ob. cit., 2006, p. 47.

¹¹² *Idem*, p. 50.

público, na medida em que se pretende produzir um sistema de ensino qualitativo, autônomo e humanizador, inerente às questões de ordem pública, derivadas das atividades desenvolvidas na educação, com superioridade evidente aos interesses individuais, principalmente aos empresariais. A regulamentação e o controle exercidos sobre o fornecimento da educação superior pelo segmento privado, na qualidade de serviço de utilidade pública, cabem a Administração¹¹³. A circunstância de tal serviço ser delegado a terceiros, excluídos do âmbito do Poder Público, não subtrai do Estado sua indeclinável e indelegável competência de normatizá-lo, em poder regulamentar, bem como de controlá-lo, mediante os procedimentos administrativos previstos na Lei n.º 10.861/04 e no Decreto n.º 5.773/06. Salienta-se a necessária ação estatal segundo parâmetros de eficiência e de atualidade, para que a prestação à população respeite a manutenção plena do padrão de qualidade. Assim, eventual deficiência ou descumprimento de obrigações impostas pelas normas educacionais, entre elas os atos administrativos normativos, por parte do prestador do serviço de utilidade pública, determina a intervenção imediata da Administração delegante, para regularizar sua prestação ou lhe retirar a função antes exercida. Com isso, a exemplo dos atos e contratos administrativos que concedem a exploração de serviços públicos a terceiros particulares, possibilita-se a alteração unilateral das cláusulas pelo Poder Público e a revogação da delegação quando o interesse coletivo demandar. O serviço de utilidade pública destina-se ao público e os seus prestadores nada mais são do que servidores do coletivo. Como consequência, a finalidade principal do serviço de utilidade pública é servir a população e, apenas secundariamente, fornecer renda ao seu explorador. Nesse contexto, o Estado concedente não pode se evadir de seu dever de regulamentar, supervisionar, fiscalizar, avaliar e intervir no serviço outorgado, sempre que o mesmo não estiver sendo fornecido ao público dentro dos padrões desejáveis de qualidade. Dessa forma, pode também baixar normas de serviço e auditar a situação financeira das mantenedoras de IES.

¹¹³ Entenda-se o MEC, suas Secretarias, o CNE, a Comissão Nacional de Avaliação da Educação Superior (CONAES), o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e a CAPES.

4. Considerações Finais

Pode-se constatar que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a liberdade de ensino, sob o crivo de um Estado intervencionista e fundante, controlando o sistema educacional por atos administrativos regulatórios (autorizações), na qualidade de um serviço de utilidade pública. De maneira que as normas educacionais nacionais costumam restringir a liberdade de ensino e se adaptaram às disposições da CR/88, quanto à lucratividade, avaliação e coexistência. Com a aprovação da Lei do SINAES, referente ao sistema nacional de avaliação, assegurou-se a continuidade de uma política educacional socialmente relevante.

A expansão do ensino superior é uma meta do PNE, que determina atuação estatal no sentido de se aumentar os discentes nas IES, públicas ou particulares. Com isso, é indispensável que o Brasil amplie o acesso à educação superior e qualifique suas instituições desse nível, criando condições para expansão do sistema, sem prejuízo de um ensino qualitativo e equânime.

Conclui-se que os comandos constitucionais que determinam a avaliação de qualidade pela Administração Pública (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88) possuem eficácia plena, ou seja, não estão sujeitos à restrição ou à regulamentação por outras normas infraconstitucionais, para serem aplicados.

Nesse contexto, os processos periódicos de avaliação de IES, cursos superiores e discentes, insertos no sistema federal de ensino, ficaram a cargo da União, por meio de seu MEC e respectivos órgãos de assessoramento, entre eles a CES do CNE, a CONAES e o INEP, para se estabelecer as prioridades e garantir a melhoria da qualidade do ensino. Ocorre que as normas gerais foram exaustivamente detalhadas na legislação federal, principalmente nos procedimentos de credenciamento e conexos, outorgando amplas competências regulamentares à União e, indiretamente, ao MEC e ao CNE, o que ensejou a ineficácia das regras constitucionais descentralizadoras. Portanto, essa situação induz a um grande controle sobre a expansão da educação superior, especialmente no segmento particular, pois, no público, a União e os Estados membros atuam livremente, ante a organização federativa prevista CR/88. Crítica pacífica é a que se refere às funções da União

na avaliação, pois a mesma define, aplica e também avalia às políticas públicas sobre o tema, embora haja previsão de cooperação das demais unidades federadas.

Sem embargo, com a aprovação da Lei n.º 10.861/04, a avaliação da educação superior adquiriu caráter sistêmico, conjugando situações, instrumentos avaliativos distintos e informações, pela primeira vez positivada em lei federal. Instituiu-se, então, a avaliação a cargo do INEP, segundo diretrizes da CONAES, o que garante a integração das políticas públicas, do processo avaliativo e dos resultados conseguidos nos procedimentos regulatórios, para que a educação superior brasileira atinja elevados padrões de qualidade. Tais elementos vêm se refletindo nas discussões sobre o Projeto de Lei de Reforma Universitária.

Dessa forma, os resultados, obtidos no SINAES, serão aplicados aos atos autorizativos de regulação de IES (Decreto n.º 5.773/06), para assegurar a expansão qualitativa de matrículas na educação superior, fortalecendo um sistema de avaliação unificado, consolidado e compatível com a realidade brasileira. Como consequência do grande investimento e da evolução do sistema nacional de avaliação da educação superior, a realidade demonstra, sem sombra de dúvida, as melhores condições do MEC, do CNE, da CONAES e do INEP em avaliar as IES, privadas e públicas.

Os atos normativos podem ser classificados como originários e derivados, quando expedidos pelo Poder Legislativo, prévio processo de aprovação das leis, ou pelo Poder Executivo, para especificar ou explicitar norma pré-existente, respectivamente. Através dos atos administrativos normativos, o Estado exerce a sua função regulamentar. Nesse ínterim, tais atos derivados são instrumentos da política educacional e articulam a função do Estado com o segmento educacional. De modo que eles deram efetividade aos procedimentos de autorização e credenciamento, como aos de supervisão e avaliação institucional.

Com isso, o poder normativo do Ministro de Estado da Educação e do CNE não pode ultrapassar as atribuições expressamente indicadas na lei, restritas à matéria educacional, e às demandas administrativas de tais órgãos. A função regulamentar, ademais, deve ser utilizada de maneira eficiente, eficaz e com responsabilidade, cumprindo-se todas as

disposições aplicáveis à Administração Pública (art. 37, *caput*, CR/88), principalmente a anterioridade da lei (art. 5.º, inciso II, CR/88).

Por sua vez, não se aplica a teoria da delegação legislativa disfarçada aos atos administrativos normativos de procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento, estando amparados pelo ordenamento jurídico brasileiro os arts. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei n.º 4.024/61; 8.º, § 1.º, 9.º, § 1.º, LDB; 14 Lei do SINAES e o Decreto n.º 5.773/06.

Essa conclusão ampara-se nos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88, tendo em vista que os atos administrativos normativos, inerentes aos processos periódicos de avaliação de IES, regulamentam diretamente os mencionados comandos constitucionais de eficácia plena. Assim, pode-se alegar que o Decreto n.º 5.773/06 é ato administrativo normativo executivo, atrelado à norma originária prévia, quais sejam, os arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88 e as Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04.

Caso assim não se entenda, o ensino superior público federal e o particular (art. 16, inciso I e II, LDB) estão inseridos na administração federal e as funções de regulação, supervisão e avaliação podem ser consideradas como matérias de organização e funcionamento no referido âmbito, ou seja, incluídas no poder regulamentar autônomo da Presidência da República, por força do art. 84, inciso VI, alínea “a”, CR/88, com redação dada pela EC n.º 32/01. Destaca-se que os procedimentos de autorização, reconhecimento e credenciamento e suas renovações, previstos atualmente no Decreto n.º 5.773/06, não ensejaram aumento nas despesas e muito menos a criação ou extinção de órgãos públicos, posto que mantiveram a estrutura pré-existente, antes mesmo da expedição do ato administrativo normativo em tela.

Não por demais, coube ao legislador infraconstitucional e ao Poder Executivo assegurar efetividade à regra maior constante na CR/88, outorgando operatividade (meios) à garantia do padrão de qualidade na educação superior (fim), fundamento teleológico dos arts. 9.º, § 2.º, alíneas “d”, “e”, “f”, “g” e “j”, Lei n.º 4.024/61 (art. 1.º Lei n.º 9.131/95); 9.º, incisos VI, VII, VIII e IX, § 1.º, e 46 Lei n.º 9.394/96; 14 Lei n.º 10.861/04; dos objetivos e das metas à educação superior, previstos na Lei n.º 10.172/01; e do Decreto n.º 5.773/06, que devem

ser tidos por constitucionais. Assim, a competência legislativa em questões educacionais decorre do âmbito teleológico, ou seja, vinculada aos fins sociais a que se destina como resultado direto do citado princípio constitucional auto-aplicável da manutenção plena do padrão de qualidade (arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88), proibindo-se abusos mercantilistas no ensino superior particular e efetivando a supremacia do interesse público sobre o privado.

Em reforço a tais argumentos, para que a coletividade seja atendida e beneficiada (cidadãos e sociedade), é necessário proceder-se à avaliação de qualidade das IES, dando cumprimento ao Decreto n.º 5.773/06 e ao ordenamento infraconstitucional, o que não prejudicará futuras inovações nos procedimentos avaliativos, quando se mostrarem necessárias à eficácia plena dos arts. 206, inciso VII, 209, inciso II, e 211, § 1.º, CR/88. É muito importante ressaltar que a oferta da educação pelos setores público ou particular incide em normas cogentes, dotadas de características inerentes ao interesse público indisponível, tais como os arts. 170, *caput* e seu parágrafo único, 206, inciso VII, 209, incisos I e II, e 211, § 1.º, CR/88 e as Leis n.º 9.131/95, 9.394/96, 10.172/01 e 10.861/04, segundo os quais o Poder Público regulamenta as condições da atividade de ensino e a controla por meio dos procedimentos avaliativos primários de autorização de cursos superiores e credenciamento de IES, bem como nos secundários, relativos ao reconhecimento de cursos e às renovações das qualificações das instituições, todos previstos no Decreto n.º 5.773/06 e em outros atos administrativos normativos.

Cabe destacar que se excluem dessas afirmações os §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06 (procedimento para se aplicar penalidades às instituições que descumprirem o protocolo de compromisso, prévio processo avaliativo periódico), que contrariam, diretamente, os §§ 3.º e 4.º, do art. 10 Lei n.º 10.861/04, e, indiretamente, os arts. 5.º, inciso II, 22, inciso XXIV, 59, 61 e seguintes, CR/88, como antes analisado. Tais dispositivos são ilegais por ultrapassarem os limites do poder normativo, por contrariarem legislação federal (Lei do SINAES), que já regulamentava a matéria de modo quase exaustivo, e por violarem o princípio da legalidade e a competência originária do Poder Legislativo para aprovar leis.

Para escapar de tal ilegalidade, constante nos §§ 2.º, 3.º e 5.º, do art. 63 Decreto n.º 5.773/06, sugere-se o emprego do procedimento administrativo, existente nos §§ 3.º e 4.º, do art. 10 Lei n.º 10.861/04, caso haja a necessidade de se sancionar uma IES pelo descumprimento total ou parcial do protocolo de compromisso, celebrado após processo avaliativo periódico do SINAES.

Se assim não se proceder, qualquer medida judicial, em controle difuso e incidental de inconstitucionalidade, por via de exceção, é cabível para se discutir eventuais atos administrativos, relativos à aplicação dos §§ 2.º, 3.º e 5.º, do 63 Decreto n.º 5.773/06, o que também seria aceitável caso não se observasse, literal e integralmente, os procedimentos para credenciamento, recredenciamento de IES, autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos superiores. A impugnação judicial pelos interessados seria admissível por todos os procedimentos disponíveis no processo civil, com pedido declaratório, pelo princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, inciso XXXV, CR/88), bem como por meio das garantias constitucionais, tais como o direito de petição (art. 5.º, inciso XXXIV, alínea “a”, CR/88), o mandado de segurança (art. 5.º, incisos LXIX e LXX, CR/88), o mandado de injunção (art. 5.º, inciso LXXI, CR/88) e a ação popular (art. 5.º, inciso LXXIII, CR/88). Coloca-se de manifesto que somente após a análise da ilegalidade cometida é que seria possível declinar qual a medida judicial mais adequada ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Edições Almedina, 1987. 192p.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. Coimbra: Edições Almedina, 2001. vol. II, 672p.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 171-215.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 665p.
- BELLONI, Isaura. A Educação superior na nova LDB. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada: diversos olhares se entrecruzam*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Cap. 7, p. 129-146.
- BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 117-169.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. 292p.
- BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 04 set. 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. *Diário Oficial*, Brasília, 09 set. 1942.
- BRASIL. Decreto n.º 2.026, de 10 out. 1996. Estabelece procedimentos para o processo de avaliação dos cursos e instituições de ensino superior. *Diário Oficial*, Brasília, 11 out. 1996.
- BRASIL. Decreto n.º 4.176, de 28 mar. 2002. Estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 01 abr. 2002.
- BRASIL. Decreto n.º 5.773, de 09 mai. 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. *Diário Oficial*, Brasília, 10 mai. 2006.
- BRASIL. Decreto n.º 5.786, de 24 mai. 2006. Dispõe sobre os centros universitários e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 mai. 2006.
- BRASIL. Lei Complementar n.º 95, de 26 fev. 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. *Diário Oficial*, Brasília, 27 fev. 1998.
- BRASIL. Lei n.º 4.024, de 20 dez. 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 27 dez. 1961.

- BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 jun. 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 22 jun. 1993 (republicada em 06 jul. 1994).
- BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 fev. 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 14 fev. 1995 (republicada em 28 set. 1998).
- BRASIL. Lei n.º 9.131, de 24 nov. 1995. Altera dispositivos da Lei n.º 4.024, de 20 dez. 1961, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 25 nov. 1995. In: SAVIANI, Dermeval. *Da nova LDB ao novo Plano Nacional de Educação: por uma outra política educacional*. 5. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. p.15-19.
- BRASIL. Lei n.º 9.394, de 20 dez. 1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial*, Brasília, 23 dez. 1996. In: BRZEZINSKI, Iria (Org.). *LDB interpretada: diversos olhares se entrecruzam*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003. Anexo I, p. 246-266.
- BRASIL. Lei n.º 9.649, de 27 mai. 1998. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 28 mai. 1998.
- BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 jan. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial*, Brasília, 01 fev. 1999 (retificada em 11 mar. 1999).
- BRASIL. Lei n.º 10.172, de 09 jan. 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 10 jan. 2001.
- BRASIL. Lei n.º 10.861, de 14 abr. 2004. Institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – SINAES – e dá outras providências. *Diário Oficial*, Brasília, 15 abr. 2004. In: BRASIL. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *SINAES – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior: da concepção à regulamentação*. 4. ed. Brasília: INEP, 2007. p. 139-146.
- BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. Projeto de Lei de Reforma Universitária. In: BRASIL. Ministério da Educação. Ministério da Fazenda. Ministério da Previdência e Assistência Social. Ministério da Ciência e Tecnologia. *E.M.I n.º 015/MEC/MF/MP/MCT*. Brasília:

- MEC; MF; MP; MCT, 2006. 23p. Disponível em: <http://www.sintufsc.ufsc.br/noticias_2006/0619_reforma.pdf>. Acesso em: 29/01/2008.
- BUFFA, Ester. O Público e o privado como categoria de análise da educação. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas*. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005. Cap. 3, p. 41-58.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 583p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 5.^a tiragem. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1528p.
- CASTRO, Maria Helena de Magalhães. *Tomando o pulso: o que buscar no credenciamento institucional das universidades brasileiras?* Brasília: INEP, 2001. 27p.
- CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*. 5. ed. Lisboa: Âncora Editora, 2000. 328p.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Edições Almedina, 1987. 824p.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007. 576p.
- CUNHA, Luiz Antonio. O Ensino superior no octênio FHC. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 24, n.º 82, p. 37-61, abr. 2003.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. A Nova lei de diretrizes e bases da educação nacional: uma reforma educacional? In: CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Bahia; BRITO, Vera Lúcia Alves de. *Medo à liberdade e compromisso democrático: LDB e Plano Nacional da Educação*. São Paulo: Editora do Brasil, 1997a. p. 91-135.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Conselhos de Educação: fundamentos e funções. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBP AE)*, Porto Alegre: ANPAE, v. 22, n.º 1, p. 41-67, jan./jun. 2006.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação superior: setor público e iniciativa privada. In: MORHY, Lauro (Org.). *Universidade em questão*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003. vol. 1, p. 473-486.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Evolução da educação superior no Brasil: a participação do setor público e da iniciativa privada. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação (RBP AE)*, Brasília, v. 13, n.º 1, p. 39-69, jan./jun. 1997b.

- CURY, Carlos Roberto Jamil. Gestão democrática dos sistemas públicos de ensino. In: OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro (Org.). *Gestão educacional: novos olhares, novas abordagens*. Petrópolis: Vozes, 2005a. p. 15-21.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, José Claudinei; JACOMELI, Mara Regina M.; SILVA, Tânia Mara T. da (Orgs.). *O Público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas*. Campinas: Autores Associados; Histedbr; Unisal, 2005b. Cap. 1, p. 3-30.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 178p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 751p.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas Ediciones, 2002. vol. I, 840p.
- FORSTHOFF, Ernst. *Traité de droit administratif allemand*. Tradução por FROMONT, Michel. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1969. 754p.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional: introdução, parte geral, parte especial*. 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2007. vol. I, 768p.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 279p.
- JESCH, Dietrich. *Ley y administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*. Tradução por HEREDERO, Manuel. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978. 324p.
- LANDI, Guido; POTENZA, Giuseppe. *Manuale di diritto amministrativo*. 10. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1997. 892p.
- MARÇAL, Juliane. Avaliação externa, avaliação interna. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000a. Voz, p. 33-34.
- MARÇAL, Juliane. Avaliação institucional. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000b. Voz, p. 34.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007. vol. I, 513p.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 426p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997a. 733p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “habeas data”*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997b. 280p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: constituição e inconstitucionalidade*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. tomo II, 548p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: actividade constitucional do estado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. tomo V, 428p.
- MIRANDA, Jorge. Sobre a reserva constitucional da função legislativa. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. vol. II, Cap. VI.29, p. 883-905.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 1180p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304p.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 520p.
- NUNES, Pedro dos Reis. Antinomia. In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993a. Voz, p. 76.
- NUNES, Pedro dos Reis. Interpretação (da lei). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993b. Voz, p. 513-514.
- NUNES, Pedro dos Reis. Teleologia (jurídica). In: NUNES, Pedro dos Reis. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993c. Voz, p. 811-812.
- OCAÑA, Luis Morell. *Curso de derecho administrativo: el derecho administrativo y sus fuentes; la organización administrativa y sus medios*. 4. ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999. tomo I, 714p.
- OLIVEN, Arabela Campos. Histórico da educação superior no Brasil. In: SOARES, Maria Susana Arrosa (Org.). *A Educação superior no Brasil*. Brasília: CAPES, 2002. Cap. 1, p. 31-42.

- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Edições Almedina, 2003. 1192p.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998. vol. I, 674p.
- PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Principios de derecho administrativo*. 2. ed. Madri: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2000. vol. II, 736p.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: arts. 34-112*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. tomo III, 624p.
- PORTUGAL. Lei n.º 62, de 10 set. 2007. Regime jurídico das instituições do ensino superior. In: CAUPERS, João. *Regime jurídico das instituições do ensino superior*. Lisboa: Âncora Editora, 2007. p. 11-106.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Lições de direito administrativo*. Coimbra: Edição copiografada, 1976. vol. I, 636p.
- RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n.º 9.394/96)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; FAPESP, 2000. 408p.
- SANTOS, Maria Rosimary. Avaliação de políticas. In: FIDALGO, Fernando; MACHADO, Lucília (Edit.). *Dicionário da educação profissional*. Belo Horizonte: Núcleo de Estudos sobre Trabalho e Educação, 2000. Voz, p. 33.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2007, p. 23-116.
- SAVIANI, Dermeval. *A Nova lei da educação: trajetória, limites e perspectivas*. 9. ed. Campinas: Autores Associados, 2004. 246p.
- SERAFINI, Oscar (Coord.); RIBEIRO, Sérgio Costa (Rel.). Os Possíveis usos de um sistema de avaliação da Educação Superior. In: ENCONTRO INTERNACIONAL SOBRE AVALIAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR, 1987, Brasília. *Avaliação do ensino superior*. Brasília: MEC; SESu, 1988. p. 145-147.
- SILVA, De Plácido e. Antinomia. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Voz, p. 67.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 280p.

SOBRINHO, José Dias. *Avaliação da educação superior*. Petrópolis: Vozes, 2000. 235p.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. 785p.

VIEIRA, Sofia Lerche. *Universidade Federal nos anos 80: o jogo da política educacional*. 1990. 261f. Tese (Doutorado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

II - JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Comentário do Acórdão n.º 49/2006, de 16 de Maio de 2006, da 1.ª Secção do Tribunal Administrativo¹

MANUEL PASCOAL MASSUCA²

I – Sumário

1. A falta de fundamentação de um acto administrativo, principalmente, quanto este denegue a pretensão de um particular é um vício que afecta a sua validade, por violar o disposto no artigo 12.º das Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública, aprovadas pelo Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro. É assim que, hoje, a Constituição da República de Moçambique, no n.º 2 do artigo 253.º impõe o dever de fundamentação dos actos administrativos desta índole e a Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, na alínea c) do seu artigo 28.º, estabelece, como um dos fundamentos do recurso contencioso, o vício de forma, na modalidade de falta de fundamentação.

2. O ónus de provar a bondade do acto e defender a sua manutenção incumbe, inelutavelmente, à entidade recorrida.

¹ Publicado em Janeiro Fernando Guibunda, *100 Acórdãos da Jurisdição Administrativa: com sumários e resumos*, Alcance, Maputo, 2012, pp. 146 a 148.

² Juiz de Direito na Beira, Moçambique. Comentário elaborado no âmbito da disciplina de Procedimento Administrativo no âmbito do Mestrado em Direito do Departamento de Direito da Faculdade de Economia e Gestão da Universidade Católica de Moçambique durante o ano letivo de 2013/2014. Entregue: 2.3.2014; aprovado: 23.5.2014.

II – Decisão

PRIMEIRA SECÇÃO Processo n.º 148/2004

Acordam, em conferência, na Primeira Secção do Tribunal Administrativo:

Pedro Obole, com os demais sinais de identificação constantes dos autos, apresentou, nesta instância jurisdicional, “ao abrigo da alínea a) do artigo 25.º, conjugado com o artigo 26.º, das Leis 5/92, de 6 de Maio, e 6/2001, de 7 de Julho, respectivamente, recurso contencioso...do despacho...do Governador da Província de Maputo, transmitido através do ofício n.º 1156/DPAC/893/ /DQ/04, de 10 de Novembro de 2004...” alinhando, para o efeito, os seguintes fundamentos:

- Em 10 de Fevereiro de 2000, o recorrente foi transferido da EP2 do Infulene para a EP1 “5 de Fevereiro” com a indicação de que ali iria exercer as funções de Escriurário-Dactilógrafo, categoria hoje designada por “Auxilia Administrativo”;
- Porque não se achava formalmente nomeado, o recorrente solicitou, a 8 de Maio de 2002, a sua categorização, nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 41.º do Estatuto Geral dos Funcionários do Estado (EGFE);
- Como resposta, a Direcção Provincial da Educação elaborou, em 7 de Outubro de 2002, o Título de Provimento que alterava o grupo salarial em que se achava (Grupo Salarial 2, Classe U, Escalão 7, Código 147), cuja remuneração era de 1.193.880,00 MT para o Grupo Salarial 4, Classe U, Escalão 1, Código 109, com a remuneração de 974.062,00 MT, o que constitui um absurdo;
- Dessa decisão, “recorreu” oralmente junta da Direcção Geral Provincial da Educação de Maputo, a qual procedeu à alteração da categoria, emitindo em 01.10.2003 um outro Título de Provimento que mantinha o Grupo salarial e a classe mas alterava o escalão de 1 para 5, cujo salário é 1.152.789,00 MT;

- O salário do recorrente continuava, assim, inferior aquele que auferia como Contínuo, em 41.091,00 MT;
- Na sequência do aumento salarial decretado pelo Governo, em Abril de 2003, a diferença acima indicada ainda se agudizou, pois, se o recorrente tivesse permanecido como Contínuo o seu salário seria de 1.444.593,00 MT, contra o do escalão para que fora supostamente promovido, que é de 1.362.323,00 MT. Assim, o recorrente ficou prejudicado em 82.270,00 MT.
- Considerando que a mudança de categoria profissional foi fundada na melhoria do desempenho e aptidões profissionais, aliado ao tempo prestado à instituição, a justificação de que não se pode fazer a alteração acima do efectuado, por falta de suporte documental, sem, contudo, apresentar o dispositivo legal que permite a redução do salário de um funcionário, afigura-se improcedente e ilegítima, perante situações lesivas de direitos, como se provou no caso em apreço;
- Nos termos do artigo 9.º do EGFE “as categorias são estruturadas em níveis sucessivamente mais elevados de graduação, constituindo uma hierarquia e um estímulo de valorização profissional”, o que se presta às seguintes interrogações:
 - a) Como é que uma redução salarial estimula a valorização profissional?
 - b) Por que a categorização do recorrente foi tratada à margem do dispositivo acima indicado?
- O artigo 10.º do Decreto n.º 64/98, de 3 de Dezembro, estabelece que “A promoção é a mudança para a categoria seguinte da respectiva carreira e opera-se para o escalão e índice a que corresponde vencimento imediatamente superior”.
- Resulta, ainda, do disposto no artigo 284.º do EGFE que o funcionário, em virtude de uma categorização nova, não pode sofrer implicações negativas, recomendando, nestas situações, a manutenção da remuneração anterior, possibilidade que foi afastada, sem qualquer explicação.

Por tudo isto, o recorrente sente que não houve, na apreciação do seu caso, um mínimo de sensibilidade e legalidade, o que redundou em prejuízos significativos na sua remuneração.

Termina pedindo que “o Tribunal:

- a) Declare a anulação do Despacho de Sua. Exa., o Governador da Província de Maputo, por falta de fundamentação legal;
- b) Declare a anulação do referido despacho, porque, num Estado de Direito, todos os actos dos órgãos administrativos devem fundamentar os seus despachos de indeferimento, com base na lei”.

Citada a entidade recorrida esta veio dizer, em resumo, que:

- O recorrente foi admitido no ano de 1972, como servente interino, tendo passado para servente de segunda classe, assalariado do quadro permanente, em 1975;
- Foi integrado nas carreiras profissionais, na categoria de Contínuo, nos termos do Diploma Ministerial n.º 52/87, de 8 de Abril;
- Em 1999, foi enquadrado no Sistema de Carreiras e Remunerações, tendo passado para a carreira de Agente de Serviço, Classe “U”, Escalão 7, em virtude de ter mais de 7 anos de serviço no aparelho do Estado;
- Em 2002, requereu a promoção por conclusão de nível, tendo sido promovido para a carreira de Auxiliar Administrativo, Classe U, Escalão 1, matéria prevista no artigo 14.º do Decreto n.º 64/98, de 3 de Dezembro, conjugado com a alínea a) do n.º 3 do artigo 41.º do Estatuto dos Funcionários do Estado;
- E porque o escalão em que tinha sido enquadrado, aquando da promoção, lesava-o, fez-se a rectificação do escalão 1 para o 5 da mesma carreira;
- No ano de 2004, fez um recurso dirigido ao Governador da Província, pedindo a revisão do escalão, tendo sido indeferido por não haver matéria para subsidiar a pretensão.

Convidadas a alegar, nos termos do artigo 73.º da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, as partes pautaram pelo silêncio.

O processo correu os vistos legais.

Tudo visto:

O recorrente vem impugnar o despacho de indeferimento sobre a Informação n.º 771/DPCA/DG/04, do Governador da Província de Maputo, proferido em 28 de Outubro de 2004, que lhe foi transmitido através do ofício n.º 1156/DPAC/893/DQ/04, de 10 de Novembro, constante a folhas 9 dos autos.

Como base para tal impugnação, o Recorrente invocou o vício de forma, consubstanciado na falta de fundamentação.

Na sua resposta, a entidade recorrida reiterou, no ponto 7 daquela peça, que o pedido foi “indeferido por não haver matéria para subsidiar a pretensão”, sem, no entanto, apresentar as bases legais de tal decisão, o que se impunha, a bem de um contraditório idóneo.

Requisitado o processo administrativo que deu origem ao despacho ora recorrido, constata-se que do mesmo não figura nem a referida informação n.º 771/DGAC/DG/04, de 28 de Outubro, nem o texto do despacho controvertido.

Porque importante para a tomada de decisão, por parte deste Tribunal, o relator ordenou a requisição daquela informação (vide folhas 34 verso e 36 dos autos).

A entidade Recorrida, apesar de devidamente ciente desta requisição, não se dignou a remetê-la ao Tribunal, no prazo que lhe foi fixado, conforme se apura de folhas 37.

O ónus de provar a bondade do acto e defender a sua manutenção incumbe, inelutavelmente, à entidade recorrida, a quem não faltou oportunidade para fazê-lo, quer por motu próprio, quer reagindo à solicitação do tribunal.

A falta de fundamentação de um acto administrativo, fundamentalmente, quando este denegue a pretensão de um particular, é um vício que afecta a sua validade, por violar o disposto no artigo 12.º das Normas de Funcionamento dos Serviços da Administração Pública,

aprovadas pelo Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro. É assim que hoje, a Constituição da República de Moçambique, no n.º 2 do artigo 253.º impõe o dever de fundamentação dos actos administrativos desta índole e a Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, na alínea c) do seu artigo 28.º, estabelece, como um dos fundamentos do recurso contencioso, o vício de forma, modalidade de falta de fundamentação.

Deste modo, a entidade recorrida não provou ao Tribunal que o seu acto conforma-se com a lei e, uma vez impugnado pelo recorrente, o qual invoca violação dos seus direitos, é curial que tal acto deve ser afastado do mundo jurídico, porque paciente deste vício de forma, termos em que acordam os Juízes Conselheiros desta Secção em dar provimento ao recurso interposto por Pedro Obole, anulando, em consequência, o acto recorrido, por falta de fundamentação, com todas as implicações legais daí decorrentes.

Maputo, aos 16 de Maio de 2006.

Dr. JANUÁRIO FERNANDO GUIBUNDA – Relator

Dr. SINAI JOSSEFA NHATITIMA

Dr. JOSÉ LUÍS PEREIRA CARDOSO

III – Comentário

O acórdão em causa versa sobre uma das questões bastante discutidas tanto na doutrina, como na jurisprudência, em sede do Direito Administrativo. Trata-se da questão que tem a ver com a validade dos actos administrativos, concretamente o dever de fundamentação, procedimento importante porque relevante para aferir a validade das decisões administrativas.

Para determinar a relevância deste tema, basta ver o n.º 2 do artigo 253.º da CRM (Constituição da República de Moçambique). Este comando constitucional impõe, entre outros, o dever de fundamentação de todos os actos administrativos que afectem direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Com efeito, o dever de fundamentação é uma exigência constitucional.

O legislador ordinário acatou exacta e lealmente o referido comando constitucional. Desde logo consagrou o dever de fundamentação como um princípio fundamental do procedimento administrativo³, em seguida elencou alguns actos abrangidos pelo dever de fundamentação e indicou os respectivos pressupostos⁴ e, por fim, determinou a sanção gravosa de nulidade para os actos administrativos praticados em desconformidade com os ditames legais⁵.

A nossa análise centra-se no acórdão do acórdão 49/2006, de 16 de Maio de 2006, da 1.ª Secção do Tribunal Administrativo. Começaremos por apresentar uma breve exposição da questão controvertida, para depois analisar o dever de fundamentação dos actos administrativos na ordem jurídica moçambicana, mais concretamente no âmbito das normas vigentes aquando da tomada da decisão pelo Tribunal Administrativo. Por último, estudaremos os pressupostos do dever de fundamentação e analisaremos a conformação da decisão tomada em face dos fundamentos aduzidos.

Breve apreciação dos fundamentos do recurso

Da leitura do acórdão, resulta claro que se trata de uma decisão sobre um recurso contencioso de anulação de um despacho do Governador da Província de Maputo, interposto na Primeira Secção do Tribunal Administrativo por um funcionário do Estado (Pedro Obole).

O funcionário havia antes interposto um recurso hierárquico para aquele Órgão (Governador), na perspectiva de ver solucionado a questão do seu enquadramento profissional com que se debatia há alguns anos junto da Direcção Provincial de Educação de Maputo. É que no referido enquadramento, que tinha em vista a regularização da situação profissional do funcionário em causa, o mesmo foi afecto

³ Artigo 12.º da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto: “A Administração pública tem o dever de fundamentar os seus actos administrativos que impliquem, designadamente o indeferimento do pedido ou a revogação, a alteração ou a suspensão de actos administrativos anteriores”.

⁴ Artigos 121.º e 122.º, da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto.

⁵ Artigos 129.º da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto.

num escalão profissional que resultava na redução da remuneração que auferia mensalmente, o que o prejudicava, até porque, segundo ele, tal procedimento não obedeceu os ditames da lei para o caso aplicáveis, além de constituir uma afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimento.

O Governador da Província de Maputo indeferiu o pedido do funcionário através de um despacho, alegadamente “*por não haver matéria para subsidiar a pretensão*”. É este despacho que dá origem ao Acórdão 49/2006, de 16 de Maio de 2006 ora em análise.

O Dever de fundamentação dos actos administrativos na ordem jurídica moçambicana

À data do recurso hierárquico para o Governador (2004), encontravam-se em vigor vários instrumentos jurídicos relevantes para a análise do Acórdão 49/2006, nomeadamente: a CRM de 2004; o Estatuto Geral dos Funcionários do Estado (EGFE); o Decreto-Lei n.º 23329, de 15 de Novembro de 1933, que aprova a Reforma Administrativa Ultramarina (RAU); a Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho; e o Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro.

A CRM no n.º 2 do artigo 253.º refere que “*Os actos administrativos são notificados aos interessados nos termos e prazos da lei e são fundamentados quando afectem direitos ou interesses dos cidadãos legalmente tutelados*”. O sublinhado é nosso.

Paralelamente, o artigo 12.º, do Decreto n.º 30/2001, de 15 de Outubro, refere que “*A administração Pública deve fundamentar os seus actos administrativos que impliquem designadamente o indeferimento do pedido ou a revogação...*”.

Por outro lado, a al. c) do artigo 28.º da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, estabelece como um dos fundamentos do recurso contencioso de anulação, a falta de fundamentação de facto ou de direito dos actos administrativos e o n.º 2 do artigo 362.º da RAU refere que são anuláveis os actos administrativos que representem violação da lei.

Da leitura dos instrumentos referidos anteriormente, não restam dúvidas de que o dever de fundamentação dos actos administrativos

tem cobertura legal na ordem jurídica moçambicana e, principalmente, que o mesmo tem dignidade constitucional quando se trata de actos que afectem direitos ou interesses dos cidadãos legalmente protegidos.

Ora, no caso em análise, o indeferimento do recurso hierárquico pelo Governador, no qual o funcionário requeria a revisão do escalão em que foi enquadrado, em resultado da regularização da sua situação profissional, afectava, claramente, um seu direito legalmente protegido.

Afectava porque pelo indeferimento o funcionário continuará a auferir uma remuneração inferior em relação a que receberia caso o seu pedido fosse deferido, o que viola o princípio da irredutibilidade do vencimento. Este é um princípio fundamental no direito de trabalho, pois está inserido no âmbito da tutela de confiança legítima, uma vez que a remuneração é para a maioria dos trabalhadores o único meio que garante a subsistência de muitas famílias⁶.

Este princípio tem sido levado em conta na adopção das normas laborais em Moçambique, desde logo o EGFE, que vigorava aquando dos acontecimentos em análise, e onde se referia no n.º 1 do artigo 284.º que “*Quando da aplicação do presente estatuto resulte para o funcionário vencimento inferior ao que auferia, manter-se-á este último*”⁷.

Por outro lado, o artigo 31.º do Decreto n.º 64/98, de 3 de Dezembro (revogado), que regulava a matéria de enquadramento profissional dos funcionários nas novas carreiras, estabelecia que “*Quando por virtude do respectivo enquadramento se verifique que a remuneração que vem sendo abonada a determinado funcionário é superior ao vencimento máximo da carreira em que fica enquadrado, ser-lhe-á abonado um complemento igual à diferença entre o actual e o novo vencimento, diferença que será diminuída ou extinta, no âmbito das alterações salariais de que o funcionário vier a beneficiar*”. Este preceito previa, por um lado, a possibilidade de diminuição da remuneração

⁶ Luiz Fernando Pereira, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, 103, 2001, pág. 6 refere, a este respeito, que “A irredutibilidade do salário é um princípio de fundamental importância na legislação trabalhista. Tal importância se traduz na certeza dada ao trabalhador de que seu salário, que é a sua fonte de sustento assim como de sua família”.

⁷ EGFE, aprovado pelo Decreto n.º 14/87, de 20 de Maio (revogado).

do funcionário, mas, por outro lado, acautelava o princípio da irredutibilidade da remuneração, ao estabelecer que a diferença ser-lhe-ia abonada como complemento salarial, o que na prática significava a manutenção da mesma remuneração.

Por tudo o exposto, fica claro que, no caso em análise, o despacho recorrido afecta um direito fundamental do funcionário⁸ e, consequentemente, à luz dos dispositivos jurídicos analisados anteriormente, é abrangido pelo dever de fundamentação dos actos administrativos.

Pressupostos de fundamentação dos actos administrativos

Nenhum dos instrumentos jurídicos elencados anteriormente define o que é a fundamentação de um acto administrativo e muito menos em que consiste o dever de fundamentação.

Este facto leva-nos a visitar Diogo Freitas do Amaral, para quem “*A fundamentação de um acto administrativo é a enunciação explícita das razões que levaram o seu autor a praticar esse acto ou a dotá-lo de certo conteúdo*”. No que concerne aos requisitos da fundamentação, refere o mesmo autor, que esta deve ser expressa, ou seja, enunciada no contexto do próprio acto pela entidade decisória. Diz ainda que a mesma deve “*consistir na exposição, ainda que sucinta, dos fundamentos de facto e de direito da decisão*”. Assim, não basta, pois, mencionar os factos relevantes em que assenta a decisão, há que referir também o quadro jurídico que habilita a Administração ou o órgão a decidir num certo sentido. Trata-se de um corolário do princípio da legalidade como fundamento da actividade administrativa. Mais adiante, o mesmo autor refere que a fundamentação tem de ser clara, coerente e completa, isto é, será ilegal se for obscura, contraditória ou insuficiente⁹.

Este posicionamento foi integralmente acolhido na Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto. O n.º 1 do artigo 122.º refere que “*A fundamentação*

⁸ Cfr. n.º 1 do artigo 85 de CRM, onde se refere que “*Todo o trabalhador tem direito à justa remuneração*”.

⁹ Diogo Freitas de Amaral, *Direito Administrativo*, III, Lisboa, 1989, p. 259.

deve ser expressa, através de resumida exposição dos fundamentos de facto e de direito da decisão, podendo consistir em simples declaração de concordância com os fundamentos de anteriores pareceres, informações ou propostas que constituem, neste caso, parte integrante do respectivo acto". Paralelamente, o n.º 2 do mesmo artigo refere que *"É equiparada à falta de fundamentação a adopção de fundamentos que, por obscuridade, contradição ou insuficiência, não esclarecem concretamente a exacta motivação do acto"*.

Como vimos anteriormente, o despacho recorrido indeferiu o pedido alegadamente *"por não haver matéria para subsidiar a pretensão"*. É evidente que um despacho com estas características não preenche, nem de longe, os pressupostos do dever da fundamentação dos actos administrativos analisados anteriormente, que como vimos é uma exigência de índole constitucional, com a agravante de que no caso em apreço se indeferiu a pretensão do funcionário relativa à sua remuneração.

Na verdade, vimos anteriormente qual era a posição assumida no ordenamento jurídico-laboral moçambicano de então no concernente à irredutibilidade do vencimento, incluindo as regras a serem observadas no enquadramento profissional dos funcionários do Estado no que diz à remuneração. Assim, cabia ao Governador demonstrar em face dos factos a inaplicabilidade de tais regras para o caso deste funcionário em concreto, bem como indicar as normas que viabilizariam a violação do princípio da irredutibilidade da remuneração por parte da administração pública e em que circunstância é que isso poderia ocorrer¹⁰, e, por último, indicar a base legal utilizada para a tomada da decisão. Só deste modo seria possível aferir se foram observados os princípios da legalidade, de justiça e da imparcialidade, de boa-fé e da razoabilidade, entre outros que norteiam o procedimento administrativo.

Como refere Jose Carlos Vieira de Andrade, o conteúdo da fundamentação expressa, exigido sob a dimensão formal desse dever, não

¹⁰ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, Almedina, 2003, p. 249, a declaração do agente deve corresponder às exigências postas a uma fundamentação substancial das decisões administrativas, e estas, enquanto actos de aplicação do direito a casos concretos, pressupõem uma racionalidade ordenadora que misture ou funde os elementos fundamentadoras.

é o de uma qualquer declaração do agente sobre as razões do acto, havendo, antes, de consistir-se num “*discurso aparentemente capaz de fundar uma decisão administrativa*”. Logo, a diferença entre a dimensão formal e a substancial da fundamentação está, para o autor, em que “*o dever formal se cumpre pela apresentação de pressupostos possíveis ou de motivos coerentes e credíveis, enquanto a fundamentação substancial exige a existência de pressupostos reais e de motivos concretos susceptíveis de suportarem uma decisão legítima quanto ao fundo*”¹¹.

Da decisão

Como vimos anteriormente, o despacho recorrido indefere o pedido do funcionário, sem no entanto indicar nenhum facto concreto que obste à sua satisfação, mesmo havendo fortes indícios que indicam no sentido contrário em face do EGFE e do Decerto n.º. 64/98, de 3 de Dezembro. Não indica ainda a base legal em que alicerça a decisão tomada.

Da decisão tomada não se pode retirar alguma ilação, mormente se foi observado algum procedimento administrativo, com informações propostas e ou pareceres. Não é também possível apurar a sua razoabilidade, nem concluir se o decisor agiu com isenção na apreciação dos factos; enfim não há como enxergar se a decisão é justa ou não.

A prática de um acto administrativo segue um ritual designado por procedimento administrativo, cujo objectivo é favorecer a tomada da melhor solução para os interesses públicos em causa¹², pois a Administração toma em conta aspectos relevantes suscitados no procedimento que, de outro modo, não seriam, talvez, sequer vislumbrados e, principalmente, assegura-se ao cidadão o direito de peticionar ou de responder perante os órgãos do poder público, respeitando e ressaltando-lhe

¹¹ Idem, pág. 248.

¹² De acordo com José Carlos Vieira de Andrade, op. cit., p. 248, as razões que devem ser declaradas não são as subjectivamente mais importantes, nem as essenciais, mas as determinantes, isto é, aquelas que sejam, ao mesmo tempo, justificáveis – por revelarem um juízo típico ou próprio de um órgão público, objectivamente apto a suportar uma decisão administrativa.

a devida vénia quanto à instauração, instrução e conclusão do processo administrativo, podendo-se, neste caso, equipará-lo com o princípio constitucional do processo legal devido, segundo o qual “ninguém pode ser preso e submetido a julgamento senão nos termos da lei¹³”.

Ora, quando terminado o procedimento, o órgão decisor vem dizer apenas que não há “*matéria para subsidiar a pretensão*” e não diz a que matéria se refere. É como se não tivesse dito nada. Na verdade, trata-se de uma decisão totalmente obscura da qual não se pode divisar absolutamente nada tanto em matéria de facto como em matéria de direito, o que importa a sua invalidade por violação da lei de forma, cuja sanção é a sua anulação, conforme dispõe o n.º 2, do artigo 362.º da RAU.

Em face de tudo isto, inevitável será dizer que andou bem o Tribunal Administrativo ao concluir que o despacho recorrido encontrava-se eivado de vício de forma. Ao decidir pela sua anulação, em nossa opinião foi feliz a Primeira Secção do Tribunal Administrativo.

O mesmo não se pode dizer quanto aos argumentos esgrimidos por esta instância jurisdicional para sustentar a posição assumida. É que o Tribunal limitou-se a constatar, e muito bem, que o despacho do Governador não foi fundamentado e, conseqüentemente anulá-lo, mas não discute com profundidade em que devia consistir tal fundamentação e, pior ainda, não indica, com base em que fundamento legal decidiu pela anulação do referido acto. Por outras palavras, o Tribunal não indica o dispositivo legal que determina que a falta de fundamentação tem por punição a anulação do acto.

Mas será que o Tribunal é obrigado a fundamentar as suas decisões? Vamos tentar encontrar a resposta a esta pergunta nas linhas que se seguem.

O dever de fundamentação das decisões judiciais

Da CRM não se descortina nenhum dispositivo que se debruce especificamente sobre a necessidade de fundamentação das decisões

¹³ Cfr. n.º 1 do artigo 60.º da CRM.

judiciais. No entanto, há um artigo relevante para a presente reflexão. Trata-se do artigo 214.º da CRM que estabelece que “*os tribunais educam os cidadãos e a administração pública no cumprimento voluntário e consciente das leis, estabelecendo uma justa e harmoniosa convivência social*”.

Da análise deste comando constitucional, depreende-se que as decisões dos tribunais têm uma função educativa. As mesmas contribuem para educar tanto o cidadão como a administração pública, tendo em vista uma convivência social harmoniosa. Para que isso seja possível, as decisões judiciais não devem apenas impor, mas fundamentalmente convencer os seus destinatários, quer se trate dos cidadãos, como da própria administração pública, para que todos as obedeçam em consciência. Só assim se explica a função educativa dos tribunais em sede das suas decisões.

Ora, para que uma decisão judicial convença é indispensável que a mesma espelhe em primeiro lugar que o julgador entendeu convenientemente a questão que lhe foi confiada para apreciar e decidir; em segundo lugar que fez uma correcta subsunção dos factos ao direito; em terceiro lugar que o fundamento da decisão é consentâneo com os factos carreados nos autos e com as respectivas normas jurídicas aplicáveis. Tudo isto expresso numa linguagem clara, coerente e suficiente; isto é, não deve ser deixada ao destinatário a descoberta das razões da decisão, os motivos não podem ser obscuros ou de difícil compreensão, nem padecer de vícios lógicos. Ou seja, a fundamentação deve ser adequada à importância e circunstância da decisão. Deve igualmente permitir o exercício esclarecido do direito ao recurso e assegurar a transparência e a reflexão decisória clara, quanto acessível. Estamos aqui em face de uma verdadeira fundamentação de uma decisão judicial.

Contrariamente ao legislador constitucional, o legislador ordinário trata com a devida propriedade esta matéria da fundamentação das decisões judiciais, desde logo o artigo 81.º, da Lei n.º 9/2001, de 7 de Julho, que estabelece que “*os acórdãos devem... especificar os factos provados e concluir pela decisão final, devidamente fundamentada*”.

Paralelamente, o n.º 1 do artigo 158.º do Código de Processo Civil, refere que “*As decisões judiciais sobre qualquer pedido con-*

trovertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas". O n.º 2 do mesmo artigo vai mais longe ao dizer que "A justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição".

Até aqui ficou claro que é por lei obrigatória a fundamentação das decisões judiciais, sendo que a sua falta importa a nulidade prevista na al. b) do n.º 2 do artigo 668.º do Código de Processo Civil.

Não se trata de uma obrigação gratuita que resulta de mera exigência formal. Na verdade, a fundamentação das decisões judiciais cumpre uma dupla função: de carácter objectivo – pacificação social, legitimidade e autocontrolo das decisões; e de carácter subjectivo – garantia do direito ao recurso e controlo da correcção material e formal das decisões pelos seus destinatários.

Ora, o acórdão em análise vem dizer apenas que há falta de fundamentação do despacho recorrido, constatação, aliás, feita pelo próprio recorrente. É verdade que o Tribunal esforçou-se e indicou sabiamente as normas legais que consubstanciam a exigência da fundamentação dos actos administrativos e retira as respectivas consequências jurídicas, mas peca por não demonstrar em que consiste o dever de fundamentação das decisões administrativas¹⁴.

Trata-se, em nossa opinião, de uma fundamentação insuficiente e enquadra-se, perfeitamente, na previsão do n.º 2 do artigo 158.º do Código de Processo Civil, a que fizemos alusão anteriormente, na medida em que dela não se alcança em que consiste a fundamentação de um acto da administração; ou seja, o órgão decisor em face do acórdão não é capaz de enxergar o erro cometido em concreto e o que devia ter feito para o evitar. Só assim podia explicar o que deve ser feito no futuro em situações similares. Esta é a função educativa que a CRM incumbe aos tribunais¹⁵.

¹⁴ A fundamentação decisão judicial tem de ser clara, coerente e completa. Não está fundamentada a decisão em que o juiz formula fundamentos baseados obscuros, contraditórios ou insuficientes, que não esclareçam convenientemente as razões da decisão tomada.

¹⁵ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constitucional Portuguesa Anotada*, III, Coimbra Editora, 2007, p. 69, referem que a obrigação de fundamentação relaciona-se, desde logo, com a própria função dos tribunais enquanto órgãos de pacificação social

Em que consiste o dever de fundamentação das decisões judiciais

O n.º 1 do artigo 659.º do CPC refere que “*A sentença começa pela identificação das partes e do objecto do litígio fixando as questões a resolver*”. O n.º 2 debruça-se sobre os fundamentos da decisão e refere que “*O juiz toma em consideração os factos admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzidos à escrito os que o tribunal deu como provados; faz o exame crítico das provas de que lhe compete conhecer e estabelece os factos que considera provados; depois interpreta e aplica a lei aos factos, concluindo-se pela decisão final*”.

Como decorre deste normativo, a sentença assenta numa dupla fundamentação: de facto e de direito.

Em primeiro lugar, importa precisar toda a realidade fáctica que se encontra provada. Depois há que submeter todos esses factos a tratamento jurídico adequado: identificação das regras de direito aplicáveis, interpretação dessas regras e determinação dos correspondentes efeitos jurídicos.

Voltando ao acórdão em análise e em face do dispositivo legal citado anteriormente, constata-se que não faz a interpretação das normas que cita, relegando esse papel ao arbítrio das partes e, consequentemente, deixando um vazio que só o tribunal devia preencher. Na verdade, o Tribunal limitou-se a aderir ao que já havia sido ventilado pelo recorrente.

Mais grave ainda, o acórdão refere que a falta de fundamentação de um acto administrativo nos casos em que a lei o exige é um vício de forma que afecta a sua validade, mas não retira as devidas consequências legais. Na verdade, a invalidade de um acto administrativo pode importar dois tipos de consequências distintas quanto aos seus efeitos jurídicos: a nulidade ou anulabilidade. À luz das normas de procedimento administrativo atualmente em vigor¹⁶, a falta de funda-

(...). Com efeito, a pacificação das relações sociais é melhor conseguida se os destinatários da decisão a puderem compreender e eventualmente a ela aderir. Por outro lado, ao comunicar as razões das suas decisões perante a sociedade, e agora não só perante as partes ou destinatários da decisão, os tribunais exercem o seu poder de forma transparente e aberta, contribuindo, assim, para a legitimação social do seu poder.

¹⁶ Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto.

mentação importa a nulidade do acto administrativo¹⁷, mas em sede da RAU, aplicável aos factos do caso, vícios de forma importavam a anulação do acto administrativo. O Tribunal não fez nenhuma alusão a esse respeito. Foi como que “*disparar um tiro no escuro*”, uma vez que a decisão não indica a base legal de que retira a sanção aplicada ao acto em virtude da sua invalidade por desconformidade com a lei.

Conclusão

A fundamentação dos actos administrativos é uma exigência constitucional e tem em vista: primeiro, a defesa dos particulares; segundo, o controlo da administração, que deve ponderar todos os factores para uma decisão mais correcta; terceiro, contribui para a pacificação das relações entre a administração e os particulares.

Com efeito, o dever da fundamentação significa que o acto administrativo deve apresentar-se formalmente como uma disposição conclusiva lógica de premissas correctamente desenvolvidas e permitir através da exposição sucinta dos factos e das normas jurídicas em que se funda, que os seus destinatários possam fazer a reconstituição do percurso cognoscitivo e valorativo percorrido pelo seu autor.

Faltou tudo isto no despacho recorrido e, por isso mesmo, não havia outro remédio que não fosse afastá-lo jurisdicionalmente, anulando-o conforme a decisão da Primeira Secção do Tribunal Administrativo, através do Acórdão n.º 49/2006.

Em todo o caso, a decisão ora anotada peca por ser elíptica. Como explicamos, as decisões dos tribunais desempenham um papel importante na pacificação da sociedade. A CRM incumbe aos tribunais o papel educativo tanto para os cidadãos, como para a Administração Pública. Por isso mesmo, as suas decisões devem ser devidamente fundamentadas, para que não só imponham, mas fundamentalmente convençam os seus destinatários.

¹⁷ Cfr. al. b) do n.º 2 do artigo 129, da Lei n.º 14/2011, de 10 de Agosto.

III - ATIVIDADE DO INSTITUTO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

PROTOCOLO ENTRE A NOVA DIREITO E O IDiLP

Entre:

a Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, com sede no Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, aqui representada pela sua Subdiretora, Professora Doutora Helena Pereira de Melo, doravante designada como “FDUNL”;

e

O Instituto do Direito de Língua Portuguesa, com sede em Lisboa, aqui representado pelo Presidente da sua Direção, o Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia, doravante designado como “IDiLP”;

É celebrado, e reciprocamente aceite, um Protocolo de Cooperação, que se regerá pelas seguintes cláusulas:

Cláusula Primeira

A FDUNL realiza, em parceria com o IDiLP, cursos de pós-graduação e de doutoramento em matérias relacionadas com os ordenamentos jurídicos dos Países de Língua Oficial Portuguesa.

Cláusula Segunda

A FDUNL e o IDiLP colaboram regularmente na organização de futuros eventos de natureza científica.

Clausula Terceira

A FDUNL faculta aos membros do IDiLP o acesso à sua biblioteca e mediateca, bem como a utilização das suas instalações para a organização de eventos científicos, autorizados pela FDUNL em função da disponibilidade do seu espaço.

Cláusula Quarta

O presente Protocolo entra imediatamente em vigor.

Lisboa, 28 de Dezembro de 2010.

Pela FDUNL,

Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo

Pelo IDiLP,

Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia

II CONDILP
CONGRESSO DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto

Auditório Professora Maria do Carmo Medina

LUANDA, 06 E 07 DE DEZEMBRO DE 2010

PROGRAMA

1.º DIA – 06 DE DEZEMBRO DE 2010

15.00 – Cerimónia de Abertura

- Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Coordenador do II CONDILP
- II Congresso do Direito de Língua Portuguesa e Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa (IDiLP)
- Prof. Doutor Raúl Araújo, Decano e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto
- Sua Excelência, o Ministro de Estado e Chefe da Casa Civil do Presidente da República, Prof. Mestre Carlos Feijó

15.30 – Conferência Geral de Abertura

- Moderador: Prof. Doutor Raúl Araújo, Decano e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- Conferencista: Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Fundador e Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (Portugal): “O Estudo e o Ensino dos Direitos de Língua Portuguesa”
- Debate

16.30/16.45 – Intervalo para café

17.00 – 1.º Painel: “Revisões constitucionais recentes e em curso no espaço lusófono”

- Moderador: Prof. Doutor José Octávio Serra Van-Dúnem, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- Prof. Doutor Raul Araújo, Decano e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)
- Debate

18.30 – Lançamento da REDILP – *Revista do Direito de Língua Portuguesa*

2.º DIA: 07 DE DEZEMBRO DE 2010

10.00 – 2.º Painel: “As autoridades tradicionais no Estado de Direito Democrático”

- Moderador: Dr. Inglês Pinto, Bastonário da Ordem dos Advogados de Angola (Angola)
- Prof. Mestre João Ubisse Nguenha, Juiz-Conselheiro do Conselho Constitucional de Moçambique (Moçambique)
- Dr. Silvestre Leite, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe (São Tomé e Príncipe)

11.00/11.15 – Intervalo para café

- Prof. Mestre Carlos Teixeira, Professor e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- Debate

13.00/15.00 – Intervalo para almoço

15.00 – 3.º Painel: “Estado soberano e comunidade internacional: um Direito Internacional da Globalização?”

- Moderador: Prof. Mestre Carlos Teixeira, Professor e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- Dr. Luís Pessanha, Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau e Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (Macau)
- Dr. N’gunu Tiny, Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Angola)
- Debate

17.00/17.15 – Intervalo para café

17.15 – Conferência Geral de Encerramento

- Moderador: Dr.^a Maria do Céu Monteiro, Presidente do Supremo Tribunal de Justiça da Guiné-Bissau (Guiné-Bissau)
- Conferencista: Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia, Presidente do Instituto do Direito de Língua Portuguesa (Portugal): “A nova Constituição de Angola e o Constitucionalismo do Direito de Língua Portuguesa”

18.00 – Cerimónia de Encerramento

- Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral, Fundador e Professor Cate-drático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
- Magnífico Reitor da Universidade Agostinho Neto
- Sua Excelência, Dr.^a Guilhermina Prata, Ministra da Justiça de Angola

Organização:

FDUAN – Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (www.fduan.ao); IDiLP – Instituto do Direito de Língua Portuguesa (www.idilp.net)

Local:

Auditório Professora Maria do Carmo Medina, Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em Luanda: Av. Ho Chi Min, s/n;
Telfs (+244) 222325556; 222326022; E-mail: fduan@snet.co.ao

Coordenadores Científicos:

Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia (presidente@idilp.net; jbg@fd.unl.pt); Prof. Doutor Raúl Araújo (raul@araujo.com)

Entrada:

livre, mediante inscrição on-line, a partir de 03 de Dezembro de 2010

Apoios:

CPLP – Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; Fundação Portugal-África



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE AGOSTINHO NETO¹

MESTRADO EM DIREITO FISCAL

2.^a edição

COORDENAÇÃO:

PROF. DOUTOR JORGE BACELAR GOUVEIA

PROF.^a DOUTORA ELISA RANGEL

1. Objectivos:

Dar a conhecer – no caso de não juristas – ou aprofundar – no caso de juristas – áreas do Direito Fiscal, bem como matérias conexas. A parte escolar visa ainda permitir aos mestrandos a aquisição de competências fundamentais para a investigação jurídica, cuja aplicação terá lugar na redacção da dissertação de mestrado.

2. Destinatários:

licenciados em Direito e em qualquer outra licenciatura da área das Ciências Sociais e Humanas (por exemplo, Economia, Gestão, História, Sociologia, Antropologia, Psicologia, Ciência Política, Relações Internacionais, Geografia, etc.), desde que o *currículum* e a motivação do candidato revelem aptidão e capacidade para acompanhamento do curso. O curso destina-se em especial aos profissionais ligados ao mundo da Fiscalidade, desde funcionários da Administração Tributária aos advogados e docentes de Direito Fiscal, passando por outros profissionais, como juízes e procuradores tributários

3. Coordenação Científica:

Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia (email: jbg@fd.unl.pt) e Prof.^a Doutora Elisa Rangel Nunes (elisarnunes@gmail.com)

¹ Com a colaboração de professores da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e do Instituto do Direito de Língua Portuguesa.

4. **Área e Ramo Científicos:**
 - 4.1. Área científica: Direito
 - 4.2. Ramo científico: Direito Fiscal

5. **Disciplinas comuns de formação geral (5 ECTS; 1.º semestre):**
 - 5.1. **Metodologia da Investigação Jurídica (5 ECTS; 15 horas presenciais):** Prof.^a Doutora Sofia Vale

6. **Disciplinas específicas de Direito Fiscal (55 ECTS; 1.º e 2.º semestres):**
 - 6.1. **Princípios de Direito Fiscal (5 ECTS; 15 horas presenciais; 1.º semestre):** Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia
 - 6.2. **Fiscalidade e Direito Financeiro (5 ECTS; 15 horas presenciais; 1.º semestre):** Prof.^a Doutora Elisa Rangel
 - 6.3. **A relação jurídica fiscal (5 ECTS; 15 horas presenciais; 1.º semestre):** Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia
 - 6.4. **Os impostos sobre o rendimento (5 ECTS; 15 horas presenciais; 1.º semestre):** Prof.^a Doutora Elisa Rangel Nunes
 - 6.5. **Impostos sobre o património (5 ECTS; 15 horas presenciais; 1.º semestre):** Prof. Mestre Rui Cruz
 - 6.6. **Impostos sobre o consumo (5 ECTS; 15 horas presenciais; 2.º semestre):** Prof.^a Doutora Clotilde Palma
 - 6.7. **Fiscalidade dos recursos naturais em especial (5 ECTS; 15 horas presenciais; 2.º semestre):** Prof. Mestre Fernando Paiva
 - 6.8. **Impostos aduaneiros (5 ECTS; 15 horas presenciais; 2.º semestre):** Prof. Mestre Félix Cala
 - 6.9. **Benefícios fiscais e planeamento fiscal (5 ECTS; 15 horas presenciais; 2.º semestre):** Prof. Doutor Flávio Inocêncio
 - 6.10. **Procedimento e processo tributário (5 ECTS; 15 horas presenciais; 2.º semestre):** Prof. Mestre Carlos Teixeira
 - 6.11. **Direito Sancionatório Fiscal (5 ECTS; 15 horas presenciais; 2.º semestre):** Prof. Doutor André Amaral Ventura

7. **Organização**
 - 7.1. 1.º ano: parte letiva (1.º e 2.º semestres) (diploma de pós-graduação) (60 ECTS)
 - 7.2. 2.º ano: redação da dissertação de mestrado (diploma de Mestre em Direito Fiscal”) (60 ECTS)

8. Corpo Docente:

doutores e mestres da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto e da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, além de outros colaboradores

9. Métodos de ensino e avaliação

As aulas são de base teórica, mas essencialmente destinadas à problematização e resolução de aspectos práticos. É privilegiado o diálogo com os estudantes. A avaliação é feita mediante exames escritos em cada disciplina específica. A nota final da parte escolar tem em conta o peso relativo das diferentes disciplinas.

10. Numerus clausus (40) e seleção dos candidatos (nota da licenciatura e entrevista)

11. Candidaturas e inscrições

11.1. Candidaturas: de 1 a 15 de Fevereiro de 2014

11.2. Inscrições: 16 a 28 de Fevereiro de 2014

11.3. Início das aulas: Junho de 2014

12. Propinas

- 250,00 USD – Taxa de inscrição
- 6.000,00 USD – Valor da pós-graduação (1.º ano)
- 3.000,00 USD – Valor da fase de redacção e defesa da dissertação de Mestrado

13. Modalidades de pagamento

- Mensal, trimestral ou semestral, com progressiva redução do valor das propinas

14. Graus e diplomas (60 ECTS)

- Os estudantes que completarem, com avaliação, os dois semestres do Mestrado terão direito a um diploma de Pós-Graduação
- Os estudantes que completarem os dois semestres curriculares do Mestrado e elaborarem a dissertação e defesa com aproveitamento, obterão o grau de “Mestre em Direito Fiscal” e o seu diploma.

15. Horário

- As aulas irão decorrer de 2.^a a 6.^a, das 18:00 às 21:00, nas instalações da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (FDUAN), em Luanda.

16. Documentação necessária

- Boletim de candidatura preenchido;
- *Curriculum vitae* actualizado;
- Certificado (autenticado) de conclusão de licenciatura ou equivalente;
- Duas fotografias.

17. Contactos

Secretariado da FDUAN

RECENSÃO AO LIVRO “DIREITO CONSTITUCIONAL DE ANGOLA”, DO PROF. DOUTOR JORGE BACELAR GOUVEIA

ANDRÉ VENTURA¹

O Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia presenteou-nos, no passado mês de Junho, com mais uma notável obra jurídica, agora com carácter trans-nacional: o *Direito Constitucional de Angola*, IDILP, Lisboa-Luanda, 2014 (ISBN 978-989-97857-2-4), numa edição co-organizada pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

A obra merece destaque e aturada exegese doutrinal não apenas pelo seu objecto de imediato interesse (a estrutura político-constitucional de um dos Estados mais pujantes da África contemporânea), mas por proporcionar ao leitor uma panorâmica completa do Direito Constitucional angolano, incluindo a progressiva formação das instituições, as raízes portuguesas, a complexidade de alguns institutos e, sobretudo, problemas hermenêuticos reais que se apresentam como incontornáveis no texto fundamental de Angola.

O Prof. Bacelar Gouveia não esquece a história, nem poderia, pois estaria a ignorar as verdadeiras razões que sustentam grande parte do actual figurino institucional do Estado angolano, tal como desenhado na Constituição. Bem pelo contrário: recorrendo a um estilo que já nos habituou, este Mestre – de quem me orgulho de ser amigo e discípulo – percorre cuidadosamente, do ponto de vista histórico e filosófico, a formação de cada um dos institutos fundamentais da Constituição angolana, resultando assim numa investigação cientificamente sólida mas também pedagogicamente vocacionada.

¹ Doutor em Direito. Professor Convidado da Universidade Nova de Lisboa e Professor Auxiliar da Universidade Autónoma de Lisboa.

Há, no entanto, uma dimensão específica que chama a atenção neste *Direito Constitucional de Angola*: a abordagem pragmática dos problemas que se colocam no âmbito da interpretação da Constituição Angolana de 2010. Efectivamente, ao invés de se debruçar e esgotar completamente no âmbito da teoria constitucional, o Prof. Bacelar Gouveia levanta um conjunto de questões e aponta um conjunto de ferramentas analíticas de extrema utilidade para todos os operadores jurídicos: advogados, juizes, procuradores do Ministério Público, órgãos de soberania e, claro, operadores portugueses com relações jurídico-institucionais com o Estado Angolano.

Apresenta-se, assim, não apenas como uma obra de carácter doutrinal, exegética, mas igualmente pertinente no âmbito da resolução de problemas concretos derivados da aplicação da lei fundamental angolana, o que reforça a sua vocação universal dos seus destinatários, desde estudantes universitários até aos juizes, passando por todos aqueles que simplesmente procuram estar actualizados sobre o Direito Constitucional de Angola, o maior país africano de língua portuguesa.

Merecem aqui destaque dois pontos particulares, que o Prof. Bacelar Gouveia trata aprofundadamente: a Teoria Geral do Estado e a estrutura institucional dos órgãos de soberania.

Quanto ao primeiro ponto, tal como já nos habituou nas suas várias obras pedagógicas na área do Direito Constitucional e do Direito Internacional Público, o Prof. Jorge Bacelar Gouveia percorre de forma minuciosa as principais etapas politico-filosóficas que construíram a forma do Estado angolano actual, bem como as influências do Constitucionalismo de língua portuguesa.

Quanto ao segundo aspecto, penso que talvez em nenhuma outra obra da especialidade fique de forma tão clara desenhada a estrutura jurídico-constitucional das instituições angolanas, nas suas especificidades formais e materiais, hierarquias e interdependências e onde fica patente, mais uma vez, a influência do direito e da doutrina portuguesas.

No final, o resultado é uma obra vasta, exaustiva e abrangente, que não ignora os aspectos mais minuciosos e detalhados do Direito Constitucional angolano, ao mesmo tempo que se afirma como um importante elemento de reflexão no domínio da Teoria Geral do Estado e do pensamento político africano contemporâneo. Uma obra, pois, que para além de tudo, se configura verdadeiramente como uma importantíssima base científica para quem se inicia no estudo do ordenamento jurídico angolano.

REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

NORMAS TÉCNICAS

1. Apresentação dos originais inéditos

Envio para o e-mail presidente@idilp.net, em duas versões, uma com a identificação do autor e a outra não. Programa elegível: *Winword*. Os textos em português devem ser entregues segundo as normas do Acordo Ortográfico de 1990.

Os textos devem ser inéditos e apresentar, no início, um resumo em português e em inglês, além de cinco palavras-chave, em português e em inglês.

A redação aceita propostas de textos enviados pelos autores e compromete-se a uma resposta, quanto à sua aceitação, no prazo de 120 dias, não se responsabilizando pela devolução dos originais não solicitados.

A seleção dos textos entregues é feita mediante um sistema de *double blind peer review*, através da consulta de especialistas nas respetivas áreas temáticas, a designar pelo Diretor, e sem prévia identificação do autor.

2. Limites dos textos

Artigos: 100 000 caracteres (= 55 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Recensões: 7 500 caracteres (= 4 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

Comentários: 15 000 caracteres (= 8 pp. de 30 lin. de 60 caracteres)

3. Citações bibliográficas

É obrigatória a observância das seguintes normas editoriais, no caso de citações:

Primeiras citações – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, I, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 29 e ss.

- António José Telo, *História Contemporânea de Portugal – do 25 de Abril à atualidade*, I, Lisboa, Editorial Presença, 2007, pp. 11 e ss.
- Valério de Oliveira Mazzuoli, *Curso de Direito Internacional Público*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 25 e ss.

Citações seguintes – exemplos:

- Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, cit., pp. 155 e ss.

4. Tabela de preços de publicidade

A *Revista do Direito de Língua Portuguesa* aceita publicidade adequada ao tipo de publicação.

Tabela de preços: página – 1 500 €.

5. Normas de edição

É obrigatória a observância das normas editoriais da Revista, a que obedece o presente número e explicitam-se algumas dessas normas:

- fazem-se parágrafos nas notas;
- apenas se usa **negrito** nos títulos;
- o destaque é feito pelo itálico (e não pelo **negrito** ou sublinhado).
- toda a frase deve terminar por pontuação (ponto, reticências, exclamação, interrogação).

Exemplos de grafias aceites e de grafias rejeitadas, desde que, na língua portuguesa, seguindo já o Acordo Ortográfico de 1990, em vigor:

ACEITE	NÃO ACEITE
“ ”	« »
”.	.”
não?	não ?
Diz ¹ .	diz ² .
” ³	” ⁴
Diz ⁵ .	diz. ⁶
“Esta decisão”, diz Gouveia	“ <i>Esta decisão</i> ”, diz Gouveia
“poder”	“ poder ”

6. Revisão das provas

A revisão de provas será feita pela Redação. Só excepcionalmente será pedida a colaboração dos autores, os quais também só excepcionalmente poderão alterar os originais entregues.

7. Redação da Revista do Direito de Língua Portuguesa

Instituto do Direito de Língua Portuguesa:
Campus de Campolide, 1099-032 Lisboa, Portugal
E-mail: presidente@idilp.net
Sítio eletrónico: www.idilp.net

REDILP - REVISTA DO DIREITO DE LÍNGUA PORTUGUESA

Conselho Científico

Por ordem alfabética do primeiro nome

Angola: Prof. Doutor Carlos Feijó (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Mestre Carlos Teixeira (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof.^a Doutora Elisa Rangel (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor José Otávio Serra Van-Dunem (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto); Prof. Doutor Raúl Aratújo (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto);

Brasil: Prof. Doutor Carlos Henrique Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutora Cláudia Gonçalves (Professora da Universidade Federal do Maranhão); Prof. Doutor Evaldo Xavier (Doutor em *Utroque Iure* e Pós-Doutor pelo European University Institute de Florença); Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Fernando Menezes de Almeida (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo); Prof. Doutor Gustavo Nassif (Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Luís Roberto Barroso (Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Prof. Doutor Marcelo Campos Galuppo (Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Mário Lúcio Quintão Soares (Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais); Prof. Doutor Maurício Ferreira Cunha (Professor da Faculdade de Direito de Poços de Caldas); Prof.^a Doutora Zamira Assis (Professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

Cabo-Verde: Prof. Mestre José Pina Delgado (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde); Prof. Mestre Mário Silva (Professor do Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais de Cabo Verde)

Guiné-Bissau: Prof. Doutor Emílio Kafft Kosta (Professor da Universidade Lusófona)

Macau: Prof. Doutor Jorge Godinho (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Macau); Dr. Paulo Cardinal (Assessor da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau); Prof. Doutor Gabriel Tong; Prof.^a Mestre Yi Wa Jiang (Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Moçambique: Prof. Doutor Armando Dimande (Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Doutor Benjamim Alfredo (Professor da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique e da Faculdade de Economia da Universidade Eduardo Mondlane); Prof. Mestre Gildo Espada (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre Henriques José Henriques (Professor Assistente da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique); Prof. Mestre João Nguenha (Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane e da Escola Superior de Direito do Instituto Superior de Ciências e Tecnologia de Moçambique)

Portugal: Prof.^a Doutora Ana Prata (Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor António Manuel Hespanha (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Cláudia Trabuco (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Constança Urbano de Sousa (Professora Associada da Universidade Autónoma de Lisboa); Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Fernando Alves Correia (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra); Prof.^a Doutora Helena Pereira de Melo (Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Jorge Duarte Pinheiro (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa); Prof. Doutor José Lebre de Freitas (Professor Catedrático Aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof. Doutor Nuno Piçarra (Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa); Prof.^a Doutora Patrícia Jerónimo (Professor Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho)

São Tomé e Príncipe: Dr. Silvestre Leite (juiz-conselheiro presidente do Supremo Tribunal de Justiça e do Tribunal Constitucional de São Tomé e Príncipe)

Timor-Leste: Dr. Bruno Lencastre (Advogado e Assessor do Vice-Primeiro-Ministro de Timor-Leste); Dr. Cláudio Ximenes (Presidente do Tribunal de Recurso de Timor-Leste); Dr. Rui Vaz (Advogado e Assessor do Parlamento Nacional de Timor-Leste)

I – DOUTRINA

Carlos Henrique Soares

Litigância de Má-fé no Direito Processual Brasileiro

Flávio G. I. Inocêncio

Benefícios Fiscais e Planeamento Fiscal

Hidemberg Alves da Frota

Considerações sobre a Infração Administrativa Continuada e os Sistemas do Conhecimento do Ato e da Consumação do Ato

José Carlos Neto

Origem e evolução do sistema de governo na Constituição da República de Angola

José Eduardo Sambo

A Evolução da Fiscalização Concreta da Constitucionalidade na República de Angola

Julia Silva Carone e Julio Pinheiro Faro

Completos, mas incompletos? O amputees *by choice* e a extensão da liberdade de manifestação da personalidade humana

Magno Federici Gomes

Inaplicabilidade da Teoria da Delegação Legislativa Disfarçada ao Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior

II – JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Manuel Pascoal Massuca

Comentário do Acórdão n.º 49/2006, de 16 de Maio de 2006, da 1.ª Secção do Tribunal Administrativo

